

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO L

MCMXCVII



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA



BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR G.^a
Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTÓN
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 FERNÁNDEZ
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 RAMÍREZ
Profesor Ordinario de Derecho Penal
de la Universidad de Chile

BERNARDO FR. CASTRO PÉREZ
Magistrado Jubilado de la Sala 2.^a del
Tribunal Supremo

JOSÉ CEREZO MIR
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Nacional de Educación a Distancia

MANUEL COBO DEL ROSAL
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO
Ex Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

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

MANUEL GARCÍA MIGUEL
Ex Presidente de la Sala 2.^a del
Tribunal Supremo

GERARDO LANDROVE DÍAZ
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

DIEGO MANUEL LUZÓN 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 GARCÍA
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 RODRÍGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO
Ex Presidente de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo
Magistrado del Tribunal Constitucional

JOSÉ MARÍA STAMPA BRAUN
Catedrático Jubilado de Derecho penal de la
Universidad Nacional de Educación a Distancia

RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

ÁNGEL TORÍO LÓPEZ
Catedrático Emérito de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

**ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y CIENCIAS PENALES**

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Ministerio de Justicia (Centro de Publicaciones)
y Boletín Oficial del Estado.

Periodicidad: Cuatrimestral.

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 91 538 21 11

Fax: 91 538 21 21

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

**TOMO L
MCMXCVII**

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2000

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley.

Reservados todos los derechos.

NIPO (BOE): 007-00-078-8

NIPO (M. de Justicia): 051-00-009-5

ISSN: 0210-3001

Depósito legal: M-126/1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid. 2000

SECCIÓN DOCTRINAL

La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

SUMARIO: I. Introducción.-II. La acción y la omisión como formas de delinquir.-III. La distinción entre delitos impropios y delitos propios de omisión.-IV. La posición de garante como supuesto criterio diferenciador entre la omisión impropia y la propia.-V. Las fuentes tradicionales de la posición de garante: la ley, el contrato y el hacer precedente: A) La ley y el contrato como fuentes de la posición de garante: 1. Evolución; 2. La situación actual. B) La injerencia (= hacer precedente): 1. Introducción. 2. Alcance de la responsabilidad por injerencia. 3. El rechazo de la injerencia como fuente de las posiciones de garante.-VI. La ampliación de las fuentes de la posición de garante: A) Introducción. B) La ampliación de las posiciones de garantía dentro del ámbito familiar. C) La sustitución (expansiva) de la posición de garante derivada de contrato por el criterio de la «asunción fáctica».-VII. Ulteriores posiciones de garante que se han ido añadiendo a las tradicionales de la ley, el contrato y el hacer precedente: A) La estrecha relación vital. B) La comunidad de vivienda. C) La comunidad de peligro. D) El dominio de la cosa (Sachherrschaft). E) Los deberes (de aseguramiento) del tráfico (Verkehrssicherungspflichten, Verkehrspflichten). F) La responsabilidad por el producto: el caso «Lederspray» (spray para el cuero): 1. Introducción; 2. La comisión por omisión en el caso «Lederspray»: a) Existencia de posición de garante de los directivos sobre la base de los deberes de aseguramiento del tráfico, b) La tesis de la injerencia, c) El rechazo de la existencia de una omisión impropia en el caso «Lederspray», d) Resumen; 3. Excurso; Referencia a la responsabilidad por el producto en el Derecho penal español: el caso de la colza. a) El caso de la colza como delito de acción. b) La relación de causalidad en el caso de la colza. G) La responsabilidad en comisión por omisión por resultados típicos originados por delitos cometidos por terceras personas o por accidentes: 1. Dentro del ámbito familiar; 2. Dentro del ámbito funcional: a) La tipificación legal expresa como omisión impropia de la no evitación de delitos por parte de funcionarios. b) ¿Comisión por omisión de

funcionarios cuando falta una tipificación expresa?. *c)* La omisión de los funcionarios medioambientales en el Derecho penal alemán: *aa)* Introducción, *bb)* La supuesta posición de garante del funcionario medioambiental, *cc)* Posiciones restrictivas, *dd)* Excurso. Referencia al Derecho penal español: el nuevo artículo 329.1 CP 1995; 3. Dentro del ámbito empresarial: *a)* La situación en Alemania, *b)* Excurso. Referencia al Derecho español: otra vez, el caso de la colza.–VIII. Epílogo.–IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

«El artículo 11 CP 95 regula la comisión por omisión optando por una determinada dirección que parece anclada en el *Mezger* de 1933» (1).

Teniendo en cuenta que dicho precepto (2) es una importación netamente alemana, el presente trabajo pretende informar al lector de habla española de la evolución que ha experimentado desde entonces, en aquella dogmática, la omisión impropia. Una tarea que no es precisamente fácil. Porque, aunque ciertamente disponemos, «entretanto, de una bibliografía... casi inabarcable» (3) y de que la «cadena» de «monografías sobre el problema del garante», de la que hablaba ya Schünemann en 1979 (4), se ha prolongado todavía más, desde aquella fecha, con numerosos nuevos eslabones, no obstante los resultados de esta inmensa laboriosidad de la ciencia alemana –y así se confiesa abiertamente– no pueden ser más raquíticos. Pues en la dogmática de los delitos de omisión «no se puede desconocer que aquí, frecuentemente, todavía nos encontramos en los comienzos» (5), que tal «dogmática de los delitos de omisión que equivalen a una comisión ... no ha madurado en modo alguno como pudiera parecer a primera vista, sino que, en realidad, “no ha salido de los

(1) GIMBERNAT, 1996, I 1.

(2) El artículo 11 CP 1995 tiene el siguiente texto:

«Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

- a)* Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b)* Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente [*sic*].»

(3) FREUND, 1992, p. 3, núm. 18.

(4) 1979, p. 81.

(5) SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/39.

pañales”» (6), ya que, «después de intensos esfuerzos de décadas, ... ni la jurisprudencia ni la doctrina han conseguido alcanzar una solución dogmáticamente satisfactoria sobre la cuestión de cuándo debe ser imputado objetivamente al omitente un resultado injusto realizado mediante omisión» (7).

El «eclecticismo ateo» (8) con el que se aborda la cuestión del garante conduce, por una parte —como continuamente se pone de relieve—, a que se califique a la dogmática de los delitos de omisión como «un ejemplo de pensamiento “tópico”, es decir, referido a grupos de casos» (9), en la que «se diseñan simplemente ad hoc los criterios para la admisión de posiciones de garante» (10), y, por otra parte, a que, al faltar principios firmes y delimitados, el campo de aplicación de la comisión por omisión se extienda cada vez más: la «tendencia de mancha de aceite», de la que habló en una ocasión Welzel (11), se ha convertido, con el tiempo, en una «expansión ilimitada de los delitos de omisión» (12).

A la vista de lo que se acaba de exponer, podría decirse que lo único seguro en los delitos impropios de omisión es que no hay nada seguro (13).

(6) FREUND, 1992, p. 43.

(7) SAGENSTEDT, 1989, p. 45. Cfr. también Armin KAUFMANN, *JuS*, 1961, p. 76: «No es posible generalizar estas reglas sobre la responsabilidad del garante..., sino que el problema de la equiparación es distinto de bien jurídico en bien jurídico, de tipo en tipo»; JAKOBS, *AT*, 1991, 29/26: «La determinación del garante es una de las tareas más difíciles de la dogmática de la Parte General.»

(8) SCHÜNEMANN, 1995, p. 73. V. también SEELMANN, *GA*, 1989, pp. 242/243: «A pesar de su defensa en la jurisprudencia y en algunos manuales, apenas existe alguien que se tome en serio ese cuarteto [ley, contrato, injerencia y estrecha relación vital]»; el mismo, *NK*, 1997, § 13 núm. m. 56.

(9) ARZT, *JA*, 1980, p. 648.

(10) FREUND, 1992, p. 136. Cfr. también SCHÜNEMANN, 1995, p. 62: «argumentos *ad hoc*»; el mismo, *ADPCP*, 1996, p. 210: «Un ejemplo expresivo de lo acabado de decir lo ofrece la ya antes mencionada dogmática de las posiciones de garante en el delito de omisión impropia, que no acaba de calmarse y que también en los últimos años ha sido enriquecida con un cúmulo de nuevos métodos de solución y de posiciones que conducen constantemente a nuevas combinaciones.»

(11) *JZ*, 1960, p. 179. V. también GEILEN, *FamRZ*, 1961, p. 151; LANDSCHEIDT, 1985, p. 44.

(12) SCHÜNEMANN, 1971, p. 221. V. también HONIG, *Schaffstein-Festschrift*, 1975, p. 91: «“expansión” de la punición de la comisión por omisión»; BRAMMSEN, 1986, p. 30: «expansión continuada del campo de aplicación de la fórmula del garante»; BAUMANN/WEBER, *AT*, 9.ª ed., 1985, p. 246: «ausencia de límites de la vigente jurisprudencia»; SCHÜRMAN, 1986, p. 73: «jurisprudencia expansiva.»

(13) Cfr., por ejemplo, STRATENWERTH, *AT*, 1981, núm. m. 990: «La exposición individualizada subsiguiente pondrá de manifiesto qué nivel de inseguridad sigue

No obstante todas estas dificultades, en lo que sigue voy a tratar de exponer sistemáticamente cuál es la situación actual en Alemania, lo que supone exponer, al mismo tiempo, la diversidad de opiniones —muchas veces radicalmente contrapuestas— sobre todos y cada uno de los posibles supuestos de comisión por omisión.

A pesar de lo voluminoso del presente artículo y de que se escribe con una cierta pretensión de exhaustividad, he tenido que prescindir, para no hacerlo aún más extenso, de dos importantes problemas de la comisión por omisión, a saber: de la calificación como omisión propia o impropia de los distintos supuestos de inactividad frente al suicidio, y de la participación en comisión por omisión. Por lo demás, y como viene ya acotado por el título, en lo que sigue me ocupo sólo de la dogmática alemana, siendo las referencias a la legislación, a la jurisprudencia y a la doctrina españolas únicamente de carácter coyuntural y puntual.

II. LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN COMO FORMAS DE DELINQUIR

El artículo 10 CP define como «delitos o faltas las acciones y *omisiones* dolosas o imprudentes penadas por la Ley». Se puede delinquir, por consiguiente, tanto poniendo en marcha (acción) como no deteniendo [omisión (14)] una cadena causal que va a desembocar

existiendo [en la doctrina del garante]»; DENCKER, *Stree/Wessels-Festschrift*, 1993, p. 159: «Desde hace mucho tiempo una de las cuestiones menos aclaradas de la Parte General del Derecho penal es la de las llamadas posiciones de garante en el delito impropio de omisión».

(14) Sobre el concepto de omisión como comportamiento pasivo desvalorado, cfr. GIMBERNAT [1987], 1990, pp. 182 ss., 205-207.

En relación con el concepto de comportamiento que expongo en ese artículo, y, en concreto, sobre mi crítica al concepto causal de la acción en el sentido de que no es susceptible de abarcar las «acciones fallidas», porque en éstas el movimiento no es *querido*, me objeta MIR, ADPCP 1988, p. 668 núm. 13 a) (en el mismo sentido LUZÓN PEÑA, *PG*, 1996, pp. 268/268 núm. 7) que «en los actos fallidos... me parece difícil negar que en ellos por lo menos se quiere *mover* el cuerpo de algún modo» (subrayado en el texto original). Esta objeción desconoce que los actos fallidos en sentido psicoanalítico se caracterizan, precisamente, porque no es el Yo (la voluntad), sino el Ello (el Inconsciente) el que dirige el movimiento corporal: cfr. sólo FREUD, 1901, p. 180: «Hace años, cuando hacía visitas a domicilios de pacientes con mucha mayor frecuencia de lo que lo hago ahora, muchas veces me sucedía que, cuando llegaba ante la puerta en la que debía llamar con la aldaba o apretar el timbre, sacaba del bolsillo las llaves de mi propio domicilio, para después, casi avergonzado, volver a

(o ha desembocado) en un resultado de lesión (delito de lesión) o de peligro (delito de peligro) (15).

Desde el punto de vista de sus formas de comisión (16) (activa u omisiva), los delitos pueden clasificarse en los tres siguientes grupos:

Primer grupo. Algunos delitos sólo se pueden cometer mediante una acción: así el falso testimonio (arts. 458 ss.), que exige una *declaración* no ajustada a la verdad en causas criminales o civiles; la bigamia (art. 217), que requiere igualmente la expresión *positiva* de que se consiente en contraer matrimonio (arts. 58 y 59 CC); la prevaricación (art. 404), que exige *dictar* una resolución injusta (17); o el robo de la circunstancia 1.^a del artículo 238, que tiene como elemento típico que mediante *movimientos* corporales se escalen inmuebles (18).

Segundo grupo. Otros delitos sólo se pueden llevar a cabo mediante omisiones: así, el que comete el juez que *se niega* a juzgar, sin alegar justa causa, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley (art. 448); o el objetor que, sin justa causa, llamado al cumplimiento del servicio que se le asigna, *dejare de presentarse* (art. 527.1.^o); o el que, pudiendo hacerlo, *se abstiene* de impedir un

meterlas. Cuando asocio con qué pacientes era ese el caso, tengo que admitir que la acción fallida –sacar las llaves en vez de llamar– significaba un homenaje para la casa en la que incurría en ese error. Era equivalente a la idea: “Aquí me encuentro como en casa”, pues ello sólo sucedía donde me había encariñado con el enfermo. (Naturalmente que nunca llamo a la puerta de mi casa.)»

(15) La Ley penal castiga *siempre y únicamente* lesiones efectivas de bienes jurídicos o su puesta en peligro. Y el peligro es también un *resultado* en cuanto que consiste en la producción de una situación de *riesgo*, sobre la base de criterios de probabilidad (cfr. GIMBERNAT, *ADPCP* 1994, pp. 5/6).

(16) En sentido estricto, comisión equivale a acción; en sentido amplio, la comisión abarca tanto a la acción como a la omisión.

(17) Cfr. TS 18 de enero de 1994, A. 6482 (del repertorio de 1997): «La injusticia [del art. 358.1 CP 1973, actual art. 404 CP 1995] ha de ser clara y manifiesta y *ha de cometerse mediante una acción positiva*, no siendo posible la comisión por omisión teniendo en cuenta la propia literalidad del precepto, que en su primer párrafo emplea la locución “dictare”». De otra opinión, en la doctrina, OCTAVIO DE TOLEDO, 1980, pp. 66, 401 («puede estimarse equivalente a la activa causación del resultado “resolución” la aparición de éste cuando el sujeto, el funcionario, hubiera podido impedir la cumpliendo su deber jurídico de actuar»), 409; y en la jurisprudencia, TS 2 de julio de 1997, A. 5684, con amplias referencias a las dos distintas posiciones que ha adoptado el TS sobre la cuestión. De que la prevaricación se puede cometer sólo mediante un comportamiento positivo me vuelvo a ocupar *infra* nota 243.

(18) Si no existe un autor que desarrolle esas *actividades*, es obvio que no se han cumplido los requisitos típicos. Quien, mediante una omisión, no impide el falso testimonio, la bigamia, la prevaricación o el robo, podrá responder, *a lo sumo y si es garante*, por participación delictiva en los respectivos delitos, pero *nunca* como autor en sentido estricto por la realización de unas conductas que la ley ha configurado *positivamente*.

asesinato (art. 450) o *no socorre* a quien se encuentra en peligro manifiesto y grave (art. 195).

Tercer grupo. Otros delitos, finalmente, se pueden cometer *tanto por acción como por omisión*. Dentro de este grupo hay que incluir a la mayoría de los delitos de lesión (19), que, como, por ejemplo, los delitos contra la vida, el aborto, las lesiones, o los daños no especifican —o, al menos, no especifican en todas sus modalidades— una forma concreta de comisión. Y así, en los delitos contra la vida, igualmente *mata* la madre que estrangula a su hijo como la que le priva de la vida no ligando el cordón umbilical y permitiendo que se desangre.

III. LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS IMPROPIOS Y DELITOS PROPIOS DE OMISIÓN

El problema central de la dogmática de los delitos de omisión es el de determinar cuándo el que se abstiene puede ser hecho responsable del resultado igual que si lo hubiera causado mediante una conducta activa, o de una participación delictiva igual que si hubiera contribuido positivamente al hecho principal (delito impropio de omisión o de comisión por omisión) y cuando no es ese el caso (delito de omisión propia) (20).

A la madre que deja morir a su hijo al *no ligarle* el cordón umbilical se le imputa el resultado «muerte» de la misma manera que si lo hubiera producido mediante una conducta activa y responde de un

(19) Tradicionalmente, a los delitos de lesión, por contraposición a los de peligro, se les llama también de resultado. Pero esta denominación es poco rigurosa, porque los delitos de peligro también tienen un resultado, a saber: el peligro. Es más preciso llamar delitos de lesión (y no de resultado) a aquellos en los que se *daña efectivamente* el bien jurídico protegido y de peligro a aquellos otros en los que sólo se crea un riesgo para dicho bien (v. GIMBERNAT, *ADPCP* 1994, p. 6).

(20) No todo el mundo distingue entre delito impropio y propio de omisión, como aquí, sobre la base de si a la inactividad se le imputa o no el resultado. Según otra dirección, los auténticos delitos impropios de omisión serían aquellos en los que la reconducción del resultado a la inactividad *no está expresamente tipificada* (el CP, por ejemplo, no recoge *explícitamente* que la madre que no liga el cordón umbilical responde de la muerte de su hijo), mientras que no serían delitos impropios de omisión —sino propios— aquellos en los que el legislador tipifica *expresamente* una conducta inactiva, tanto si no la pone en relación con un resultado (ejemplos: arts. 195 y 450) como si reconduce el resultado a una inactividad, poniendo en conexión, por consiguiente, una inactividad con un resultado (así, por ejemplo: en el art. 432, el CP imputa directamente el perjuicio patrimonial de la sustracción de los fondos públicos al funcionario que *consiente*, esto es: *no impide*, que otros los sustraigan; en el artículo 176, se hace responsable de las torturas causadas a la autoridad o funcionario que permite, esto es y entre otros comportamientos: que no evita, que otras personas

asesinato para el que está prevista la pena de 15 a 20 años de prisión (art. 139). En cambio, si un peatón no auxilia a otro viandante que yace en la acera de la calle, porque está sufriendo un infarto, aquél, y aunque éste fallezca, responde únicamente de una omisión del deber de socorro del artículo 195, y la pena que se le impone: la mucho menos severa de multa de tres a doce meses, evidencia que no se le está imputando la eventual muerte del infartado.

Lo que tienen *en común* las dos categorías de delitos es que ambos se cometen mediante la *omisión* de una acción determinada: en el primer ejemplo, mediante la omisión de ligar el cordón umbilical, y en el segundo, mediante la omisión de auxiliar al viandante enfermo, porque, por ejemplo, *no* se avisa a una ambulancia. Y lo que las *distingue* es que, mientras que en el primer supuesto esa omisión recibe el mismo tratamiento que una acción causante del resultado (21), en el segundo el sujeto responde únicamente por la omisión como tal omisión sin que se pueda reconducir a ésta el eventual resultado de la muerte del infartado (22).

IV. LA POSICIÓN DE GARANTE COMO SUPUESTO CRITERIO DIFERENCIADOR ENTRE LA OMISIÓN IMPROPIA Y LA PROPIA

De acuerdo con la doctrina dominante, el criterio diferenciador entre la omisión impropia y la propia residiría en que, mientras que en la primera el omitente tiene una *posición de garante*, porque en virtud de un deber jurídico (extrapenal) de actuar garantizaría frente a la sociedad la integridad del bien jurídico lesionado, en la segunda el omitente se encontraría desvinculado extrapenalmente del interés que protege el tipo penal en cuestión.

las causen). Sobre los distintos contenidos que se pueden dar a los conceptos: delitos propios y delitos impropios de omisión, cfr., por todos, JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 1996, pp. 605 ss., con amplias referencias bibliográficas sobre la cuestión.

(21) La expresión omisión *impropia* hace referencia a que, en realidad, se trataría de una omisión que debería ser considerada como una acción; la de *comisión por omisión* a que sería, en realidad, una comisión en sentido estricto, esto es: una acción.

(22) Con la expresión omisión *propia* se quiere poner de relieve que aquí sí que estamos ante inactividades en sentido estricto que no pueden ser puestas en conexión, por tanto, con lesión alguna. En consecuencia, el 195 se *consume* con el no auxilio al desamparado, siendo *irrelevante* para la aplicación de dicho tipo penal –porque la lesión *nunca* se le puede imputar al omitente– que el desamparado posteriormente muera o consiga sobrevivir porque, por ejemplo, las lesiones no eran letales o porque, aún siendo muy graves, otras personas le prestaron auxilio a tiempo.

El deber jurídico de actuar fundamentador de una posición de garante sería, por consiguiente, un deber *extrapenal* (por ejemplo, de origen civil o administrativo) que seleccionaría de entre todos los ciudadanos a uno o a unos pocos como encargados de vigilar la integridad del bien jurídico protegido; en cambio, un deber *estrictamente penal* de actuar, como los que imponen los artículos 195 y 450 no fundamentaría posición de garante alguna, ya que, si así fuera, entonces *todos* los ciudadanos deberían responder de, por ejemplo, un asesinato (o de participación en él) cuando no impidieren este delito (art. 450) o de homicidio cuando no evitaran una muerte (art. 195), con lo que los delitos de omisión propia nunca entrarían en juego como tales delitos, sino sólo para servir de base a una posición de garante *general* que, a su vez, serviría de base para una omisión impropia (23).

V. LAS FUENTES TRADICIONALES DE LA POSICIÓN DE GARANTE: LA LEY, EL CONTRATO Y EL HACER PRECEDENTE

La posición de garante (24), esto es: la posición que destaca a una persona (o personas) de entre todas las demás, que le hace responsa-

(23) Cfr., en este sentido de que los deberes estrictamente penales *no son aptos para fundamentar posiciones de garante* y entre otros muchos (porque la opinión es prácticamente unánime), v. WEBER, *Grundriss*, 1948, p. 58; ARMIN KAUFMANN, 1959, p. 285: «De un mandato de evitar la lesión de un bien jurídico expresamente manifestado en la ley o que se deduzca de ella no se sigue aún, en modo alguno, que la lesión del mandato legal tenga que ser reprimida con el marco penal del correspondiente delito de acción. Esto está hoy fuera de discusión para los mandatos derivados de los §§ 138 [que se corresponde con el art. 450 CP] y 330 c [que se corresponde con el art. 195 CP], porque aquí el legislador ha establecido un marco penal especial»; R. MOURULLO, 1966, pp. 378/379; HERZBERG, 1972, p. 208; ARZT, *JA*, 1980, p. 713; RUDOLPHI, *Dünnebiert-Festschrift*, 1982, p. 574; el mismo, *NSiZ* 1991, p. 365; BLEI, *AT*, 1983, p. 322; SAGENSTEDT, 1989, p. 46; JAKOBS, *AT*, 1991, 29/26; FREUND, 1992, p. 27; BAUMANN/MITSCH, *AT*, 1995, § 15 núm. m. 52; WESSELS, *AT*, 1996, núm. m. 715; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 1996, p. 621: «Por el contrario, los deberes de garante no pueden deducirse de la situación típica de un delito *proprio* de omisión, porque ahí se trata de deberes jurídicos que afectan a *todo el mundo*» (subrayados en el texto original); SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 1997, § 13 núm. m. 57. Parcialmente en contra, sin embargo, MEYER-BAHLBURG, *GA*, 1966, pp. 205 («Con estas pretensiones de generalidad, es incorrecto el principio de que el deber de garante de un delito impropio de omisión no puede ser extraído de un delito propio de omisión»), 207; VOGEL, 1993, p. 103; RUDOLPHI, *SK*, 1997, § 13 núm. m. 19.

(24) La expresión «garante», como omitente responsable del resultado, porque garantiza frente a la comunidad la integridad del bien jurídico, fue acuñada por BINDING, *Normen II*, 1926, 2.ª ed., pp. 553 ss., y resucitada e introducida definitivamente en el vocabulario juridicopenal por NAGLER, *GS III* (1938), pp. 59 ss.

ble del bien jurídico penalmente protegido, y que, en consecuencia y si no evita su lesión, le atribuye ésta igual que si la hubiera causado mediante una acción se hace seguir, tradicionalmente, de las tres siguientes fuentes: de la ley, del contrato y, a partir de un momento posterior del desarrollo de la dogmática, también del hacer precedente. Empezamos, porque son las dos primeras en aparecer en el tiempo, por el estudio de la ley y del contrato como fundamentadores de la posición de garante y, consiguientemente, del delito de comisión por omisión.

A) La ley y el contrato como fuentes de la posición de garante

I. EVOLUCIÓN

La tesis de que las obligaciones derivadas de *leyes* (25) extrapenales de Derecho público (por ejemplo, deberes funcionariales de vigilancia) o de Derecho privado (por ejemplo, deberes familiares de guarda) y de *contratos* (por ejemplo, el que celebran los padres con otra persona para que cuide de su hijo) convierten al omitente en responsable del resultado no impedido fue formulada por primera vez por *Feuerbach* (26).

Por consiguiente y según esta tesis: Los padres (ley) que no dan de comer al hijo pequeño permitiendo que muera de inanición o la empleada doméstica (contrato) que omite la alimentación del bebé que tiene a su cargo realizan, en comisión por omisión, un delito contra la vida (27). Al socorrista funcionario en una piscina munici-

(25) El concepto de ley se entiende en sentido amplio: Ley, Decreto, Reglamento, Orden Ministerial e incluso Ordenanza Municipal, sobre todo en la imprudencia.

(26) Cfr. LEHRBUCH, 1847, p. 50: «Pero como la obligatoriedad originaria del ciudadano sólo va referida a omisiones, de ahí que un delito de omisión presuponga siempre una base jurídica especial (ley o contrato) en virtud de la cual la obligatoriedad lleva a fundamentar una comisión». V. también pp. 367/368: «El delito de homicidio puede ser cometido... tanto mediante acciones positivas como negativas. Pero esto último presupone la obligatoriedad de una acción positiva, cuya omisión se ha convertido en causa de la muerte del otro.»

(27) Un ejemplo clásico de posición de garante derivado de ley (art. 39.3 CE: «Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda»; art. 154 CC: «La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos... y comprende los siguientes deberes:... velar por ellos»), y que fundamenta en el omitente la imputación del resultado, es el de la madre que

pal (ley) y al contratado en una privada (contrato) se les imputa la muerte si no intervienen para impedir el ahogamiento de un usuario del establecimiento. Al guardabarreras, empleado de RENFE, sobre la base de la normativa reguladora de los pasos a nivel (ley), y al particular que debe cuidar de esos pasos, por haberlo pactado así con la compañía de ferrocarriles (contrato) (28), cuando no cumplen con su deber de vigilancia, se les hace responsables de los resulta-

(dolosa o imprudentemente) mata al hijo al no ligarle el cordón umbilical. Cfr. TS 9 de mayo de 1966, A. 2339 (parricidio por imprudencia); 3 de junio de 1969, A. 3160 (infanticidio: «... por estar impuesto moral y jurídicamente a toda madre, el deber de cuidar y proteger a su hijo –art. 155 del Código Civil–»); 15 de noviembre de 1977, A. 4336 (infanticidio); 28 de junio de 1980, A. 3064 [parricidio por imprudencia: «La doctrina al igual que la jurisprudencia admiten que la conducta de la madre puede revestir tanto la modalidad activa (matar) como la omisiva encaminada al mismo resultado (dejar morir), habida cuenta, respecto a esta última, de la posición de garante que a la madre corresponde, respecto del hijo recién nacido, como consecuencia de los deberes legalmente impuestos a los padres (vid. arts. 110, 111, 142, 143 y concordantes del Código Civil)»]; 31 de marzo de 1993, A. 2598 (parricidio).

(28) Cfr., por ejemplo, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 13 de junio de 1981, A. 2653: «Que sea cualquiera la naturaleza pública o privada del camino que desde la carretera núm. 224 de Igualada a Capellades da acceso a la Factoría denominada Talleres V., S. A., consistente en un tramo hormigonado de unos cincuenta metros de longitud que atraviesa la vía férrea de Igualada a Martorell propia de la Compañía de Ferrocarriles Castellares, S. A., y en cuyo cruce existe un paso a nivel sin guarda, cuya custodia como es natural correspondía a la citada compañía, pero que ésta transfirió en 15 de junio de 1971 al recurrente a petición de éste, para el más fácil tránsito a dichos Talleres de los que era propietario, “recibiendo a tal fin las llaves de los candados de las cadenas que cierran el mismo, y asumiendo a partir de dicha fecha las responsabilidades que pudieran derivarse a consecuencia de los accidentes que por cualquier motivo pudieran producirse en el expresado paso”, como se recoge en el relato fáctico de la resolución de instancia, de donde se obtiene la evidencia de que a través de tal *pacto o contrato* el recurrente obtuvo la custodia y guarda del referido paso a nivel en beneficio y utilidad propia asumiendo *contractualmente la posición de garante*, subrogándose en el lugar de la Compañía ferroviaria citada, con respecto a las citadas responsabilidades, *negocio jurídico* que resultaba perfectamente válido ... – ... por lo que al no hacerlo así [el recurrente] abandonando los deberes de vigilancia y cuidado inherente a tal posición y concretamente el de tensar las cadenas del mismo y cerrarlas para impedir el acceso de vehículos sobre la vía, en las horas señaladas para el paso de trenes, incurrió en una imprudencia o negligencia grave o temeraria que realiza o integra el tipo penal contemplado en el artículo 565, núm. 1.º [CP 1973] construido como un delito de comisión por omisión» (subrayados añadidos).

V. también, por lo que se refiere a otra posición de garante derivada de contrato, la sentencia del TS de 17 de febrero de 1982, A. 669, donde se imputa la muerte por un accidente con cables de alta tensión, en comisión por omisión, a un electricista, si «se tiene en cuenta la posición de garante asumida por el recurrente en la zona donde

dos típicos causados por la colisión entre el ferrocarril y un vehículo de motor.

En cambio, el resto de los ciudadanos no garantes, que no tienen la obligación *especial extrapenal* de garantizar la vida de determinadas personas, sino sólo la *obligación general juridicopenal* que nos afecta a todos de socorrer a *cualquier* ser humano, responderían, si no interviniesen, únicamente por delitos de omisión propia (29).

A pesar de que hasta los años 30, pero *sólo a nivel de principio*, era prácticamente unánime la opinión de que únicamente un *deber jurídico y no uno moral* podía servir de base a una posición de garante (teoría del deber jurídico), rechazándose, en consecuencia, la posibilidad de que obligaciones extrajurídicas (por ejemplo, de carácter moral o social) pudieran operar como fuentes de posiciones de garante (por consiguiente, el marido que permitía la muerte de la mujer respondería de un delito contra la vida, pero sólo de una omisión del deber de socorro el joven que omitía salvar a su novia) (30), opinión que se solía –y se suele– fundamentar sobre la base del principio de legalidad: si sólo el Derecho (pero no la moral) son idóneos para establecer la punibilidad por acción, lo mismo debería regir para

se produjo el accidente que tenía como fuente el *contrato* pactado con la Compañía propietaria o concesionaria de las líneas eléctricas y que le obligaba a cuidar de su conservación y mantenimiento en perfecto estado, para evitar la producción de accidentes como el que nos ocupa» (subrayado añadido).

(29) En concreto, sobre la base del delito de omisión propia del artículo 195: «1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.–2. En las mismas penas [*sic*] incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.–3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses».

(30) Cfr., por ejemplo, TRAEGER, *Enneccerus-Festgaben*, 1913, pp. 66 («Así como la causación de un resultado lesivo mediante acción positiva sólo puede hacer responsable juridicopenal o civilmente cuando la causación está prohibida por el Derecho, así, por supuesto, la no evitación del resultado evitable sólo puede fundamentar responsabilidad cuando la evitación del resultado lesivo estaba mandada jurídicamente, cuando el Derecho exige una actuación para impedir el resultado. La *infracción más grave de deberes meramente morales* no puede fundamentar nunca –ni mediante acción ni mediante omisión– responsabilidad jurídica. Por consiguiente, tanto la prohibición como el mandato deben provenir del Derecho» (subrayados añadidos), 77 y 80; v. HIPPEL II, 1930 p. 161 núm. 3; FRANK, *StGB*, 1931, p. 19: «El descuido de un deber ordenado sólo por la ley moral no fundamenta una responsabilidad juridicopenal»; v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1932, p. 190: «El deber de actuar para impedir el resultado tiene que estar fundamentado jurídicamente, tiene que ser un

una omisión (31); a pesar de esas declaraciones de principio, lo cierto es, no obstante, que la teoría del deber jurídico *nunca se aplicó consecuentemente*, y que, por ejemplo, desde muy pronto se estimó que algunas relaciones familiares o interpersonales, aunque en sentido juridicoprivado estricto no dieran lugar a deberes de guarda, podían servir de base a posiciones de garante, que lo decisivo era, no la existencia, sino la asunción fáctica de la obligación contractual, que el contrato podía seguir dando lugar a una comisión por omisión aún después de su extinción temporal, o que la posición de garante derivada de contrato podía subsistir aunque dicho contrato fuera civilmente nulo (32).

La contradicción que suponía el establecimiento de unos principios que luego no se aplicaban en la práctica hizo que en los años 30 un grupo de autores alemanes, argumentando con la necesidad de liberar al Derecho penal de la influencia civilista (33) y con los conceptos del pensamiento juridicopenal nacionalsocialista del «sano sentido popular» y del llamado «Derecho penal de autor» (34), renunciara, *también a nivel de principio*, al formalismo de que todo deber de garante había de ser uno jurídico para manifestar, *abiertamente*, que también meras obligaciones morales o sociales podían servir de base para una comisión por omisión (35).

deber jurídico. No es nunca suficiente que el hacer sólo lo exija la moral o la moralidad»; MEZGER, *Strafrecht*, 1933, p. 139: «Es necesaria la fundamentación mediante una proposición jurídica: un deber meramente moral no fundamenta responsabilidad penal alguna»; NAGLER, *GS III* (1938), p. 22.

(31) Sobre este argumento cfr., por ejemplo, la cita de TRAEGER en la nota anterior; HENKEL, *MSchKrim*, 1961, p. 184: «La laguna de tipicidad que existe en la ley en relación al autor que omite impedir el resultado creyó poder colmarse en el sentido del *nullum crimen sine lege* acudiendo para rellenarla a una norma legal extrapenal para, de esta manera, superar la falta de regulación juridicopenal de los delitos impropios de omisión»; RODRÍGUEZ MOURULLO, 1966, p. 111.

(32) Sobre todo ello detalladamente *infra* VI.

(33) Cfr., por ejemplo, SCHAFFSTEIN, *Gleispach-Festschrift*, 1936, p. 73

(34) Véase, por ejemplo, SCHAFFSTEIN, *Gleispach-Festschrift*, 1936, p. 71; DROST, *GS 109* (1937), pp. 16, 27; NIETHAMMER, *ZStW 57* (1937), p. 445.

(35) Cfr. SAUER, *Frank-Festgabe*, I, 1930, p. 223: «El “deber moral” en nuestra actual época cultural... pudiera ser elevado a un deber jurídico» [posteriormente, SAUER, *Strafrechtislehre*, 1955, p. 92 («Por consiguiente, es ir demasiado lejos extender los deberes jurídicos en el terreno de los deberes morales y sociales»), volvió a la teoría del deber jurídico]; SCHAFFSTEIN, *Gleispach-Festschrift*, 1936, p. 81: «... la teoría del deber jurídico, mediante la estricta separación entre la lesión —que supuestamente es la única relevante— de deberes jurídicos y la lesión irrelevante de deberes “meramente” morales ha llevado normalmente a una inadmisibles reducción de los delitos impropios de omisión»; DROST, *GS 109* (1937), pp. 17, 19 («Para la cuestión de si una omisión fundamenta la punibilidad cuando se produce un resultado contra-

2. LA SITUACIÓN ACTUAL

Desde el final de la II Guerra Mundial, un importante sector de la ciencia –tal vez el mayoritario–, ha vuelto a pronunciarse a favor de la teoría del deber jurídico (36), aunque ocasionalmente se pone de relieve

rio a la ley penal, lo decisivo no es la cuestión de deberes juridicoprivados, sino únicamente la cuestión de si la persona mediante la omisión ha lesionado frente al Estado ... un deber social en la convivencia popular», 33; NIETHAMMER, *ZStW* 57 (1937), p. 445; GEORGAKIS, 1938, p. 21; DAHM, *ZStW* 59 (1939), p. 166: «La cuestión decisiva no es ya la de si el deber cuya lesión desencadena la responsabilidad [sc.penal] tiene que ser un deber jurídico, o la de si es suficiente también un deber moral, sino la cuestión de la naturaleza y del vigor de ese deber, sea éste jurídico o moral».

(36) Cfr. NOVOA, *PG*, 1960, pp. 344/345; Armin KAUFMANN, *JuS*, 1961, p. 176: «[Para determinar el tipo de un delito impropio de omisión] hay que constatar que existe un *mandato jurídico* que tiene por contenido la evitación de aquella lesión de o peligro para el bien jurídico... Lo esencial es que tiene que tratarse de mandatos *jurídicos* para la protección de bienes jurídicos; los deberes morales no son suficientes» (subrayados en el texto original); GEILEN, *FRZ* 1961, p. 152: «...hay que mantener la exigencia de un deber *jurídico* de garante... « (subrayado en el texto original); WELZEL, *Strafrecht*, 1969, p. 213: «Si bien ya no se puede volver al estricto punto de partida originario de un deber jurídico expresamente formulado en la ley, sin embargo hay que exigir la cimentación *jurídica* del deber de garante, es decir, la responsabilidad del garante debe, si no leerse directamente de la ley, si por lo menos demostrarse a partir de ella», subrayado añadido; SCHÜNEMANN, 1971, *passim*, para quien la existencia de un deber jurídico es requisito necesario, pero no suficiente de la comisión por omisión: «Cuando, de acuerdo con un orden estricto, está descartado un deber jurídico, entonces no es posible una punición; la mera existencia de un deber jurídico meta-juridicopenal no dice nada aún, en cambio, sobre el problema de la punibilidad»; MAURACH, *AT*, 1971, p. 601: «En principio, hay que partir de que *sólo* deberes fundamentados *jurídicamente* pueden regir como deberes de garante. Deberes religiosos, morales e individuales tienen su lugar fuera del Derecho penal –que se limita al “mínimo ético”– y, por consiguiente, no pueden provocar ninguna función de garantía en sentido juridicopenal –que es el único que aquí nos interesa–», subrayados en el texto original; COUSIÑO, I, 1975, p. 561; MAIWALD, *JuS*, 1981, pp. 480, 481; BLEI, *AT*, 1983, p. 322: «... los deberes morales ... no fundamentan deber de garante alguno»; RUIZ, *LH*, Luis Carlos Pérez, 1984, p. 83; SCHÜRMAN, 1986, pp. 74/75; KONRAD, 1986, pp. 78/79; BOCKELMANN/VOLK, *AT*, 1987, p. 137: «Sobre los deberes de garante el § 13 sólo dice que deben ser deberes jurídicos (El obligado debe responder “jurídicamente” por la no producción del resultado). No bastan deberes meramente morales»; SAGENSTEDT, 1989, p. 186; SEELMANN, *AK* 1990 y *NK* 1997, § 13 núm. m. 10, 47 ss.; JAKOBS, *AT*, 1991, 29/26: «Como la ley [sc. el § 13 StGB] exige un tener-que-responder *jurídico*, la fuente tiene que suministrar deberes jurídicos y no, por ejemplo, sólo morales», subrayado en el texto original; GALLAS, 1989, pp. 75 («Lo que es seguro es que sólo puede equivaler a la realización del tipo mediante un hacer positivo aquel omitir mediante el cual el omitente lesiona un deber jurídico de actuar»), 80/81 [v., sin embargo, la cita de GALLAS recogida *infra* nota 39]; SEEBODE, *Spendel-Festschrift*, 1992, pp. 329 («Es necesario ... un deber *jurídico* de actuar. Cualquier otro deber, por ejemplo, de índole *moral* es indiscutible que no basta», subrayados en el texto ori-

que todo ello no pasaría de ser una mera actitud declamatoria (37), y ni la doctrina ni la jurisprudencia tendrían inconveniente en que entrasen

ginal), 344/345; FREUND, 1992, pp. 28 («los deberes jurídicos fundamentados prejuridicopenalmente tienen una importancia eminente para la punibilidad de la omisión»), 33 («La posibilidad de fundamentar un deber *jurídico* es y sigue siendo, ahora como antes, un *elemento esencial* irrenunciable de una *adecuada teoría de la equiparación*», subrayados en el texto original), 35 y *passim*; VOGEL, 1993, pp. 125, 314; JESCHECK, *LK*, 1993 ss., § 13 núm. m. 19: «Según la regulación expresa del § 13 [sc. StGB] se debe tratar de deberes fundamentados *jurídica* y no sólo moralmente», subrayado en el texto original; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 1996, p. 621; BAUMANN/MITSCH, *AT*, 1995, § 15 núm. m. 41; WESSELS, *AT*, 1996, núm. m. 715; RUDOLPHI, *SK*, 1997, § 13 núm. m. 19: «Al omitente le debe venir mandado *jurídicamente* evitar el resultado injusto típico. Mandatos meramente morales no pueden estar en situación de fundamentar una equivalencia activa del omitir», subrayados en el texto original [cfr., sin embargo, las citas de obras anteriores de RUDOLPHI recogidas *infra* nota 39]; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 1997, § 13 núm. m. 7 («Este deber tiene que ser un *deber jurídico*, no son suficientes deberes puramente morales», subrayado en el texto original), núm. m. 17 («... no basta un deber sólo moral, por lo que, por ejemplo, una relación amorosa, una amistad o relaciones similares, por muy estrechas que sean, no fundamentan una posición de garante»).

En la doctrina española, y antes de la entrada en vigor del artículo 11 CP 1995, la tesis dominante, con la excepción de FERRER y de JIMÉNEZ DE ASÚA (referencias *infra* nota 39), ya exigía también la existencia de un deber jurídico para que pudiera fundamentarse una omisión impropia: cfr., por ejemplo: RODRÍGUEZ MOURULLO, *RFDUM* 1961, pp. 343 ss.; el mismo, 1966, p. 88: «La reducción de la posibilidad de admitir la comisión por omisión a las hipótesis en las que existe un auténtico deber jurídico de garantía parece que entraña un progreso al que no debe renunciarse»; el mismo, *PG*, 1977, p. 311; BACIGALUPO, 1970, p. 121: «Un deber meramente moral no es fundamentalmente suficiente para determinar una posición de garante»; RODRÍGUEZ DEVESA, *PG*, 1981, p. 372; SAINZ CANTERO, *II*, 1985, pp. 265/266; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG*, 1984, p. 372; *Torio*, *ADPCP* 1984, p. 702; HUERTA, 1987, pp. 143/144: «El deber de actuar en evitación de un resultado típico, cuya *infracción* da origen a la responsabilidad del omitente por dicho resultado, debe tener naturaleza jurídica y no meramente moral o social, por lo que habría de derivarse de fuentes jurídicamente reconocidas»; COBO/VIVES, *PG*, 1990, p. 304: «Dicha posición [sc. de garante], cuyo fundamento ha de ser *estrictamente jurídico*», subrayados en el texto original.

(37) Cfr., por ejemplo, GRÜNWARD, 1956, p. 51 («Porque el Derecho penal ... hace tiempo que ha renunciado ya a acudir a las normas extrapenales para delimitar las omisiones punibles de las irrelevantes») y *passim*; el mismo, *ZStW* 70 (1958), pp. 414/415 y *passim*; BOCKELMANN, *Niederschriften* 2, 1958, p. 277 («Sin embargo, hay que dirigir una enérgica llamada a la jurisprudencia [del BGH] para que ponga fin a ese funesto perfeccionismo que tiende a sancionar, por la vía de castigarlo como delito impropio de omisión, cualquier comportamiento de alguna manera inmoral»); MEYER-BAHLBURG, 1962, pp. 24 ss. y *passim*; GEILEN, *FamRZ* 1964, p. 390: «Los intentos de apoyo en el Derecho positivo, especialmente en el Derecho de familia, que en ocasiones y ya en la jurisprudencia del Reichsgericht, no eran otra cosa que una decoración tan pobre como transparente, han retrocedido a favor de una más amplia formación conceptual de carácter ético-social»; WELP, 1968, p. 65; GALLAS, 1989, p. 69 («En su jurisprudencia [sc. el

en juego omisiones impropias donde a veces sería difícil de encontrar deberes jurídicos de actuar (38). Por otra parte, y enlazando con los autores citados *supra* *in fine*, pero ya sin los condicionamientos políticos de éstos, actualmente otro sector de la dogmática da entrada *abiertamente* a deberes extrajurídicos (sobre todo, morales y sociales) para fundamentar posiciones de garante (39).

B) La injerencia (= hacer precedente)

1. INTRODUCCIÓN

La tercera fuente tradicional de la posición de garante viene constituida por la injerencia (40). De acuerdo con este principio, el que

BGH] se ha ido fortaleciendo aún más la tendencia a juridificar deberes de acción que originariamente sólo se consideraban como vinculación moral»), 70, 72.

(38) Sobre todo ello cfr. *infra* VI y VII.

(39) Cfr., por ejemplo, FERRER, I, 1946, pp. 12, 21/22; VOGT, ZStW 63 (1951), p. 400 («Con ello hemos clarificado la diferencia entre delitos de omisión propia e impropia: en el último, obligación procedente de un orden *social* más estrecho y responsabilidad incrementada, en el primero, deber procedente de un campo universal de la vida social y responsabilidad normal», subrayado añadido) y *passim*; GALLAS, 1955, p. 345: Al omitente «le surge una función especial de protección frente al bien jurídico que le ha sido entregado, ya sea de un precepto jurídico expreso ya de las *concepciones ético-sociales dominantes*» (subrayados añadidos); ANDROULAKIS, 1963, p. 220: «Lo decisivo [sc. para la imputación del resultado al omitente] ... es el clima convencional, político y, en general, social»; JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 1965, p. 428: «En el grupo de los auténticos delitos de comisión por omisión es forzoso situar, junto a los nacidos del deber impuesto por precepto jurídico ... aquellos que surgen de deberes morales, exigidos hoy por el hecho de vivir en sociedad»; RUDOLPHI, 1966, p. 99 («El omitente, para que su inactividad sea equivalente a una acción, debe ejercer en la *vida social* una función de protección, en virtud de la cual está llamado a evitar los peligros que amenazan a un bien jurídico de tal manera que le corresponde la decisión determinante sobre la producción de la lesión amenazante del bien jurídico y que, en consecuencia, aparece como garante para la no producción de esa lesión del bien jurídico», subrayados añadidos) y *passim*; el mismo, NStZ 1984, p. 150: «posición en la vida social»; HERZBERG, 1972, pp. 212, 215, 283, 316 (lo decisivo es la «especial responsabilidad social») y *passim*; HONIG, 1975, pp. 94/95; STRATENWERTH, AT, 1981, p. 271; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, pp. 536 («normas sociales», «roles sociales»), 537 («posición social»); BRAMMSEN, 1986, pp. 27, 28 («una teoría del garante orientada a la vida social cotidiana»), 29, 46 («puntos de partida acuñados ético-socialmente») y *passim*; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 26 («Fundamentación ético-social de las “relaciones de garante”») y *passim*.

(40) La idea de la injerencia, como tercera fuente, junto a la ley y al contrato, de posiciones de garante, tiene su origen en STÜBEL (1828), KRUG (1855), GLASER (1858) y MERKEL (1867); para más detalles, cfr. TRAEGER, *Enneccerus-Festgaben*, 1913, pp. 30 ss.; PFLEIDERER, 1968, pp. 48 ss.; RUDOLPHI, 1966, pp. 6 ss.

«El principio de que el hacer precedente obliga a evitar el resultado se desarrolló en el siglo pasado para demostrar la causalidad de la omisión» (BINDOKAT, NJW 1960, p. 51).

mediante un hacer precedente (injerente) crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responde de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente *omite* evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente. [Por lo que se refiere a España, el TS, por sólo citar algunas sentencias, había estimado ya que respondía del resultado producido el camionero que, después de *cargar* en su vehículo una pieza cilíndrica de gran peso (hacer precedente) *no* la calzaba convenientemente (omisión del injerente), deslizándose aquella y aprisionando así a otra persona (41); y quienes mediante un hacer precedente abrían un foco de riesgo [cavaban zanjas (42), detenían un vehículo (43)], que luego *no* señalizaban (omisión de los injerentes), produciéndose resultados típicos al colisionar otros vehículos contra los obstáculos de cuya presencia no se había advertido].

En Alemania, sobre la base de la doctrina de la injerencia, se estima, por ejemplo:

a) Que responde de un homicidio imprudente en comisión por omisión el tabernero que sirve alcohol a un cliente (hacer precedente), quien se embriaga, si luego aquél no impide que éste conduzca en ese estado su automóvil, atropellando y matando a un peatón.

b) Que responde de un homicidio *doloso*: el conductor que *sin dolo* atropella a otra persona (hacer precedente), dándose a la fuga, y no evitando así la muerte del accidentado a consecuencia de las heridas sufridas; e, igualmente, quien, sin querer, empuja al agua a otra persona (hacer precedente) y luego no la rescata de perecer ahogada.

c) Que responde de una detención ilegal *dolosa* en comisión por omisión quien, sin saber que una persona se encuentra dentro, cierra la puerta de una habitación (hacer precedente), omitiendo liberar al encerrado cuando posteriormente percibe las consecuencias de ese hacer precedente (así, la muy citada sentencia alemana RG 24, 339).

2. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD POR INJERENCIA

No todo hacer precedente condicionante después de un resultado típico crea una posición de garante; pues si así fuera, acciones completamente alejadas del resultado nos harían responder rocambolesca-

(41) Así el supuesto de hecho en TS 3 de mayo de 1980, A. 1800.

(42) Así el supuesto de hecho en, por ejemplo, TS 10 de febrero de 1968, A. 841.

(43) Así el supuesto de hecho en, por ejemplo, TS 6 de octubre de 1980, A. 3661, 12 de julio de 1984, A. 4043, y 30 de enero de 1985, A. 381.

mente de éste (por ejemplo, el minero que extrajo el hierro respondería de un delito contra la vida en comisión por omisión, si luego, pudiendo hacerlo, no evitaba el asesinato ejecutado con una navaja fabricada con aquel mineral), con lo que se llegaría a una situación parecida a la del *regressum in infinitum* de una teoría causal de la condición llevada hasta sus últimas consecuencias (44): «La fórmula del deber de garante en virtud de hacer precedente ya es de por sí lo suficientemente amplia (en mi opinión, demasiado amplia); pero en ningún caso debe convertirse en fundamento de responsabilidad para todo aquello vinculado de alguna manera en sucesión causal al hacer precedente, porque entonces todo se difumina y todo el mundo responde de todo» (45). Por todo ello, la doctrina absolutamente dominante establece, *como primera limitación*, que la posición de garante sólo puede provenir de un hacer precedente *peligroso* en sí para la producción del resultado (46). Pero como esa primera limitación no es suficiente para evitar una desmesurada amplitud de la responsabilidad del garante por el resultado, la dogmática ha ido estableciendo ulteriores requisitos a añadir al hacer precedente peligroso para que éste pueda considerarse creador de una posición de garante y, consiguientemente, de un delito de comisión por omisión. Desgraciadamente, sin embargo, no sólo no se ha alcanzado una unidad de criterio

(44) Cfr. GIMBERNAT, 1966, pp. 54 y ss. V. también BLEI, Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, p. 137 n. 85: «¿Deber de garante del maestro de mecánica cuyo antiguo aprendiz utiliza sus conocimientos para producir herramientas para el robo o aparatos para falsificar moneda? La cadena de posibles ejemplos acabaría otra vez en la pregunta ominosa de si los padres del asesino, en virtud de la causalidad de su anterior comportamiento, se han convertido en garantes frente a los peligros que emanan del hijo».

(45) WELZEL, *JZ* 1960, p. 180. V. también RUDOLPHI, 1966, p. 49: «Si realmente se tomase en serio la tesis de que una acción precedente no peligrosa en sí desencadena un deber de garante, siempre que en su posterior desarrollo causal lleve alguna vez a un peligro para un bien jurídico, ello conduciría a una vinculación obligatoria insoportable para cualquier ciudadano. Para liberarse del castigo por un delito imprudente de omisión tendría que vigilar y dirigir continuamente el ulterior curso de todas sus acciones –pues todas ellas pueden llevar alguna vez, en el lejano futuro, al peligro de un bien jurídico protegido contra menoscabos culposos–. Si uno se representa de qué múltiples, de qué miles de maneras ello tendría que ocurrir, resulta claramente que el individuo se convertiría en un esclavo de sí mismo. Día a día tendría suficiente que hacer con controlar el ulterior desarrollo de procesos causales desencadenados alguna vez por él y, en su caso, con evitar los peligros para terceros provenientes de aquéllos».

(46) Cfr., por todos, HERZBERG, 1972, p. 301; el mismo, *JZ*, 1986, p. 992; ARZT, *JA* 1980, p. 75; OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 1985, p. 648; STREE, *Klug-Festschrift II*, 1983, p. 396; WESSELS, *AT*, 1996, n. m. 725; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 1997, § 13 n. m. 34.

sobre esas limitaciones, sino que las opiniones aparecen caóticamente dispersas.

a) Por lo que respecta a si una acción típica, pero *justificada*, constituye un hacer precedente en el sentido de la teoría de la injerencia –por ejemplo, sobre si constituyen un hacer precedente las lesiones causadas en legítima defensa para quien, posteriormente y una vez desaparecida la agresión, permite que el herido muera a consecuencia de esas heridas– se mantienen dos soluciones contrapuestas: para unos, quien deja morir a quien previamente ha lesionado justificadamente, responde de un delito contra la vida en comisión por omisión (47); para otros, sólo de una omisión (propia) del deber de socorro (48).

(47) Cfr., en este sentido, v. BURI, GS 1869, p. 211; TRAEGER, *Enneccerus-Festgaben*, 1913, p. 106; DROST, GS 1937, pp. 21/22; VOGT, ZStW 63 (1951), p. 403; ARTHUR KAUFMANN/HASSEMER, JuS 1964, p. 153; WELP, 1968, p. 273; el mismo, JZ 1971, p. 434; MAURACH, AT, 1971, p. 609; HERZBERG, JuS 1971, p. 76; el mismo, 1972, p. 297; el mismo, JZ 1986, p. 989; BAUMANN/WEBER, AT, 1985, p. 248: «Incluso cuando el hacer precedente creador del peligro fue uno conforme a Derecho fundamenta también un deber de garante de evitación del resultado; de otra opinión, sin embargo, la moderna jurisprudencia del BGH, con el argumento de que el atacado no debe responder más severamente que un tercero no implicado ni afectado por el ataque. Esta opinión, por motivos incomprensibles, escamotea a la acción adecuada a Derecho de la relación de causalidad y recuerda sospechosamente a ideas sobre la pérdida de la paz para el atacante» (BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 68, abandonan ahora esta posición defendida todavía en la edición previa de BAUMANN/WEBER); SONNEN, JA 1987, p. 335; MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, p. 206.

(48) En este sentido, la jurisprudencia del BGH (indicaciones en: RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 41). Y en la doctrina: SAUER, *Frank-Festgabe I*, 1930, p. 216; el mismo, AT, 1955, p. 93; v. HIPPEL, II, 1930, p. 166; v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1932, p. 191; MEZGER, 1933, *Strafrecht*, p. 147; EB. SCHMIDT, *Niederschriften 2*, 1958, pp. 152, 269; WELZEL, *Strafrecht*, 1969, p. 215; KOHLRAUSCH/LANGE, 1961, StGB, p. 8; MEYER-BAHLBURG, 1962, p. 106; JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 1965, p. 426; RUDOLPHI, 1966, pp. 181/182; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 41; PFLEIDERER, 1968, pp. 149 («Sería incomprensible que quien ha conseguido salvarse con apuros de una agresión asesina se convirtiera, por su parte, en un homicida si no se ocupa del agresor herido, mientras que un peatón cualquiera que pasa de largo ante el lesionado y para quien el agresor es, sólo y realmente, un “miembro desamparado de la comunidad” sólo respondería de una omisión del deber de socorro en el sentido del § 330 c StGB»), 157; BRINGEWAT, MDR 1971, p. 718; SCHÜNEMANN, 1971, p. 314; NICKEL, 1972, p. 190; CURY, *Teoría*, 1973, p. 301; OTTO, NJW 1974, p. 534; MAIWALD, NJW 1981, p. 483; STRATENWERTH, AT, 1981, n. m. 1009; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/39 y 54; SCHMIDHÄUSER, *Studienbuch*, 1982, p. 393; GÓMEZ BENÍTEZ, PG, 1984, p. 594; OTTO/BRAMMSEN, *Jura* 1985, p. 649; ROXIN, *NStZ* 1985, p. 321; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, pp. 138, 141; BRAMMSEN, 1986, p. 436; GALLAS, 1989, p. 90; SEELMANN AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 52; FREUND, 1992, pp. 285/286; VOGEL, 1993, p. 200; WESSELS, AT, 1996, n. m. 726; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 37; KÖHLER, AT 1997, p. 225.

Para HENKEL, las acciones cubiertas por una legítima defensa no fundamentan una posición de garante, a no ser que entre agresor y agredido-defensor exista un «contacto

A su vez, algunos autores distinguen dentro de las causas de exclusión de lo injusto y mantienen que en la legítima defensa no, pero que en el estado de necesidad justificante (49) el hacer precedente sí que fundamenta una posición de garante (50).

b) A pesar de lo que acabamos de exponer, en otro caso: en el que quien cierra una puerta sin saber ni poder prever que una persona se halla dentro de la habitación, la doctrina absolutamente dominante (51) estima que, en todo caso, existe una detención ilegal en comisión por omisión desde el momento en que, consciente de que una persona ha quedado encerrada, no abre la puerta el que previamente la cerró. Y todo ello, a pesar de que ese hacer precedente –por no concurrir en el momento de ejecutarlo ni dolo ni imprudencia– no es tampoco, de acuerdo con la correcta doctrina dominante, antijurídico (52).

social», porque el «agresor lesionado se encuentra en la esfera de dominio del atacado, por ejemplo, en su vivienda» (MSchrKrim 1961, p. 184 n. 13). En el mismo sentido BLEI, AT, 1983, p. 329. También diferencia entre distintas situaciones de legítima defensa DENCKER, Stree/Wessels-Festschrift, 1993, pp. 173 ss., para quien «*por lo general*, no existe punibilidad por un delito impropio de omisión en virtud de injerencia después de una acción cubierta por legítima defensa» (p. 175, subrayado añadido).

(49) En el sentido de la teoría de la diferenciación (sobre esta teoría, cfr. sólo GIMBERNAT [1974], 1990, *passim*).

(50) Cfr. SEELMANN, GA 1989, p. 255: «Por lo demás, el criterio de la antijuridicidad no es mantenido consecuentemente por sus partidarios, ya que lo derogan en los casos importantes de justificación por estado de necesidad: si un ciclista sólo puede salvar su vida subiéndose a una acera y lesionando allí a un peatón, porque en una calle angosta venía en dirección contraria, e infringiendo las normas de tráfico, un camión, nadie duda, aunque su comportamiento se considera justificado, que tiene un deber de salvamento de garante frente al peatón lesionado»; el mismo, AK, 1990 y NK, 1996, § 13 n. m. 118; JAKOBS, AT, 1991, 29/43; WESSELS, AT, 1996, n. m. 727; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 40 a. Sobre el tema posición de garante y conducta adecuada a Derecho, v. inmediatamente *infra* b).

(51) Que se adhiere así a la doctrina establecida en una famosa sentencia del Reichsgericht (RG 24, 339): cfr., por ejemplo, WELZEL, Strafrecht, 1969, p. 215; NOVOA, PG, 1960, p. 345; KOHLRAUSCH/LANGE, StGB, 1961, p. 8; RUDOLPHI, 1966, p. 154; COUSIÑO, I, 1975, p. 562; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/50; LANDSCHEIDT, 1985, pp. 119/120; BRAMMSEN, 1986, p. 326; JESCHECK, LK 1993 ss., § 13 n. m. 33 [«Hay que observar una particularidad en los delitos permanentes: si el autor crea en un principio la situación conforme a Derecho (por ejemplo, encerrando en legítima defensa al atacante), está obligado a suprimir inmediatamente la situación, en el momento en que finaliza la situación de legítima defensa»].

(52) «Pero no sería correcto negar el deber de garante en todos los casos en los que el “hacer precedente” es conforme a Derecho. En el caso de la legítima defensa, ello es correcto; pero en muchas acciones peligrosas y conformes a Derecho (por ejemplo, participación en el tráfico rodado y, en general, todas las conductas “peligrosas” permitidas) es necesario reconocer un deber de garante» (EB. SCHMIDT, *Niederschriften* 2, 1958, pp. 152/153). V. también MEYER-BAHLBURG, 1962, pp. 106/107:

c) En el caso del conductor que atropella sin dolo a otra persona y se da a la fuga, se defienden las siguientes posiciones:

– Sólo el atropello imprudente, pero no el fortuito, puede servir de base a una posición de garante por injerencia, por lo que únicamente en el primer caso responderá de un delito doloso contra la vida en comisión por omisión, si, a pesar de que hubiera podido evitarlo, permite que se muera el accidentado (53).

«Según los Comentarios de SCHÖNKE/SCHRÖDER y KOHLRAUSCH/LANGE sólo acciones previas antijurídicas pueden fundamentar posiciones de garante, y no, en cambio, las ajustadas a Derecho. SCHRÖDER expone como ejemplo de ello que quien lesiona a otro en legítima defensa, y después no le ayuda, con lo que muere desangrado, no puede ser castigado por homicidio, sino sólo por omisión del deber de socorro. Estoy de acuerdo en la decisión de ese caso, pero ello no puede residir en la conformidad con el Derecho del hacer precedente. Quien encierra a un ladrón en el sótano, para entregarlo a la Policía, actúa conforme a Derecho. Pero si después cambia de opinión y deja que el ladrón se muera de hambre, entonces seguramente que SCHRÖDER y LANGE aceptarían un homicidio doloso y no sólo una omisión del deber de socorro. Quien cava una zanja en su finca, quien abre en su terreno un camino para el tráfico público, quien aparca en el arcén un camión al que le han fallado las luces, quien conduce su automóvil –todas estas personas no se comportan antijurídicamente y son, sin embargo, garantes–. Por consiguiente, no es correcta la limitación del principio del hacer precedente a acciones previas antijurídicas». Cfr., además en el mismo sentido de distinguir, dentro de las acciones conformes a Derecho, entre las cubiertas por una legítima defensa, que *no* fundamentan una posición de garante (a no ser –nueva excepción– que la acción de legítima defensa dé lugar a la lesión *permanente* de un bien jurídico: cfr. la cita de JESCHECK *supra* nota 51), y las que se ejecutan conforme al riesgo permitido, que *sí* la fundamentan, y entre otros, ARZT, JA 1980, p. 715; MAIWALD, JuS 1981, p. 482; STRATENWERTH, AT, 1981, p. 273; SEELMANN, 1989, p. 255. De otra opinión, sin embargo, LANDSCHEIDT, 1985, pp. 120/121: quien encierra a otro sin culpa ni dolo no se convierte en garante de su liberación.

(53) En este sentido, rectificando la anterior doctrina que consideraba que también el atropello fortuito fundamentaba una posición de garante, la moderna jurisprudencia alemana (indicaciones en SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 35, y RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 41). Y en la ciencia: HÖPFNER, ZStW 36 (1915), pp. 116/117; RUDOLPHI, 1966, pp. 177/178; el mismo, JR 1974, p. 160; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 41; GALLAS, 1989, pp. 88/89; OTTO, NJW 1974, pp. 530, 535 (aunque estableciendo ulteriores diferenciaciones dentro del comportamiento correcto del conductor); COUSIÑO, I, 1975, pp. 562/563 n. 1098; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/54; el mismo, Studienbuch, 1982, p. 393; HUERTA, CPC 17 (1982), pp. 250/251 n. 103: «Lo que ahora me interesa resaltar es que, si algún sentido tiene el aludido párrafo [sc. el párr. 3 del art. 489 ter CP 1973] –y si no se quiere llegar a la conclusión de que es superfluo por inaplicable– es el de agravar la responsabilidad en el caso de no auxilio a una víctima de una conducta lícita llevada a cabo por el propio omitente (ej.: atropello *fortuito*). No otra interpretación me sugiere el término “accidente” empleado en dicho párrafo. Si, por el contrario, la víctima lo fuera por motivo de una conducta *imprudente* del que, a renglón seguido, omite el auxilio, creo que habría que calificar, si aquélla muere como consecuencia de dicha omisión, de homicidio doloso en comisión por omi-

– Tanto el atropello fortuito como el imprudente constituyen un hacer precedente en el sentido de la teoría de la injerencia (54).

– Ni el atropello fortuito ni el imprudente son aptos para fundamentar una posición de garante (55).

d) En el caso del tabernero que sirve alcohol y luego no impide que el cliente embriagado conduzca su automóvil, frente a la antigua jurisprudencia alemana que hacía responsable a aquél, en todo caso, por homicidio imprudente, si el conductor después mataba a alguien negligentemente, la moderna doctrina del BGH, con la opinión favorable de la ciencia (56), ha rectificado, limitando la responsabilidad

sión, dado que el actuar precedente (conducta *imprudente*) origina una posición de garantía en el autor de la imprudencia, y, por otra parte, resultaría, a mi juicio inadecuado construir un concurso entre homicidio imprudente y omisión agravada del deber de socorro, no sólo porque ello supondría una desvirtuación del sentido gramatical del tercer párrafo del art. 489 bis [posteriormente, artículo 489 ter CP 1973] (accidente no hay, a tenor del art. 8, 8º, cuando hay culpa), sino porque no es la imprudencia la causante única del resultado de muerte, sino en conexión con la omisión posterior que puede ser, incluso, debida a un dolo directo de matar posteriormente sobrevenido» (subrayados añadidos) [interpreta el 489 ter CP 73 en el mismo sentido que HUERTA, SÁNCHEZ-VERA, ADPCP 1995, p. 239, n. 143]; *la misma*, 1987, pp. 263, 267, 273; STREE, Klug-Festschrift II, 1983, p. 403; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 1986, p. 582; RANFT, JZ 1987, p. 865; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 142; GALLAS, 1989, p. 88; JAKOBS, AT, 1991, 29/41; WESSELS, AT, 1996, n. m. 726; BACIGALUPO, PG, 1997, p. 407; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 35.

V. también SCHÜNEMANN, wistra 1982, p. 44 n. 33: «En la práctica [jurisprudencial alemana] la posición de garante por injerencia sólo tiene la función de hacer posible la punición por un hecho omisivo doloso subsiguiente a una acción previa imprudente».

(54) Así: NIETHAMMER, 1937, p. 457; WELP, 1968, p. 265 y *passim*; HERZBERG, JuS 1971, p. 75; el mismo, JZ 1986, p. 990; MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, p. 207.

(55) Cfr. TRAEGER, Enneccerus-Festgaben, 1913, p. 71; WELZEL, quien se muestra muy crítico, en general, con el criterio de la injerencia (v. *infra* nota 59), califica a las sentencias alemanas que condenan por homicidio o asesinato al conductor que abandona a la víctima a la que previamente ha atropellado fortuita o imprudentemente de «decisiones equivocadas trágicas e incompatibles con el Derecho vigente» (JZ 1958, p. 495 n. 5); ARMIN KAUFMANN, 1959, pp. 290/291; OEHLER, JuS 1961, p. 154; PFLEIDERER, 1968, p. 139; GIMBERNAT, ADPCP 1970, p. 726. En este sentido, también la jurisprudencia española que, durante la vigencia del CP 1973, nunca hizo responder por un delito contra la vida doloso, sino sólo por una omisión del deber de socorro agravada del 489 ter párrafo último al conductor que después de atropellar fortuita o imprudentemente a un peatón, se daba a la fuga; cuando el hecho precedente es imprudente, el vigente artículo 195.3 establece una omisión *propia* agravada frente al supuesto en el que el origen es fortuito, pero no una omisión impropia: cfr. GIMBERNAT, 1996, I 1.

(56) V., por ejemplo, RUDOLPHI, 1966, pp. 166 ss.; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 44; OTTO, NJW 1974, p. 534; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 650. Niegan una

del hostelero a *sólo* determinados casos, a saber: a aquellos en los que el cliente-conductor se embriaga hasta el punto de convertirse en inimputable (57) y, en general, cuando, en contra de la prohibición establecida en el § 16, párr. 1, de la Ley alemana de Hostelería, se sirven bebidas alcohólicas a una persona ya embriagada (58).

3. EL RECHAZO DE LA INJERENCIA COMO FUENTE DE POSICIONES DE GARANTE

Una minoritaria dirección, que tiene su impulsor principal en Schönemann, niega que el hacer precedente pueda convertir al injerente en garante y, con ello, en autor o partícipe de un delito de comisión por omisión (59). Según Schönemann, una vez que ha tenido

responsabilidad del hostelero en cualquier caso, SCHÜNEMANN, 1971, p. 313 («... un muy responsable posadero ciertamente que le cerrará el grifo de la cerveza a un cliente embriagado, pero no le arrancará a continuación las llaves del coche; cuando la jurisprudencia le convierte en tales casos en un alguacil, ello supone una intromisión del Derecho penal en el Derecho comercial, que desconoce tales deberes»), quien, por lo demás, rechaza radicalmente el criterio de la injerencia (cfr. *infra* 3); ROXIN, NSiZ 1985, p. 321; SEELMANN, NK, 1990 y AK, 1996, § 13, n. m. 118; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 34.

(57) Así OLG Karlsruhe 15.10.1959, con comentario favorable de WELZEL, JZ 1960, p. 180; LANDSCHEIDT, 1985, pp. 127 ss.; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 134; JAKOBS, AT, 1991, 29/37; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 40.

(58) Referencias jurisprudenciales en BRAMMSEN, 1986, p. 43 n. 39; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 44. Sobre la injerencia, a propósito del caso «Lederspray», veremos *infra* VII F 2 b.

(59) En contra del criterio de la injerencia se han manifestado también HELLMUTH MAYER, Strafrecht AT, 1967, p. 79: «A pesar de la tradición de este principio [el de la injerencia], es dudosa su aplicación en el caso concreto, pues la persona tiene que correr riesgos todos los días sin que pueda contrarrestar todas las consecuencias más alejadas»; BACIGALUPO, ADPCP 1970, p. 45: «Como se ve, la idea de la injerencia no tiene ya prácticamente lugar en el sistema penal argentino, por lo que la fundamentación de la responsabilidad por una omisión impropia basada en la sola conducta precedente como se admitió en general ... en nuestra dogmática no tiene hoy vigencia. La ley no establece en ninguna parte una posición de garante semejante, ni permite deducirla con la amplitud que se ha pretendido» [en PG, 1997, pp. 406/407, BACIGALUPO, en cambio, acepta el principio de la injerencia]; ROXIN —«posiblemente por influencia de las investigaciones de su discípulo [sc. SCHÜNEMANN]» (HERZBERG, 1972, p. 288 n. 23 a)—, ZStW 83 (1971), p. 403: «Hoy más bien me inclino por la opinión de que la posición de garante en virtud del hacer precedente no se podrá mantener desde el punto de vista del principio nullum crimen»; LANGER, 1972, pp. 504/505; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, II, 1989, p. 172: «El mayor problema de la acción precedente como fuente del deber de garantía es que resulta ... violatorio de la reserva y representa un recurso inadmisibles a la costumbre»; SEEBODE, Spendel-Festschrift, 1992, p. 344: «La responsabilidad juridicopenal por inje-

lugar el hacer precedente (por ejemplo, una vez que se ha atropellado sin dolo al peatón), «el injerente se encuentra frente al ulterior acontecimiento, ontológicamente, igual que cualquier otra persona, por lo que las sucesivas etapas del proceso causal se le pueden imputar a su esfera de dominio sólo sobre la base del acto desencadenante. Cuando el injerente se convierte repentinamente en doloso, ello es un dolo sin dominio y, por consiguiente, una mala voluntad sin hecho. Un dominio requiere un sustrato material sobre el que actúa; y este no lo puede constituir el mero proceso causal, si no se quiere incurrir en el error de equiparar el dominio (actual) con la posibilidad de evitación (potencial)» (60). «Ahora es posible percibir», sigue exponiendo Schünemann (61), «lo que es en el fondo la responsabilidad por injerencia: Una sucesora, compensada por el principio de culpabilidad, del *dolus indirectus* del Derecho común, un principio del *versari in re illicita* reducido al *dolus subsequens*. Si bien mediante la exigencia de

rencia es ... incompatible con el principio *nullum crimen*». Muy crítico también con el criterio de la injerencia, FRANK, StGB, 1931, p. 18; WELZEL, JZ 1958, p. 495: «la fundamentación de un deber de evitar el resultado desde el hacer precedente sigue siendo, a pesar de todas las afirmaciones en sentido contrario, un problema abierto»; el mismo, JZ 1960, p. 180; el mismo, Strafrecht, p. 216: «El “principio jurídico” sobre la posición de garante del “hacer precedente”, manejado por la actual jurisprudencia con seguridad apodíctica, es cualquier cosa menos evidente e inobjetable»; STRATENWERTH, AT, 1981, p. 272: «... hasta hoy no se ha conseguido fundamentar la fuerza obligatoria de la injerencia de una manera simple y convincente»; SAGENSTEDT, 1989, pp. 319 ss., 409/410, 432/433, 447, 502/503 (desarrollando y asumiendo los argumentos de SCHÜNEMANN); MIR, PG, 1996, pp. 312 ss.. Contra el criterio de la injerencia, en España, GRACIA, CDJ XXIII (1994), p. 93 (v. también p. 93, n. 148, con ulteriores referencias a autores nacionales que descartan la injerencia como fuente de posición de garante).

BRAMMSEN, 1986, pp. 392, 403, 413, 417, 420, 421, 436 y *passim*, fundamenta la responsabilidad del injerente *no en una omisión, sino en una acción: el causante del resultado permite que una condición que él ha puesto en marcha (sin dolo y/o sin imprudencia) produzca un resultado típico que ha podido evitar cuando ya (después de la injerencia, pero antes de la lesión) habían surgido el dolo y/o la imprudencia: «Mientras el injerente tenga todavía la posibilidad de dirigir el acontecimiento y de evitar el resultado, mientras tanto puede surgir el dolo. Sólo esta concepción cumple las exigencias legales del § 16 y s. StGB, según las cuales el dolo debe concurrir “al cometerse el delito”» (p. 413). La construcción de BRAMMSEN de convertir en una acción la responsabilidad por omisión del injerente ha sido unánimemente rechazada por la doctrina: cfr. HERZBERG, JZ 1986, pp. 988/989, n. 20; MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, p. 205; SAGENSTEDT, 1989, pp. 144 n. 43, 334 ss.; JAKOBS, AT, 1991, 29/28 n. 53; FREUND, 1992, pp. 179/180 n. 75; VOGEL, 1993, pp. 347/348 n. 245; DENCKER, Stree/Wessels-Festschrift, 1993, pp. 162/163; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 38.*

(60) SCHÜNEMANN, 1971, p. 316.

(61) *Op. cit.*, p. 323.

una posibilidad de evitación se suprime el fallo cardinal de ese antiguo principio, no obstante sigue en pie que se imputan las consecuencias de la acción no en virtud de la culpabilidad por el hecho, sino en virtud de una actitud subjetiva del autor existente en un momento posterior: ... la mala voluntad pasiva se equipara a la acción injusta activa» (62).

Sobre la base de estas consideraciones, es decir: de que no se puede imputar un resultado (doloso) de muerte a quien cuando desencadena el proceso causal (por ejemplo: mediante el atropello fortuito o imprudente) no actuaba dolosamente, porque ello supondría dar entrada de alguna manera al *dolus subsequens*, Schünemann rechaza que la injerencia pueda servir de base a una omisión impropia (63). *De lege ferenda*, Schünemann mantiene que si bien el injerente debe seguir respondiendo –como cualquier otro no-garante– por una omisión propia, no obstante esa responsabilidad debería verse agravada, tal como hace actualmente el Derecho español en el párr. 3 –que no tiene correspondencia en el vigente StGB– del artículo 195 (y hacía antes su equivalente art. 489 ter CP 1973) (64).

(62) Por lo demás, el fantasma del dolo subsiguiente siempre ha planeado sobre la teoría de la injerencia: cfr. TRAEGER, Enneccerus-Festagben, 1913, p. 32; SCHWARZ, 1929, pp. 16/17; FRANK, StGB, 1931, p. 18; KISSIN, 1933, p. 19; WELP, 1966, p. 172 («pues el ensamblaje en una “unidad” de la cualidad causante de la acción precedente con la pasividad de la omisión subsiguiente ... no lleva más allá del *dolus subsequens* y está sometido, por consiguiente, a las objeciones formuladas contra éste»).

(63) SCHÜNEMANN ha seguido manteniendo sus tesis en ulteriores publicaciones: cfr. GA 1974, p. 233; 1979, p. 100; 1984, p. 236 («Como una fruta especialmente dudosa del pensamiento causal-monista hay que mencionar, finalmente, la posición de garante por injerencia en los delitos impropios de omisión, cuyo criterio de equiparación –el desnudo vínculo causal– supone un completo cuerpo extraño en la moderna teoría del garante»); ZStW 96 (1984), pp. 291/292, 294 y 308; Internationale Dogmatik, 1995, pp. 58 ss.

(64) SCHÜNEMANN, 1971, p. 381, propone introducir una modificación en el § 330 c StGB (que se corresponde con nuestro art. 195, menos en el párrafo 3), en el siguiente sentido: «Quien omitiere la prestación de ayuda del párr. 1, a pesar de que ha causado el peligro ... será castigado (más gravemente)». V. también el mismo, Internationale Dogmatik, 1995, p. 60; GRACIA, CDJ XXIII (1994), pp. 89, n. 134 (con ulteriores referencias bibliográficas a autores españoles que proponen la creación de omisiones propias agravadas), 102/103.

Por su parte, DENCKER, Stree/Wessels-Festschrift, 1993, pp. 169 ss., propone que siempre que la comisión por omisión se fundamente en una posición de garante por injerencia se aplique «obligatoriamente» la atenuación de pena prevista en el § 13.II StGB.

VI. LA AMPLIACIÓN DE LAS FUENTES DE LA POSICIÓN DE GARANTE.

A) Introducción

Sobre todo a partir de los años 30, y coincidiendo con el movimiento doctrinal que da abierta entrada a los deberes morales y sociales como fundamentadores de posiciones de garante (*supra* V A I *in fine*), la jurisprudencia alemana, con el apoyo de la ciencia, inicia –en un proceso que se extiende hasta la actualidad– una ampliación *expresa* e ininterrumpida de las fuentes de garante. Aunque formalmente la dogmática, mayoritariamente, sigue operando, como fundamento teórico, con el criterio del *deber extrapenal de actuar* (65), materialmente ese criterio parece abandonarse en *algunas* de las fuentes que exponemos a continuación, siendo sustituido por una tópica incontrolada e incontrolable [«tendencia de mancha de aceite» (66)] que va dando paso a nuevas posiciones de garante cuya existencia se da por hecha sin que apenas se hagan esfuerzos para justificarlas.

B) La ampliación de las posiciones de garantía dentro del ámbito familiar

Desde el punto de vista del Derecho privado y en un sentido estricto, en el ámbito familiar el deber de velar y socorrer *solo existe entre los cónyuges* (art. 67 CC: «El marido y la mujer deben ... ayudarse mutuamente»; art. 68 CC: «Los cónyuges están obligados a ... socorrerse mutuamente») y *en la relación de los padres con los hijos no emancipados* (67) (art. 39.3 CE; art. 154 CC: «La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos ... y comprende los

(65) Cfr. *supra* V A 2.

(66) Cfr. *supra* nota 11.

(67) En Alemania ni siquiera en todos los casos, ya que en la filiación no matrimonial, y a diferencia de lo que sucede en el Derecho español (art. 110 CC: «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores»), el progenitor es un mero «Zahlvater» (padre pagador), sin ulteriores derechos ni obligaciones frente a su hijo. No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina alemanas están de acuerdo en que también ese «Zahlvater» es garante de su hijo: cfr. SCHAFFSTEIN, Gleispach-Festschrift, 1936, p. 78; SAUER, GS 1940, p. 348; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 18; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 48.

En contra, en cambio, SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, p. 667, n. 26; JAKOBS, AT, 1991, 29/62; FREUND, 1992, p. 275.

siguientes deberes: ... velar por ellos») (68). La doctrina dominante entiende, no obstante, que la posición de garante con fundamento familiar debe extenderse más allá de lo que dispone el CC (o el BGB), y, sobre la base de la «estrecha relación vital» (*infra* VII A) y/o de la «comunidad de vivienda» (*infra* VII B), extiende la obligación extra-penal de actuar y, consiguientemente, la posición de garante por la integridad de los bienes jurídicos amenazados –más allá de las relaciones entre los cónyuges y de los padres para con los hijos no emancipados (69)– a los padres respecto de sus hijos emancipados y viceversa (70), a cualquier ascendiente respecto de sus descendientes y viceversa (71), a los hermanos entre sí (72), e incluso a parientes más lejanos (tíos-sobrinos, padres políticos-hijos políticos, cuñados) (73).

(68) Sobre si estos garantes lo son sólo de la vida y de la integridad física del garantizado o si el deber de impedir el resultado alcanza también a eventuales daños al patrimonio del familiar, cfr. *infra* VII A *in fine*.

(69) La obligación de alimentos como tal, existente entre los cónyuges, los ascendientes, los descendientes y, excepcional y limitadamente, entre los hermanos (art. 143 CC) y que, en definitiva, se puede sustanciar con el pago de una pensión económica periódica (art. 149 CC) no comprende, al contrario que la patria potestad y la relación matrimonial, deberes genéricos de velar y socorrer. En este sentido cfr., entre otros, NIETHAMMER, 1937, p. 445; TORIO, ADPCP 1984, pp. 703/704; GALLAS, 1989, p. 93 («las obligaciones alimenticias ... no son obligaciones de velar»).

(70) Cfr., por ejemplo, HONIG, 1975, p. 96; BRAMMSEN, 1986, p. 156; WESSELS, AT, 1996, n. m. 718.

En contra, JAKOBS, AT, 1991, 29/62; FREUND, 1992, p. 291.

(71) Así, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 622; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 18; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 48; KÖHLER, AT, 1997, p. 216

En contra, JAKOBS, AT, 1991, 29/62.

(72) Cfr., por ejemplo, HERZBERG, 1972, pp. 213, 215/216; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 622; MIR, PG, 1996, p. 309: «La cuestión de las formas de parentesco distintas a las existentes entre padres e hijos pequeños que pueden originar posición de garante, no ha de resolverse, por tanto, de forma genérica, sino en función de la concreta presencia de la requerida dependencia. Así, si ésta concurre, podrán ostentar posición de garante los cónyuges y los hermanos entre sí, o incluso familiares en sí más lejanos (p. ej. afines), pero que en el caso particular, por la existencia de estrechas relaciones, comunidad de vida, etc., tengan bajo su personal responsabilidad a otros. Pero, lógicamente, cuanto más se aleje la relación familiar, mayores precauciones deberán tomarse para estimar la comisión por omisión»; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 18; KÖHLER, AT, 1997, p. 216.

(73) En este sentido la jurisprudencia alemana (referencias en SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 136; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 18) y un sector de la doctrina: cfr., por ejemplo, BRAMMSEN, 1986, p. 155: «Por ello hay que aprobar la jurisprudencia que, desde siempre, reconoce efecto fundamental de un deber de garante al pupilaje y a la relación de los padrastros con los hijastros»; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13, n. m. 33. Por lo que se refiere a la jurisprudencia española, la reciente sentencia del TS de 18 de diciembre de 1996, A. 9661, considera que «los tíos del menor eran garantes de la no realización del tipo

C) La sustitución (expansiva) de la posición de garante derivada de contrato por el criterio de la «asunción fáctica»

Actualmente existe unanimidad en que la presencia o no de una posición de garante dentro del marco del contrato no depende de la validez de éste (74), sino de la llamada «asunción fáctica» de que se va a velar por un determinado bien jurídico (75).

penal del art. 452 bis b) [CP 1973]», condenando a dichos tíos, que no impiden que el sobrino adolescente se masturbe ante otras personas, por un delito de corrupción de menores en comisión por omisión.

Críticamente contra la extensión de la posición de garante más allá de la relaciones paternofiliales y conyugales, GALLAS, 1989, p. 69. V. también SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/44, y Studienbuch, 1982, p. 389 (que rechaza la posición de garante entre padres e hijos políticos); JAKOBS, AT, 1991, 29/62 n. 129: «Absolutamente sin límites, BGH 13, pp. 162 ss.: posición de garante entre cuñados»; FREUND, 1992, p. 291; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 622, n. 41 (quien niega que exista posición de garante entre cuñados); RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 49 (que niega que exista relación de garante de los hijos respecto de sus padres, entre los hermanos y entre los parientes políticos).

(74) Cfr., por ejemplo, DROST, GS 109 (1937), p. 11: «La afirmación de que alguien es responsable de un homicidio doloso o imprudente porque no ha cumplido frente al muerto un deber contractual es simplemente incorrecta. El ordenamiento jurídico castiga con una pena la lesión de deberes contractuales no de manera general, sino sólo en determinados casos: lo que está previsto para este acontecimiento juridicoprivado son sólo consecuencias juridicoprivadas. ¿Es que se pretende, en serio, hacer depender la punibilidad de una persona de algo —que sirve a fines completamente distintos— como el enjuiciamiento juridicoprivado de un comportamiento?»; STREE, Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, p. 152: «La celebración del contrato crea ciertamente y de manera inmediata deberes jurídico-obligacionales, pero no deberes jurídicos juridicopenalmente relevantes de actuar»; HERZBERG, 1972, pp. 10, 221; STRATENWERTH, AT, 1981, p. 271; MAIWALD, JuS 1981, p. 481; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/45, y Studienbuch, 1982, p. 391; LANDSCHEIDT, 1985, pp. 23/24; REUS/VOGEL, MDR 1990, p. 870: «Entretanto se considera unánimemente superada una posición de garante sobre la base sólo de una asunción contractual, ya que una dependencia de los presupuestos contractuales civiles conduce a “consecuencias insoportables” y a resultados absurdos: una posición de garante, por tanto, es independiente de presupuestos contractuales. Todo depende, más bien, de la asunción fáctica de la posición de garante»; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 100; JAKOBS, 1991, 29/70; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 623; MIR, PG, 1996, p. 310 RUDOLPHI, StGB, 1997, § 13 n. m. 62; BACIGALUPO, PG, 1997, p. 408: «El artículo 11 CP se refiere sólo al *contrato*, pero no es posible que este término sea entendido en el sentido estricto de los arts. 1254 y 1261 C. Civ., sino sólo como *acuerdo natural de voluntades*. De lo contrario la posición de garante quedaría neutralizada por todas las causas que afectan a la validez del contrato como negocio jurídico» (subrayados en el texto original).

(75) En este sentido, por ejemplo y entre otros muchos, HARDWIG, 1957, p. 154; HENKEL, MschrKrim 1961, p. 185; MEYER-BAHLBURG, 1962, p. 69; STREE, Hellmuth

Ello permite, por una parte, extender la posición de garante a supuestos en los que no se ha creado relación obligacional alguna (la «baby-sitter» encargada por la madre del cuidado de un recién nacido respondería de la vida y de la salud de éste, aunque el contrato fuera *nulo* porque alguna de las partes era un menor no emancipado o porque prestó su consentimiento bajo violencia o intimidación) (76); y, por otra, mantener la permanencia de esa posición de garante —igualmente sobre la base de la «asunción fáctica»— aún después de la extinción temporal del contrato (por consiguiente: aunque haya sido contratada *sólo hasta las doce de la noche*, y aunque los padres no regresen del espectáculo al que han asistido hasta las dos de la madrugada, la «canguro» seguiría siendo garante hasta esta última hora y, si abandonaba al niño, respondería —como si lo hubiera causado— por los eventuales daños en su vida o en su salud).

Una vez sustituido el criterio del contrato por el de la asunción fáctica, éste desarrolla ya sus propios principios internos y lleva, por ello y en algunas ocasiones, a *restringir* —en vez de a ampliar— el ámbito de la posición de garantía, negándose su presencia en supuestos en los que civilmente está fuera de discusión que existe ya una obligación contractual; y así, si la «canguro» no comparece a la hora acordada en el domicilio de los padres, de ese incumplimiento sólo podrían derivarse consecuencias jurídico-privadas para aquélla, pero no penales, pues los garantes de los bienes jurídicos del niño —y *mientras no se produzca el relevo*— siguen siendo *únicamente* los padres, y

Mayer-Festschrift, 1966, pp. 149 ss.; BLEI, Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, pp. 121, 124; el mismo; AT, 1983, p. 325; RUDOLPHI, 1966, p. 29; WELP, 1968, p. 65; MAURACH, AT, 1971, pp. 606/607; MAURACH/GÖSSEL II, 1989, pp. 201/202; SCHÜNE-MANN, 1971, p. 227; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/47, y Studienbuch, 1982, p. 391; ARZT, JA 1980, pp. 652, 713 (si bien con algunos matices críticos sobre que la «asunción fáctica» pueda fundamentar, *por sí sola*, una posición de garante); OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 594; BRAMMSEN, 1986, p. 183; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 64; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, pp. 138, 139; GALLAS, 1988, p. 6; ROMEO CASABONA, LH del Rosal, 1993, p. 931; el mismo, Omisión e imputación objetiva, 1994, p. 39; WESSELS, AT, 1996, n. m. 270.

De otra opinión, KÖHLER, AT, 1997, p. 218: «Hay que contemplar críticamente, por consiguiente, la opinión de que todo depende sólo de la asunción “fáctica” y de que no importa la vigencia del contrato. Pero la fundamentación jurídica del deber presupone condiciones normativas de vigencia. Un deber de garante no lo pueden fundamentar ni un contrato ineficaz para un menor ni uno nulo por atentar a las buenas costumbres».

(76) Cfr. por todos, SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13, n. m. 33 («... si la baby-sitter comienza su servicio, la eventual nulidad del contrato no puede dejar sin efecto la posición de garante») y 100.

no la persona que, a pesar de estar obligada a ello, no ha asumido aún fácticamente el cuidado del pequeño (77).

VII. ULTERIORES POSICIONES DE GARANTE QUE SE HAN IDO AÑADIENDO A LAS TRADICIONALES DE LA LEY, EL CONTRATO Y EL HACER PRECEDENTE

La «tendencia de mancha de aceite» (78) de las fuentes de la posición de garante no sólo se manifiesta en la –como acabamos de ver–relajación de lo que hay que entender por deber de evitar el resultado derivado de la ley o del contrato, sino también por el *nacimiento de nuevos criterios* a añadir a los tradicionales que fundamentarían ulteriores deberes de evitar el resultado y ulteriores posibilidades, con ello, de que una inactividad se convierta en un delito de comisión por omisión.

En lo que sigue paso a enumerar y a exponer de qué situaciones se afirma que pueden dar lugar también a una posición de garante (79).

A) La estrecha relación vital

Según este criterio, no sólo son garantes los padres respecto de los bienes jurídicos de los hijos, los cónyuges entre sí e –incluso y como hemos visto– otros parientes cuyo deber de evitar daños a familiares más lejanos no encuentra ya base (extrajuridicopenal) alguna (*vide supra* VI B), sino también otras personas que están recíprocamente

(77) En este sentido y entre otros muchos, cfr., por ejemplo, EB. SCHMIDT, *Niederschriften* 2, 1958, p. 269: «Si, por ejemplo, alguien contrata sus servicios como cuidadora para encargarse de un niño en ausencia de sus padres, pero no inicia sus funciones, y, no obstante, los padres salen de viaje pensando que la cuidadora vendrá y se hará cargo del cuidado personal, en ese caso no ha sido la cuidadora, sino los padres los que han lesionado su deber de garante»; SCHÜNEMANN, 1971, pp. 67, 346; MAIWALD, *JuS* 1981, p. 482; GALLAS, 1989, p. 79; ROMEO CASABONA, *LH del Rosal*, 1993, p. 931; el mismo, *Omisión e imputación objetiva*, 1994, p. 39; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 218.

(78) V. *supra* nota 11.

(79) Críticos, en mayor o menor medida, contra la ampliación de las posiciones de garante a la estrecha relación vital y a las comunidades de vivienda y de peligro, KOHLRAUSCH/LANGE, *StGB*, 1961, pp. 8/9; NOVOA, 1984, pp. 143/144; TORIO, *ADPCP* 1984, p. 704; SEELMANN, *GA* 1989, p. 254; JAKOBS, *AT*, 1991, 29/70; SEEBODE, *Spendel-Festschrift*, 1992, pp. 342 ss.; BAUMANN/MITSCH, *AT*, 1995, § 15 n. m. 76.

ligadas entre sí por lazos estrechos, pero *extrafamiliares*; sobre esta base, se extiende la posición de garantía a las relaciones existentes entre novios, entre prometidos (80), y entre parejas pre- o extramatrimoniales de carácter hetero- u homosexual (81).

(80) Cfr., por ejemplo, HERZBERG, 1972, p. 336: «El deber moral con validez general de evitar daños a los semejantes se multiplica en determinadas relaciones personales —especialmente estrechas— de tal manera que puede ser adecuado subsistir en un tipo de resultado del Código penal una inactividad que daña a un semejante» (cfr., sin embargo, en la misma obra de HERZBERG, pp. 343/344); SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/42 n. 26, y Studienbuch, 1982, p. 389

En contra GEILEN, FamRZ 1961, pp. 155 («el compromiso matrimonial [no] puede servir para fundamentar posiciones de garante»), 157 («la extensión de los deberes matrimoniales de protección y ayuda a comunidades análogas al matrimonio debe ser rechazada, incluso aunque se den en conexión con la existencia de un compromiso matrimonial»); MAIWALD, JuS 1981, p. 481; BLEI, AT, 1983, p. 320, quien califica a la «estrecha relación vital» como una «fundamentación de un deber de garante dudosa en todos los sentidos»; JAKOBS, AT, 1991, 29/65; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 622 n. 41; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 17; KÖHLER, AT, 1997, p. 217.

(81) Cfr., en este sentido, BÄRWINKEL, 1968, pp. 182/183 (aunque estableciendo algunas limitaciones); ARZT, JA 1980, p. 713 («También en una convivencia análoga al matrimonio y sin propósito de contraerlo, es decir, sin compromiso matrimonial, habrá que aceptar una posición de garante recíproca ... Una posición de garante puede seguirse también de una comunidad de vida análoga a la matrimonial entre homosexuales»); SCHMIDHÄUSER, Studienbuch, 1982, p. 389 («También es imaginable un deber de garantía sobre la base de una comunidad de vida análoga al matrimonio»); RUDOLPHI NStZ 1984, p. 153; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 51; LANDSCHEIDT, 1985, p. 150 («El Derecho penal moderno no moraliza, sino que sirve preferentemente a la protección de bienes jurídicos»); KONRAD, 1986, pp. 96 («La pareja en la comunidad análoga al matrimonio funda su relación, por consiguiente, bajo un deber de auxilio tácito y recíproco contra el peligro contra la integridad física, la vida y la libertad ... En la medida en que se vean afectados bienes jurídicos distintos de la vida, la integridad física y la libertad, no puede presuponerse un deber recíproco de garante»), 110/111; BRAMMSEN, 1986, p. 170; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 139 («También relaciones personales que no se han condensado hasta llegar a vínculos familiares pueden fundamentar una relación de comunidad, en virtud de la cual el uno tiene el deber de evitar peligros al otro.— Así el compromiso matrimonial y una comunidad de vida análoga a la matrimonial, pero no la amistad ni la pertenencia a una misma asociación o partido político»); MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, p. 204; LILIE, JZ 1991, p. 546, limitando la garantía a «bienes jurídicos extremadamente valiosos»; WESSELS, AT, 1996, n. m. 719; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 25, 49 («El intento originario de fundamentar tales relaciones de garante en preceptos del Derecho de familia, no tiene en cuenta las circunstancias relevantes. La obligación de garante dentro de relaciones personales estrechas es el precio que hay que pagar por el respeto a la esfera personal por parte de terceros»), 53 y 54; MIR, PG, 1996, p. 309 n. 35 («Esto abre la puerta a la posibilidad de afirmar posición de garante en casos de efectiva comunidad de vida de personas no emparentadas formalmente: así, relaciones cuasi-matrimoniales, homosexuales, etc.»); KÖHLER, AT, 1997, p. 217: «Por ello actúa como fundamentador de un deber [de evitar el resultado] también

A su vez, este criterio de la estrecha relación vital se entremezcla, en ocasiones, con el de la comunidad de vivienda (*infra* B), y de ahí se hace seguir que para que surja la posición de garante se precisa, además de un vínculo interpersonal estrecho, que el garante y el garantizado *convivan* dentro de una morada común (82).

una comunidad de vida no formalizada jurídicofamiliarmente de intensidad análoga [al matrimonio]».

En contra, p. ej., GEILEN, FamRZ 1961, p. 153: «Habría que tener en cuenta, también *de lege ferenda*, que el concepto de la estrecha comunidad vital, como tal, es borroso e impracticable ... Por ejemplo, ¿tiene que impedir la empleada de hogar, bajo la sanción penal del delito de homicidio, el suicidio del dueño de la casa? ¿Dónde debe terminar la comunidad fundamentada sobre una descendencia común?; ¿debe abarcar sólo a los hermanos o también a otros parientes colaterales, y, en ese caso, se debe exigir también, para que de ahí se desencadene una posición de garante, una comunidad de vida fáctica, por ejemplo, dentro de un ámbito de morada común? Todo esto son preguntas a las que aquí no podemos contestar, pero que ilustran suficientemente la ausencia de contornos del concepto de comunidad de vida y con ello, *de lege ferenda*, también lo objetable que sería asumir legal e irreflexivamente esta figura jurídica»; STRATENWERTH, AT, 1981, n. m. 1014: «... la ampliación de los deberes de garante se ha producido, sobre todo, bajo el lema de la estrecha relación vital. En tanto en cuanto y sin embargo, domina una dimensión de inseguridad que descalifica de la manera más radical, y desde la perspectiva de un Estado de Derecho, esta fuente de origen [sc. la estrecha relación vital como fundamentadora de una posición de garante]»; SAÍNZ CANTERO, Lecciones, 1982, p. 282; JAKOBS, AT, 1991, 29/66: «No existe una relación sustitutoria del matrimonio, reconocida jurídicamente, por la que comunidades de vida más o menos análogas al matrimonio generen, *per se*, deber alguno, sino, a lo sumo, en virtud de una especial confianza en cuya fundamentación no desempeña papel alguno la analogía con el matrimonio. Por consiguiente y en contra de una habitual argumentación, a las parejas homosexuales duraderas no les alcanzan, “por lo menos”, los deberes de los esposos; pues la confianza fáctica en la evitación no puede fundamentarse jurídicamente; si los grupos íntimos fuera del matrimonio estuvieran asegurados por deberes de garante, entonces se destruiría el monopolio matrimonial».

(82) Cfr. HERZBERG, 1972, p. 348: «Así, por ejemplo, uno no es responsable, como garante, ni de sus arrendatarios ni de su tía ni de su madre política. Pero opino que existe una relación de garante cuando alguien tiene como arrendataria a una pariente tan relativamente cercana y vive con ella desde hace tiempo bajo el mismo techo»; HONIG, 1975, pp. 98/99, quien exige, para que surja una posición de garante, además de una comunidad de vivienda, la existencia de una relación de «intimidad» entre el omitente y la persona en peligro; ARZT, JA 1980, p. 713: «... la regla empírica es que hay que considerar garantes incluso a los parientes lejanos si conviven en común»; MAIWALD, JuS 1981, p. 481: «Por otra parte, la convivencia análoga al matrimonio ... puede crear una posición de garante desde la perspectiva de la relación de convivencia»; SONNEN, JA 1987, p. 335.

En la jurisprudencia española, la sentencia del TS de 3 de julio de 1985, A. 3870, comentada por SILVA, ADPCP 1987, pp. 451-477, imputa el resultado de muerte (imprudente) en comisión por omisión al procesado que no evita la muerte por suicidio de la compañera con la que llevaba conviviendo bajo el mismo techo desde hacía

La estrecha relación vital no sólo ha servido para extender el campo de aplicación de la comisión por omisión, sino, en ocasiones y excepcionalmente, también para restringirlo: si lo que fundamenta la posición de garante es la mutua confianza derivada de una relación interpersonal, entonces aquélla puede desaparecer si ésta se encuentra deteriorada, incluso aunque desde un punto de vista juridicoprivado siga vigente la obligación de velar por el otro. Sobre la base de estas consideraciones, se niega que el cónyuge que no evita un riesgo para la vida o la salud del otro responda, en comisión por omisión, de un delito contra la vida o la integridad física si la relación matrimonial se encuentra deteriorada (83) o si —y aquí el criterio de la relación vital se vuelve a entremezclar con el de la comunidad de vivienda— viven separados de hecho o de derecho (84).

pocos meses. A su vez, la sentencia del TS de 30 de abril de 1997, A. 3383, establece, como «obiter dicta», que «la obligación de evitar el resultado como garante de un determinado bien jurídico ... pudiera estar representada por el *compañero habitual* de la víctima que conoce el estado crítico de la mujer y percibe la necesidad de ayudarla, a pesar de lo cual no hace nada» (subrayados añadidos).

(83) Cfr., en este sentido, OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 538; LILIE, JZ 1991, p. 546; FREUND, 1992, p. 290; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 33; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 51.

En contra de que el deterioro de la relación pueda afectar a la posición de garante, GEILEN, FamRZ 1964, p. 390, con el argumento de que «en una comunidad no deteriorada carece en cualquier caso de actualidad el caso de que se omita dolosamente salvar la vida»; HERZBERG, 1972, p. 343: «Los esposos se encuentran obligados recíprocamente como garantes, aunque vivan separados y/o el matrimonio esté deteriorado».

(84) Cfr., en este sentido, la sentencia del BGH 2, pp. 153 ss. (citada en BÄRWINKEL, 1968, p. 59), según la cual el deber jurídico de los cónyuges de protegerse recíprocamente, en la medida de sus fuerzas, de peligros contra la vida, se mantiene, por lo menos, «mientras las partes carecen del derecho a vivir separados y mientras ambas partes ... viven en una comunidad de vivienda». Este principio es asumido por la doctrina dominante en la ciencia: cfr. RUDOLPHI, NSTZ 1984, p. 153: «no existe posición de garante cuando los esposos no han establecido nunca una comunidad conyugal de vida, o la han disuelto, o cuando el hijo adulto no mantiene ninguna relación con su padre»; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 50; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997 § 13 n. m. 137 (los hijos responden de los padres si viven juntos); KÖHLER, AT, 1997, p. 217: «la disolución fáctica de un matrimonio formalmente existente pone fin al deber de garante».

En contra, GEILEN, FamRZ 1961, p. 149; el mismo, FamRZ 1964, p. 391; WELZEL, Strafrecht, 1969, p. 214: «En cambio, es objetable la limitación del deber jurídico de garante en los supuestos de deterioro matrimonial o de separación de hecho»; HERZBERG, 1972, p. 339: «Los parientes en línea directa y los hermanos están obligados entre sí como garantes, independientemente de que vivan juntos o separados o de que tengan o no tengan trato entre ellos» (v. también la cita de HERZBERG en la nota anterior); BRAMMSEN, 1986, p. 158 (cfr., sin embargo, también p. 162); JAKOBS, AT, 1991, p. 29/64; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 23: «En principio no se necesita

Finalmente, y dentro del marco de la estrecha relación vital y tanto por lo que se refiere a posiciones de garante con fundamento juridico-privado como sin él, no existe pleno acuerdo sobre el *ámbito de los bienes jurídicos* cuya lesión hay que impedir si no se quiere incurrir en un delito de comisión por omisión: «que se castigue como “homicidio por omisión” a quien deja morir a la tía enferma con la que convive», no significa, porque sería «grotesco», que el sobrino responda igualmente por «daños por omisión» si omite alimentar al canario de la tía o regar sus flores» (85). Dentro del matrimonio, al cónyuge, en cambio, sí que se le hace garante no sólo de la vida y de la integridad física del otro cónyuge, sino también de su patrimonio –por lo que si no impide la lesión de este bien jurídico respondería de un delito contra la propiedad en comisión por omisión–, si bien la garantía por el patrimonio de la esposa (o, en su caso, del esposo), para que constituya delito, se suele restringir a aquellos supuestos en los que la no evitación del daño patrimonial traiga consigo *la ruina total* del garantizado (86).

añadir al lazo familiar existente una comunidad de vivienda de hecho para desencadenar el deber de garante. Por consiguiente, los cónyuges están obligados recíprocamente a prestarse ayuda –al menos cuando hay peligro para la integridad física o para la vida–, aunque vivan separados. Sin embargo, la comunidad de vivienda no carece por completo de significado. En relaciones familiares más alejadas habrá que presuponer además la existencia de una comunidad de vivienda efectiva para poder afirmar un deber de garante»; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13. n. m. 19. Para BÄRWINKEL, 1968, p. 137, el cónyuge deja de ser garante del otro cuando viven separados y, además, el matrimonio se encuentra deteriorado, pero sigue siendo garante *si sólo concurre una de esas circunstancias*.

(85) GRÜNWALD, 1956, p. 76; el mismo, ZStW 70 (1958), p. 424 n. 25. Estos ejemplos de GRÜNWALD, con los que trata de demostrar que las posiciones de garante no hacen responder, en comisión por omisión e indiscriminadamente, por todos los bienes jurídicos (vida, propiedad, etc.) del garantizado, han hecho fortuna en la doctrina posterior, que se remite frecuentemente a los ejemplos de GRÜNWALD del canario y de las flores de la famosa tía: cfr. Armin KAUFMANN, JuS 1961, p. 175; GEILEN, FamRZ 1961, p. 159; MEYER-BAHLBURG, 1962, pp. 120/121; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 53.

(86) Cfr. BÄRWINKEL, 1968, p. 147: «Si un marido contempla como un cartista distrae a su esposa en una aglomeración 5 marcos, a aquél no le afecta ningún deber jurídico juridicopenalmente relevante de evitarlo, ya que 5 marcos no constituyen un bien patrimonial existencialmente importante de la esposa. Por consiguiente, el § 247, párrafo 2 [hurto] no entra en juego. Otra cosa sucede cuando el ladrón sustrae la cartilla de ahorros de la mujer que tiene todo su patrimonio en el banco. En ese caso existe el deber jurídico del marido de evitación, ya que se trata de un bien existencialmente importante; aquí entra en juego el § 247, párrafo 2». En el mismo sentido, SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/44: «En relación a objetos patrimoniales una garantía de protección originaria de los parientes más próximos sólo se puede admitir

B) La comunidad de vivienda

Esta situación de hecho, como tal y *aísladamente*, se utiliza a veces (y en ese caso con carácter *extensivo*) para fundamentar posiciones de garante entre personas que conviven bajo el mismo techo, aunque no exista entre ellas una *estrecha relación vital* (sentimental), pero sí, al menos, *algo más* que la mera circunstancia de compartir una misma vivienda sin la concurrencia de algún vínculo ulterior; y así, se afirma que existe un deber de garantía recíproco entre empleados del hogar y empleadores (87), si bien, acudiendo a criterios de

cuando, teniendo en cuenta las circunstancias concretas, la pérdida o el deterioro del objeto significa una amenaza existencial para el pariente»; el mismo, Studienbuch, 1982, p. 390; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 542; BRAMMSEN, 1986, p. 165; LILIE, JZ 1991, p. 544: «Un deber recíproco de cuidado del patrimonio sólo entra en consideración cuando está en juego la existencia financiera»; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 55; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 21; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 53; KÖHLER, AT, 1997, p. 216: «la salvaguardia del patrimonio familiar».

En contra HERZBERG, 1972, pp. 338/339

(87) Sobre la comunidad de vivienda como eventual fundamentadora de una posición de garante, y con distintos matices, cfr., por ejemplo, SAUER, GS 1940, pp. 308/309; MAURACH, AT, 1971, p. 607: «Hay que adherirse en lo fundamental a las resoluciones [del RG y del BGH] que aprecian en la comunidad de vivienda –que abarca a la familia más cercana, incluyendo a los parientes presentes necesitados de cuidado y a los empleados de hogar– un círculo de especial vinculación»; SCHÜNE-MANN, 1971, p. 356; DOERING, MDR 1972, p. 665; HONIG, 1975, pp. 90/91 (v. también la cita de HONIG *supra* nota 82); BLEI, AT, 1983, p. 327: «quien establece con otro una comunidad de vivienda confía y, dentro de ciertos límites, crea confianza en una ayuda recíproca, de la misma manera que el mundo circundante confía en que compañeros de vivienda se ayuden entre ellos y, consiguientemente, no tengan que depender de ayuda externa»; RUDOLPHI, NStZ 1984, p. 152: «La comunidad de vida en una vivienda sólo tiene relevancia como fundamento para el origen de posiciones de garante cuando al mismo tiempo representa una cooperación –de acuerdo con el principio de la división del trabajo– para domeñar tareas comunes y para repeler peligros»; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 56; LANDSCHEIDT, 1985, p. 150: «Como la mera existencia fáctica de una comunidad de vivienda no basta, tomada por sí sola, para fundamentar una relación de custodia, es necesario que mediante la acogida de un tercero en la vivienda, o mediante el establecimiento conjunto de una situación doméstica o de una vivienda-comuna, se exprese la asunción de una posición de deber individual y específica» OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 540: «Es correcto rechazar una posición de garante *sólo* sobre la base de una comunidad de vivienda» (subrayado añadido); BRAMMSEN, 1986, pp. 180/181; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 139: «En cambio meras comunidades de casa o de vivienda no fundamentan una posición de garante ... Ciertamente que la jurisprudencia ha derivado reiteradamente deberes de garante de comunidades de casa. Pero por lo general ha apoyado el deber de evitar el resultado en consideraciones *complementarias*» (subrayado añadido) (en parecido sentido, BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 76); HUERTA, 1987, p. 176; RANFT, JZ 1987, p. 865; SAGENSTEDT, 1989, p. 445: «Ejemplos típicos [de posición de garante] es la comunidad de vida [no matrimonial] en una vivienda ..., en la

moral sexual ortodoxa, a veces se excluye la posición de garante por comunidad de vivienda cuando se trata, por ejemplo, de la amante del marido que vive con el matrimonio (88) o de una pareja de homosexuales (89). Otras veces, en cambio, la comunidad de vivienda se emplea como criterio *adicional e imprescindible* (y, por consiguiente, *restrictivo*) para que una relación familiar o sentimental pueda servir de base para una posición de garante (90).

C) La comunidad de peligro

La doctrina dominante opina que cuando varias personas resuelven conjuntamente llevar a cabo una empresa arriesgada (por ejemplo, un grupo de montañismo que decide escalar una montaña) todas ellas se convierten en garantes de los restantes miembros del equipo, y en esa condición responderán de un delito contra la vida o la integridad física si no auxilian a aquél que se tiene que enfrentar con una situación apurada (91).

medida en que el sentido de la convivencia vaya más allá de una vivienda común para repartir sobre varios hombros los pequeños y grandes esfuerzos y penalidades para domeñar la existencia cotidiana»; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 104: «En las comunidades de vivienda hay que atender al caso concreto. Si se han establecido como comunidad de vida habrá que admitir en principio un deber de garante, independientemente del parentesco e incluso de su grado»; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 25; WESSELS, AT, 1996, n. m. 719; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 53: «La mera convivencia no puede ser lo decisivo. Lo esencial es, más bien, la manifestación de una estrecha relación personal entre los afectados establecida para durar»; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 25; KÖHLER, AT, 1997, p. 217: «meras relaciones sociales sin una unidad familiar de vida inequívoca, como comunidades de casa o de vivienda, no bastan [para crear una posición de garante]».

(88) En este sentido la sentencia del RG 73, 56, a la que se adhieren MAURACH, AT, 1971, p. 608; MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, p. 204.

(89) V. *supra* nota 81. Cfr., además, a favor de la existencia de una posición de garante entre parejas de homosexuales, OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 540, quienes objetan (p. 540, n. 127) a la opinión contraria de JAKOBS (v. *supra* nota 81 *in fine*) que la [por JAKOBS] «temida destrucción del “monopolio matrimonial” hace décadas que se ha consumado ya»; BRAMMSEN, 1986, p. 169.

(90) V. también *supra* nota 82. Y, además, ARZT, JuS 1981, p. 481: «si los hijos son mayores de edad una posición de garante sólo podrá admitirse si viven en la comunidad de vivienda».

En España, la sentencia del TS de 17 de abril de 1997, A. 3526, ha condenado por homicidio doloso en comisión por omisión al *verno* que no impide la muerte del *suegro*, con quien convivía en la misma casa (a la hija del fallecido se la condena también por una parricidio, del art. 405 CP 1973, en comisión por omisión).

(91) Cfr., entre otros muchos, SCHÜNEMANN, 1972, p. 355; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/46; ARZT, JA 1980, p. 713; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 593; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, PG, 1986, p. 581; HUERTA, 1987, p. 176; SEELMANN, AK, 1990 y

Esa comunidad de peligro sólo puede fundamentar una posición de garante cuando se trata de una empresa arriesgada concertada por anticipado y no, en cambio, cuando se ha originado de una manera *casual* (los náufragos que se encuentran en un bote salvavidas en medio del océano no se encontrarían vinculados entre sí por ningún deber de garantía) (92).

D) El dominio de la cosa (Sachherrschaft)

En 1913, al ocuparse de la detención ilegal en comisión por omisión por parte del que, sin saberlo previamente, encierra a una persona a quien luego no libera (93), Traeger (94) construye el caso de quien, por curiosidad o para realizar un robo, penetra en una bodega ajena, cerrándose la puerta, que sólo puede ser abierta desde afuera, *a consecuencia de un golpe de viento*. A pesar de que aquí *no existe un hacer precedente*, porque la puerta ha sido cerrada por una fuerza de la naturaleza, y no por el propietario de la cueva, no obstante —y sobre la base del criterio del «dominio de la cosa»— Traeger considera que en este caso concurre también un deber de actuar generador de una comisión por omisión: «Ese deber hay que admitirlo porque sólo aquel en cuya zona de dominio se ha producido una situación de peligro para otras personas es quien puede acabar con esa situación.

NK, 1997, § 13, n. m. 104; JAKOBS, AT, 1991, p. 827; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 25; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 63; MIR, PG, 1996, p. 310; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 23 y 24; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13, n. m. 55; KÖHLER, AT, 1997, p. 218.

(92) Doctrina dominante: cfr., por ejemplo, WELZEL, Strafrecht 1969, p. 218; BLEI, AT, 1983, p. 327; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 139; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13, n. m. 104; SEEBODE, Spindel-Festschrift, 1992, p. 342; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 62; MIR, PG, 1996, p. 310; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13, n. m. 55; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13, n. m. 24

Críticamente, ARZT, JA 1980, p. 713: «La doctrina dominante niega ... el surgimiento de deberes de evitación del resultado en comunidades originadas por desgracias. En mi opinión, ello es demasiado indiferenciado. El aislamiento de otros vínculos comunitarios existentes en situaciones de desgracia encuentra su elemental contrapeso en la vinculación y en el recíproco deber de ayuda de los miembros de tales comunidades de desgracia. Los supervivientes de un naufragio que se encuentran —realmente y en sentido figurado— en el mismo barco tienen que evitar en mi opinión, en la medida de sus fuerzas, los daños de los demás; hay que afirmar, por consiguiente, una posición de garante. En cambio, entre los clientes de una discoteca que se incendia no se origina una auténtica comunidad de desgracia. La duración de la situación desgraciada y el aislamiento del mundo exterior son esencialmente distintos en ambos ejemplos (bote de salvamento, fuego)».

(93) Sobre este caso v. *supra* V B 2 b.

(94) Cfr. Enneccerus-Festgaben, 1913, pp. 95, 107/108.

Mientras que en una situación de peligro producida por un hacer [precedente] inculpable es indiferente si alguien ha encerrado a otro en su propia vivienda o en una ajena, aquí, en cambio, se precisa que la situación de peligro se haya producido en la zona dominada por el obligado a contrarrestarla, por ejemplo, en su vivienda, en su patio, etc.» (95). Y continúa Traeger (96): «Si alguien intenta, sea para recuperar el sombrero que se le ha volado, sea por curiosidad o incluso con propósito de robar, saltar el muro de mi jardín y sufre un accidente, permaneciendo caído y desamparado con el pie roto, entonces, y si se ha caído en mi jardín, tengo la obligación de actuar para evitar ulteriores consecuencias dañosas ... En cambio, si se ha caído fuera del muro, no tengo ese deber [sc. fundamentador de una comisión por omisión]. Lo mismo habría que decidir si el tripulante de un globo aerostático se estrella y cae en mi jardín».

Sobre la base de todas esas consideraciones, Traeger establece el deber de garante –diferenciado de la injerencia– originado por el «dominio de la cosa» con las siguientes palabras: «Por consiguiente, el deber de actuar no sólo surge para quien ha causado una situación de peligro mediante una acción precedente inculpable [aquí Traeger se refiere a quien fortuitamente cierra la puerta de una habitación (propia o ajena) sin saber que dentro de ella se encuentra una persona], sino también –y a ello no se le suele prestar atención– para aquel en cuya zona de dominio surge una situación de peligro con la que sólo él puede acabar, independientemente de que esa situación se haya producido por el azar o incluso por la culpa de un tercero» (97).

El criterio del dominio de la cosa como fuente de posición de garante entró durante bastante tiempo en un estado de latencia (98), porque la discusión posterior sobre el delito de omisión impropia se centró en las tres fuentes clásicas de la posición de garante, y en la eventual ampliación de éstas dentro del ámbito familiar (*supra* VI B) o en el papel que desempeñan principios como el de la estrecha rela-

(95) TRAEGER, Enneccerus-Festgaben, 1913, p. 108.

(96) *Op. cit.*, pp. 108/109.

(97) *Op. cit.*, p. 109. En el mismo sentido de TRAEGER, BRAMMSEN, 1986, p. 264; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 47. En contra LANDSCHEIDT, 1985, pp. 88 ss., quien en este caso haría responder al titular de la vivienda por una omisión del deber de socorro; VOGEL, 1993, p. 268 n. 135.

(98) Se ocupan de él, por ejemplo, pero sólo superficialmente, GALLAS, ZStW 80 (1968), p. 18; RUDOLPHI, 1966, p. 177. Lo mencionan también superficialmente, pero para rechazarlo, MEZGER, Strafrecht, 1933, p. 143, y WELP, 1968, pp. 249 ss., para quien el dominio de la cosa es insuficiente, por sí solo, para fundamentar una posición de garante si quien tiene ese dominio no es también injerente.

ción vital (*supra* VII A) o las comunidades de vivienda (*supra* VII C) y de peligro (*supra* III B 4 c).

Muchos años más tarde, sin embargo, la ciencia vuelve a ocuparse del dominio de la cosa, coincidiendo todo ello con las insuficiencias y dudas que empiezan a surgir sobre el criterio de la injerencia, diferenciándose este criterio del dominio de la cosa del ulterior de los «deberes de aseguramiento del tráfico» (*infra* E), en que mientras que allí la «cosa» (una vivienda, un terreno), en principio, *no es peligrosa*, en estos últimos, en cambio, de lo que se trata es de prevenir un *riesgo potencial inherente al objeto* (explotación de minas, tráfico ferroviario), cuya no lesividad hay que asegurar (99). [Naturalmente que esa diferencia entre uno y otro criterio la establezco por aproximación y a los únicos efectos de claridad expositiva, dado que ninguno de ellos, especialmente el del dominio de la cosa, goza de un reconocimiento generalizado, y dado también que si por algo se caracteriza la moderna dogmática de los delitos de omisión es por que, por una parte, no hay acuerdo ni sobre el contenido ni sobre la extensión de cada una de las fuentes de las posiciones de garante, y por que, por otra parte y a su vez, los distintos criterios tienen contornos difusos y entremezclados, sin que sea siempre fácil distinguir dónde comienza uno y dónde termina otro].

Al criterio del «dominio de la cosa» vuelve Henkel en 1961, al discutir el problema (*supra* V B 2 a) de si una acción cubierta por una legítima defensa puede considerarse un hacer precedente desencadenante de una comisión por omisión. Con la doctrina dominante, Henkel se pronuncia en el sentido de que el defensor legítimo no se convierte por su acción justificada anterior en garante del atacante lesionado; pero establece una excepción: «El caso de la legítima defensa debe ser enjuiciado de otra manera si el agresor lesionado se encuentra en la esfera de dominio del atacado, por ejemplo, en su vivienda» (100). A partir de Henkel, la doctrina recupera la vieja idea de Traeger, y empieza a ser sometida a discusión la tesis de hasta qué punto el morador de una casa o el encargado de un establecimiento, como titulares del dominio de la cosa, tienen la obligación (de garante) de impedir las lesiones de bienes jurídicos reconducibles a

(99) V. también OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 87: «En estrecha relación con la posición de garante en virtud del dominio sobre un sector de peligro hay que contemplar a la *posición de garante en virtud de tener a su cargo un sector de dominio generalmente no peligroso*» (subrayados en el texto original).

(100) MSchrKrim 1961, p. 184, n. 13. En el mismo sentido, BLEI, AT, 1983, p. 328.

accidentes o a acciones delictivas de terceras personas, que amenacen con producirse *dentro de su esfera de dominio*.

De entre los que conceden algún valor al dominio de la cosa (101), la opinión mayoritaria estima que, por ejemplo, el mero hecho de ser titular de una vivienda no le obliga a impedir las lesiones de los bienes jurídicos que pudieran sobrevenir dentro de su ámbito de dominio, a no ser que «la vivienda se emplee como medio de la comisión del hecho, es decir: que no sólo sea el lugar donde se lleva a cabo el hecho punible, sino que en virtud de su *peculiaridad* desempeñe un papel en el desarrollo concreto del hecho» (102). *Otto*, en cambio, cree ver el fundamento del dominio de la cosa, más que en las peculiaridades del objeto que puedan favorecer la lesión de un bien jurídico, en la relación de confianza que ese dominio puede despertar en terceros: «Quien tiene a su cargo un sector de dominio responde como garante de que los terceros que se encuentran en esa esfera de dominio –sobre la base de una *confianza* especialmente creada y que, por consiguiente, pueden presuponer que aquél estará a su lado en la

(101) Además de los autores citados *supra* nota 98, rechazan igualmente el criterio del dominio de la cosa, entre otros, STRATENWERTH, AT, 1981, n. m. 1020; LANDSCHEIDT, 1985, pp. 71/72, 79, 88 ss., 104 ss. y *passim*; JAKOBS, AT, 1991, 29/37 a; FREUND, 1992, p. 239.

(102) RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 37 (subrayado añadido); v. también, el mismo, NSTZ 1984, p. 154. En el mismo sentido la moderna jurisprudencia alemana (indicaciones en RUDOLPHI, SK, 1997, § 13, n. m. 37); BLEI, AT, 1983, p. 329; SCHÜNEMANN, ZStW 96 (1984), p. 310: «Como un deber del titular de la vivienda como “policía auxiliar” no puede ser hecho plausible y como una admisión fugaz de huéspedes no significa una asunción de funciones de protección en el sentido de una estrecha relación vital, sólo entra en juego una responsabilidad de garante del titular del derecho doméstico cuando la vivienda no es sólo el lugar en el que se desarrolla el hecho punible, sino cuando, *a consecuencia de su peculiaridad*, desempeña un papel en el desarrollo concreto del hecho punible, es decir, cuando, por ejemplo, (y porque está cerrada con llave) facilita el ataque del autor» (subrayados añadidos); REUS/VOGEL, MDR 1990, pp. 874/875; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 133; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 44: «Una tal posición de garante sólo puede ser fundamentada cuando la vivienda misma, por su estructura o situación de lugar, ha sido aprovechada para el hecho punible. Ello sería el caso cuando un espacio cerrado, sobre el que otra persona tiene una posición de dominio, es utilizado como guarida de delincuentes, como base para preparar empresas criminales o como almacén para el botín, o cuando el ataque a la víctima se ve facilitado por la configuración de la vivienda o cuando esa configuración dificulta a la víctima la defensa o la huida»; WESSELS, AT, 1996, n. m. 720; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 54.

En contra LANDSCHEIDT, 1985, p. 101, quien califica de «vacío de contenido» el criterio de la posición de garante sobre la base de un «especial acondicionamiento o situación del recinto que convierten a éste en peligroso más allá del aislamiento que le es propio». V. también KÖHLER, AT, 1997, pp. 221, 225.

defensa de peligros— no se vean amenazados por daños procedentes de peligros que no se han asumido conscientemente» (103).

Por lo que se refiere al desarrollo de esos principios generales, la doctrina científica ha rechazado que responda del resultado en comisión por omisión el propietario de la casa que omite retirar frases injuriosas contra terceros pintadas con «spray» en su muro (104), el hotelero que no interviene para evitar la venta de objetos robados dentro de su local (lo que, de haberse admitido la posición de garante, le hubiera hecho responsable de una receptación en comisión por omisión) (105), ni el que permanece inactivo ante la violación que tiene lugar en su establecimiento (106). En cambio y por ejemplo, estaría fundamentada una comisión por omisión del propietario de un solar que no interviene cuando terceras personas arrojan en su propiedad desechos de productos peligrosos para el medio ambiente (107), y la del propietario del establecimiento que no interviene para evitar el robo con homicidio cometido contra una *persona a la que ha acogido como huésped* (108).

E) Los deberes (de aseguramiento) del tráfico (*Verkehrssicherungspflichten, Verkehrspflichten*) (109)

Probablemente sea también Traeger quien por primera vez formula de una manera mínimamente coherente, y junto al criterio del dominio de la cosa (*supra* D), el principio de que los deberes de aseguramiento del tráfico —que entonces todavía no se llamaban así— generan también una obligación de evitar el resultado y, con ello, una comisión por omisión.

(103) OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 89 (subrayado añadido). Al dominio de la cosa se acude también actualmente como criterio de concreción de los deberes de aseguramiento del tráfico: v. *infra* E y también (en relación con el caso «Lederspray») F 2 c.

(104) Cfr. JAKOBS, AT, 1991, 29/36 a; OTTO, AT, 1996, n. m. 91; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 628 n. 28; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 44.

(105) Cfr. JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 627.

(106) Cfr. JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 627; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 90. Así la jurisprudencia alemana (indicaciones en SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 44). En el mismo sentido, SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *op. cit.*, loc. cit.; en contra OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 91, y RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 28.

(108) En este sentido BGH 27, 10, publicada en JR 1977, pp. 289-290; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 646; LANDSCHEIDT, 1985, p. 122 ss.; WESSELS, AT, 1996, n. m. 720. En contra NAUCKE, JR 1977, p. 292.

(109) Las expresiones deberes de aseguramiento del tráfico y deberes del tráfico se suelen utilizar indistintamente: cfr. LANDSCHEIDT, 1985, pp. 81/82; KUHLEN, 1989, p. 10 n. 52; VOGEL, 1993, pp. 264 ss.; y, sobre todo y muy especialmente, LARENZ/CANARIS, Schuldrecht II/2, 1994, pp. 399 ss.

Al estudiar la injerencia, Traeger es consciente de que no toda acción precedente –independientemente de su mayor o menor peligrosidad o de si ha sido realizada o no dolosa o imprudentemente– da lugar a un deber de evitar el resultado, porque ello, «a la vista de la ilimitada relación de causalidad objetiva de los acontecimientos, significaría, nada menos, que un deber general e incondicionado de ayudar al prójimo. Quedaría difuminada la frontera de la responsabilidad si cada uno tuviera que responder por sí mismo de las consecuencias más alejadas de sus acciones» (110). Pero a la hora de delimitar, de entre los haceres precedentes, *cuáles pueden fundamentar y cuáles no*, una omisión impropia, se fija en una categoría especial, caracterizada por que *aunque la acción previa no tiene por qué encerrar ningún peligro para el resultado y aunque se haya realizado sin dolo y sin imprudencia, no obstante*, y, a pesar de que «falta ... un precepto legal expreso [téngase en cuenta que Traeger escribe estas líneas en 1913, cuando prácticamente no existía aún una regulación jurídica de la circulación]», generan una obligación de evitar el resultado: «Nadie dudará que el conductor de un vehículo tiene la obligación jurídica de parar o de desviarse si de la continuación de la marcha por la dirección que se ha tomado amenaza un accidente, por ejemplo, para los niños que juegan en el camino o para el perro que duerme allí; y esa obligación existe aunque desde un principio no pudiera contarse en absoluto con que se pudieran encontrar personas o animales en el camino acotado. No necesita fundamentación alguna que cualquiera que pone en movimiento una fuerza natural tiene que adoptar las precauciones necesarias para evitar resultados antijurídicos no sólo en el momento de la puesta en movimiento, sino que también, y mientras dura la actividad de la fuerza puesta en movimiento, tiene que dirigir su atención para que no surjan consecuencias dañosas. El principio de que quien lleva a cabo una actividad peligrosa, y, en especial, quien pone en movimiento una fuerza natural, debe adoptar continuamente las medidas de cuidado exigidas por el tráfico aparece tan evidente que el legislador no ha estimado necesario pronunciarlo expresamente en esos o en parecidos términos. Ese principio tiene validez no escrita, tal como se reconoce de manera general por la teoría y la práctica [sc. del Derecho privado]» (111). Al igual que con el «dominio de la cosa» este criterio permaneció «hibernado»

(110) Cfr. 1913, p. 100; v. también esta objeción en los autores citados *supra* V B 2. Sobre los límites que la moderna doctrina establece para que un hacer precedente pueda fundamentar una omisión impropia, cfr. *supra* V B 2 a ss., e *infra* F 2 b.

(111) TRAEGER, *Enneccerus-Festgaben*, 1913, pp. 97/98.

durante décadas (112) hasta que en 1968, *como una especie del género injerencia*, Welp, en su monografía sobre la omisión, dedica un amplio apartado (113) a los deberes de aseguramiento del tráfico como fundamentadores de una omisión impropia, en los que él ve un argumento más a favor de que también las acciones conformes a Derecho pueden dar origen a una responsabilidad por injerencia, siendo la idea central de este criterio –traspasado del Derecho privado– que quien crea una fuente de peligro –por ejemplo, una industria–, «abriéndola al tráfico», tiene el deber de «asegurarla» mientras se mantenga la situación de peligro (114).

Pero es Schünemann quien en 1971, y sobre un terreno que había sido preparado ya en los años precedentes por Meyer-Bahlburg (115), Welp (116) y Pfleiderer (117), desarrolla por primera vez, amplia y estructuralmente, como criterio autónomo de posición de garante, el de los deberes de aseguramiento del tráfico (118), estableciendo además la tesis de que la injerencia debe desaparecer como fundamentadora de la comisión por omisión (119), ya que, por una parte, todos aquellos casos de hacer precedente que justifican materialmente la imputación de un resultado son, en realidad, subsumibles en los deberes de aseguramiento del tráfico, y ya que, por otra, estos deberes son también los que, como criterio independiente, explican cómo es posible reconducir un resultado a una omisión en otros casos en los que el hacer precedente no aparece por ningún lado (120).

(112) De pasada reconoce a los deberes de aseguramiento del tráfico una significación independiente de otras posiciones de garante, GALLAS, ZStW 80 (1968), p. 18; el mismo, 1989, pp. 87/88. También se ocupa de esos deberes, igualmente de pasada, para incorporarlos genéricamente a la posición de garante derivada de ley, MEZGER, Strafrecht, 1933, p. 143

(113) Cfr. WELP, 1968, pp. 241-249.

(114) En estos términos, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del BGH, define WELP, 1968, pp. 243/244, los deberes de aseguramiento del tráfico.

(115) Cfr. la cita de MEYER-BAHLBURG *supra* nota 52.

(116) Cfr. *supra* notas 113 y 114.

(117) Cfr. PFLEIDERER, 1968, pp. 128 ss.

(118) Cfr. SCHÜNEMANN, 1971, pp. 281 ss. y *passim*, y 1979, pp. 89/90. V. también el mismo, ZStW 96 (1984), pp. 294/295, 305, 309/310.

(119) Cfr. *supra* V B 3, y también SCHÜNEMANN, 1971, p. 303: en los deberes del tráfico «se encuentra el núcleo justificado de todas las teorías de la injerencia».

(120) Según SCHÜNEMANN el propietario de una casa responde de los daños que se pueden causar a otros por el desprendimiento de tejas que, con el transcurso del tiempo, se han ido descolocando, responsabilidad por omisión que, de acuerdo con SCHÜNEMANN, hay que fundamentarla en los deberes de aseguramiento del tráfico, y no en la injerencia, ya que, en el caso de compra de la casa por persona distinta de quien la construyó, «como el nuevo propietario no ha fundamentado el peligro, sino

Schünemann expresa que «todas las clases de deberes del tráfico pueden reconducirse al *dominio sobre una fuente potencial de peligro*» (121), con lo que el criterio del dominio de la cosa empieza a diluirse dentro de los deberes de aseguramiento del tráfico, especialmente en la concepción de Schünemann, para quien el comitente por omisión se caracteriza por tener el «*dominio sobre el fundamento del resultado*» (122).

Los deberes de aseguramiento del tráfico, bien como *especies* de las otras fuentes tradicionales de posiciones de garante (ley, contrato, injerencia), bien con una significación *autónoma*, pasan a convertirse, a partir de los años 70, en uno de los criterios que justifican la equiparación de una omisión a una acción (123).

que se lo ha encontrado ya previamente dado, es obvio que su posición de garante no se puede fundamentar en la responsabilidad del injerente» (1971, p. 284). V. también, por ejemplo, LANDSCHEIDT, 1985, p. 87: «No parece que hoy pueda dudarse que el punto de vista determinante para el nacimiento de deberes de aseguramiento del tráfico surge independientemente de la cuestión de quién es el que ha abierto el tráfico. La opinión contraria de WELP ha sido rechazada con razón, porque no permite proporcionar una fundamentación convincente de por qué, cuando hay un cambio de propietario, surgen también para el sucesor los correspondientes deberes de aseguramiento del tráfico de un inmueble abierto al tráfico desde hace tiempo»; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 27: «los deberes del tráfico no se fundamentan en el principio de injerencia».

(121) Cfr. 1971, p. 282 (subrayados en el texto original). V. también *op. cit.*, p. 288: «Con ello hemos aclarado definitivamente el fundamento de los deberes del tráfico: reside en el *dominio sobre un sector de peligro*, que ha de ser concebido, no obstante, no estática, sino dinámicamente» (subrayados en el texto original), aclarando posteriormente (p. 290) que «si se quiere designar el contenido de los deberes de tráfico con un lema, se nos ofrece el término “disposiciones para prevenir accidentes” [“Unfallverhütungsvorschriften”] o también el de deberes de aseguramiento ... El espacio de dominio propio debe ser asegurado de tal manera que no encierre ningún peligro para los demás».

(122) Cfr. SCHÜNEMANN, 1971, pp. 236 ss. y *passim*. En el mismo sentido que SCHÜNEMANN, SAGENSTEDT, 1989, pp. 381 ss., da el mismo contenido al criterio del dominio de la cosa (Sachherrschaft) que al de los deberes de aseguramiento del tráfico.

(123) Cfr. por ejemplo y entre otros, SCHMIDHAÜSER, AT, 1975, pp. 16/57 ss.; el mismo, Studienbuch 1982, p. 395; ARZT, JA 1980, p. 653 («En un grupo importante de casos la posición de garante derivada de contrato se encuentra en estrecha relación con la posición de garante derivada del deber de aseguramiento del tráfico, la cual, por su parte, reúne en ella elementos de la posición de garante en virtud de ley y en virtud de hacer precedente»); LANDSCHEIDT, 1985, pp. 84 ss.; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, p. 600; BRAMMSEN, 1986, pp. 237 ss.; el mismo, GA 1993, pp. 110 ss.; SCHUMANN, 1986, p. 118; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 45 ss., 121 ss.; KUHLEN, NSiZ 1990, p. 567; JAKOBS, AT 1991, 29/29 ss.; BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, p. 740; HILGEDORF, 1993, pp. 140 ss.; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 35 ss.; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, pp. 626 ss.; VOGEL, 1993, pp. 262 ss.; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 85 y 86; MIR, PG, 1996, pp. 315/316; WESSELS, AT, 1996, n. m. 723;

F) La responsabilidad por el producto: el caso «Lederspray» (spray para el cuero)

1. INTRODUCCIÓN

El caso «Lederspray» presenta, desde el punto de vista de la comisión por omisión, unas *características especiales* (124), que no concurren en otros famosos casos de responsabilidad por el producto, como lo pueden ser, en Alemania, en caso Contergan, o, en España, el caso de la colza (125). Pues si el producto –como en estos dos últimos supuestos– *se introduce* en el mercado imprudente o doloso eventualmente –*comercialización* de ansiolíticos sin advertir de los riesgos para las mujeres embarazadas, *venta* de aceite no apto para el consumo humano–, esos comportamientos *activos* son ya típicos, por lo que, en principio, de lo que se trata en ellos es de un delito de acción; y si, sobre la base de la posición de garante por un *hacer precedente contrario al deber*, se quisiera construir también una omisión impropia por la no retirada del correspondiente producto del mercado los problemas que se plantearían –dado que la acción precedente es anti-jurídicamente dolosa o culposa– no diferirían de los que pueden presentarse en la teoría general de la injerencia (126).

La particularidad del caso «Lederspray» reside en que el comportamiento activo de comercializar el producto fue durante muchos años *juridicopenalmente irreprochable* –el hacer precedente fue, por consiguiente, conforme a Derecho (127)– por lo que, sobre la base de las reglas que rigen la posición de garante por injerencia, no resulta fácil fundamentar la obligación del fabricante de retirar el producto causante de los daños. Esa particularidad es la que explica la polémica que, precisamente en relación con la omisión impropia, ha desatado

SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB 1997, § 13 n. m. 11 ss., 43 y 44; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13, n. m. 27 ss.; KÖHLER, AT, 1997, p. 219.

(124) También desde el de la relación de causalidad entre el producto y el resultado lesivo (v. sólo *infra* nota 129), y desde el de la responsabilidad de los directivos de las empresas. Todo ello ha llevado a calificar a la sentencia del «Lederspray» de «leading case» (MEIER, NJW 1992, p. 3199), de «hito» (BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, p. 738), de «iniciadora de nuevos caminos» (BRAMMSEN, GA 1993, p. 101), en relación con la responsabilidad juridicopenal por el producto.

(125) Sobre el caso de la colza v. *infra* 3, y también *infra* G 3 b.

(126) Sobre la injerencia cfr. *supra* V B. Sobre la calificación –como acción como omisión o como ambas– de los hechos punibles en los que aparecen comportamientos activos y pasivos, cfr. GIMBERNAT, ADPCP 1994, pp. 11 ss.

(127) De otra opinión, sin embargo, el BGH; pero equivocadamente, como ha demostrado contundentemente la unánime doctrina científica (cfr. *infra* 2 b).

en Alemania el caso Lederspray, cuyos aspectos fundamentales, desde el punto de vista de la comisión por omisión, paso a exponer a continuación.

El BGH, en su sentencia de 6 de julio de 1990 (128), se ocupa del caso de una empresa que desde hacía bastante tiempo se dedicaba, entre otras actividades, a la fabricación de sprays para el cuidado de artículos de cuero y piel (zapatos, prendas de ante, etc.), siendo comercializado el producto por dos sociedades filiales de aquélla.

Durante ese primer período de tiempo los sprays para el cuero habían llegado a los consumidores sin que hubieran causado daño alguno. Pero «a partir de finales del otoño de 1980 se recibieron noticias en el grupo de empresas en las que se informaba que diversas personas habían sufrido daños en la salud después de utilizar los sprays para el cuero de la referida marca. Esos daños se exteriorizaban, casi siempre, en dificultades respiratorias, tos, náuseas, escalofríos y fiebre. Los afectados tuvieron que solicitar, en muchas ocasiones, asistencia médica, necesitando a menudo tratamiento hospitalario de carácter estacionario, y teniendo que ser ingresados, en algunos casos, por su estado de peligro para la vida, en unidades de cuidados intensivos. Los diagnósticos daban como resultado, por lo general, la acumulación de líquidos en los pulmones (edemas pulmonares). En la mayoría de los afectados se produjo enseguida una mejoría radical, especialmente después de la administración de preparados de cortisona, que llevó a la total curación».

Ante las primeras noticias de los daños personales que estaban causando sprays hasta entonces considerados inocuos, se llevaron a cabo en la empresa investigaciones internas que no consiguieron poner de manifiesto defecto alguno de fabricación, no obstante lo cual a principios de 1981 se introdujeron algunas modificaciones en la composición del producto. Pero como, a pesar de ello, siguieron llegando noticias de ulteriores consumidores que padecían menoscabos en su salud, el 12 de mayo de 1981 tuvo lugar una reunión de crisis de la dirección de la empresa, a la que asistió el jefe del departamento de química de la firma, quien manifestó que, «de acuerdo con las investigaciones realizadas hasta entonces, no existía indicio alguno de propiedades tóxicas ni, consiguientemente, de peligrosidad de los sprays, por lo que no existía tampoco motivo alguno para retirar el producto», propuesta que fue asumida unánimemente por la citada dirección. El

(128) BGHSt 37, 106. La sentencia se reproduce también, entre otras revistas jurídicas alemanas, en NJW 1990, pp. 2560-2569, que es el texto que he manejado, y del que proceden también las citas entrecorilladas de la resolución.

producto se siguió comercializando y causando ulteriores daños en la salud –nunca la muerte– de consumidores, hasta que el 20 de septiembre de 1983 se produce la intervención de la Oficina Federal de Salud que ordena la paralización de las ventas y la retirada de los sprays que se encontraban en el mercado.

El BGH distingue, como antes lo había hecho ya el tribunal de instancia (la Audiencia Provincial de Mainz), entre, por una parte, 10 *lesiones dolosas cometidas por acción*, en relación con la decena de consumidores que resultaron afectados en su integridad física por sprays que fueron *producidos y/o introducidos en el mercado después de la reunión de 12 de mayo de 1981*. Por otra parte, condena, en cuatro casos, por *lesiones imprudentes en comisión por omisión* causadas por no haber retirado el producto ya en el mercado cuando se tuvieron las *primeras noticias* de su nocividad y *antes de* la reunión del gabinete de crisis de 12 de mayo. Finalmente, y por lo que se refiere a los menoscabos en la integridad física causados por productos *no retirados* del mercado después de la reunión de mayo –28 casos–, el BGH condena por lesiones –*ahora ya dolosoeventuales*, a la vista de la conciencia que los directivos habían adquirido entretanto de la peligrosidad de los sprays– en comisión por omisión.

El BGH distingue, por consiguiente, cuatro tramos temporales que merecen calificaciones jurídicas distintas:

– Teniendo en cuenta que, en un principio, los sprays para el cuero se habían fabricado de acuerdo con los conocimientos técnicos del momento, sin que nada hiciera prever que podían ser peligrosos para la salud, y que, de hecho, durante un período prolongado de tiempo, nadie sufrió quebranto físico por su utilización, las primeras lesiones padecidas por los usuarios al cabo de varios años de comercialización de un producto aparentemente inocuo no fundamentan condena alguna, dado que el resultado típico debe ser reconducido –por ausencia de dolo y de culpa– a un caso fortuito.

– El segundo tramo se inicia cuando a la empresa fabricante y a sus dos filiales comercializadoras les llegan las primeras noticias que hacen sospechar que los sprays hasta entonces tenidos por inofensivos estaban causando, según todos los indicios, daños en la salud. La *no retirada* entonces del producto –cuando ya existen datos que señalan que el spray puede ser peligroso, por mucho que se desconozca cuál es la sustancia concreta que provoca las enfermedades (129)– constituye

(129) En su sentencia de 6 de julio de 1990, el BGH expone lo siguiente sobre el nexo causal entre el uso del producto y las lesiones sufridas por 42 personas: «[La Audiencia Provincial de Mainz], dentro del marco de su descripción del supuesto de

para el BGH una imprudencia y, en concreto, y como la conducta consiste en la *pasividad* de permitir que se siga utilizando el producto, una imprudencia en comisión por omisión por cuatro casos de lesiones.

– El tramo ulterior se inicia después de la reunión de mayo de 1981. La acumulación de indicios de que los sprays para el cuero eran efectivamente peligrosos para la salud y la *persistencia* en la *no retirada* del producto, cambia el título de imputación inicialmente imprudente, estimándose que a partir de ese momento las 28 lesiones posteriores deben ser consideradas cometidas, igualmente, en comisión por omisión, pero ahora ya a título doloso (eventual).

– Finalmente, la conducta *activa* de *introducir* nuevos sprays en el mercado, después de la reunión de 12 de mayo de 1981, es calificada por el BGH de lesiones dolosas *por acción*.

2. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL CASO «LEDERSPRAY»

Desde el punto de vista de la omisión impropia, los que aquí nos interesan son los tramos segundo y tercero y cómo se puede eventualmente demostrar que existe una obligación de garante de retirar productos, siendo así que éstos fueron puestos en el mercado sin dolo ni imprudencia, dado que nada hacía prever su nocividad en los primeros años de comercialización.

Sobre si existen –y en ese caso por qué existen– lesiones (imprudentes en un primer grupo de casos; dolosas, en el segundo) *en comisión por omisión* se pueden distinguir en la jurisprudencia y en la doctrina alemanas tres posiciones diversas.

a) *Existencia de posición de garante de los directivos sobre la base de los deberes de aseguramiento del tráfico*

Una primera posición, mantenida por el tribunal de instancia, y que no es asumida –ni tampoco rechazada– por el BGH es la de

hecho, ha constatado expresamente que la causa de los sucesos sólo puede residir y sólo ha residido “en algunos mecanismos de eficacia toxicológica de algunas materias primas por sí solas o, al menos, en combinación con otras materias primas”. Esta constatación vinculante para el Tribunal de Revisión [el BGH] es suficiente para afirmar la relación de causalidad. Y ello no lo modifica en nada que hasta ahora –como reconoce el propio Tribunal de instancia– no haya sido posible identificar exactamente, desde un punto de vista científiconatural, qué sustancia o combinación de sustancias fueron la que confirieron a los productos su específica propiedad para causar daños en la salud».

Sobre el problema causal en el caso español de la colza, que se plantea en términos semejantes al del «Lederspray», cfr. *infra* 3 b.

operar, para fundamentar la omisión impropia, con el deber de aseguramiento del tráfico (130). La sentencia del BGH de 6 de julio de 1990 resume así la posición adoptada por el Tribunal de Mainz: «La Sala de lo Penal [la Audiencia de Mainz] deduce este deber de impedir el resultado [de retirar el producto del mercado] del deber juridicoprivado de aseguramiento del tráfico, a saber, del deber de observación del producto, y se apoya directamente en los principios que han sido desarrollados por la jurisprudencia del BGH [Sala de lo Civil] para el ámbito de la responsabilidad juridicoprivada por el producto. Ciertamente que existen argumentos para afirmar que los mismos deberes que son determinantes para la responsabilidad civil por el producto pueden constituir también el fundamento de la responsabilidad penal, especialmente porque la obligación de indemnizar por los daños de productos defectuosos se concibe como un supuesto de responsabilidad extracontractual [§ 823 ss. BGB (= art. 1902 ss. CC)]. Pero, por otra parte, los principios de responsabilidad del Derecho civil, orientados a la reparación del daño, no deben ser utilizados automáticamente para determinar la responsabilidad penal. Si –y, en ese caso, en qué medida– los deberes civiles de prevenir daños coinciden con los fundamentadores de la responsabilidad penal, no es necesario decidirlo en esta sentencia. Pues en cualquier caso aquí, sobre la base de los hechos probados, se daba una posición de garante de los acusados que, de acuerdo con los principios juridicopenales, les obligaba a impedir el daño. Esta posición de garante se sigue de un comportamiento peligroso previo contrario al deber (injerencia)».

La tesis de la Audiencia de Mainz de que las lesiones producidas por los sprays se han realizado –primero, imprudente, y luego, dolosamente– en comisión por omisión porque los *deberes del tráfico* obligaban a los directivos, como garantes, a retirar los productos del mercado, con lo que se hubieran evitado los daños en la salud que sufrieron diversos consumidores, ha encontrado un amplio eco en la doctrina (131).

(130) Sobre esta fuente de posición de garante v. *supra* VII E.

(131) Antecedentes teóricos de esta posición se encuentran ya en SCHUMANN, 1986, pp. 116 ss.; FRISCH, 1988, pp. 199 ss.; KUHLEN, 1989, pp. 17 ss., 173 n. 16 (sobre la posición actual de KUHLEN, después de hacerse pública la sentencia del «Lederspray», cfr., sin embargo, *infra* 142).

En este sentido se han manifestado, entre otros, Seelmann (132), Freund (133), Jakobs (134), Puppe (135), Hilgendorf (136), y Brammsen (137).

(132) AK, 1990, y NK, 1997, § 13 n. m. 125: «Si los peligros que exceden de lo habitual [como, por ejemplo, el inherente a la fabricación y distribución de los productos de consumo] tienen consecuencias dañosas, en ese caso el obligado es responsable, *independientemente de que el comportamiento previo sea o no contrario al deber*, y a no ser que la víctima, imputablemente, se haya puesto en peligro por sí misma ... Con ello, decae también el argumento de que los deberes de salvamento para el obligado al aseguramiento del tráfico no serían compatibles con la responsabilidad por injerencia (limitada, supuestamente, al comportamiento precedente contrario al deber)» (subrayados añadidos).

(133) Después de exponer FREUND, 1992, p. 215 (subrayados añadidos), el supuesto de hecho del que se va a ocupar, y que coincide con el del caso «Lederspray» («La peligrosidad del producto ... puede resultar también de que, *aunque al introducirle en el mercado se haya respetado el standard de seguridad exigible*, a posteriori surjan peligros en cuya evitación existe un interés lo suficientemente importante»), FREUND defiende (p. 217) la siguiente solución: «La cuestión ... del comportamiento (omisivo) típico y equivalente a la acción es más difícil en los casos en que ciertos peligros —en los que hasta entonces nadie había pensado ni, de acuerdo con un enjuiciamiento normativo correcto, nadie tenía por qué pensar— sólo se ponen de manifiesto a posteriori, es decir, en aquellos casos en los que una responsabilidad (juridicopenal) no se puede vincular a una lesión de la norma de comportamiento cometida en (o hasta) la introducción en el comercio del producto. Ya hemos visto anteriormente, en conexión con peligros inmediatos del propio círculo organizativo, que la mera circunstancia de que un peligro haya surgido del propio círculo originario de organización, de una manera que jurídicamente es irreprochable, no significa nada sobre ... la no responsabilidad por ese peligro. Un tal desplazamiento total del riesgo por los daños a la víctima potencial no es, en absoluto, la solución adecuada al conflicto de intereses que hay que regular. Esto es algo que nos pueden mostrar precisamente ciertas constelaciones de peligros derivados de productos. En todo ello hay que pensar, preferentemente, en la responsabilidad por peligros derivados de medicamentos, la cual no termina, en modo alguno, con la venta de un preparado concreto, sino que conlleva actividades evitadoras de daños, mientras ello sea posible, es decir, mientras lleven a deberes de observación, de retirada del producto y de advertencia». V. también, pp. 241/242.

(134) Cfr. AT, 1992, 29/42.

(135) En este sentido parece pronunciarse en JR 1992, p. 30.

(136) Cfr. 1993, pp. 140-143: «... los fabricantes de bienes peligrosos tienen la obligación de garante desde el punto de vista de la apertura de una fuente de peligro, independientemente de si, en el momento de la producción y de la comercialización de los bienes, los peligros eran ya objetivamente cognoscibles o no. KUHLEN no tiene suficientemente en cuenta que en el presente caso [“Lederspray”] se puede deducir una posición de garante ... de los deberes de aseguramiento del tráfico que concurren en cualquier titular de una industria peligrosa por las fuentes de peligro que caen dentro de su ámbito de responsabilidad. Este es el camino que había tomado la Audiencia Provincial de Mainz en la instancia previa».

(137) Para BRAMMSEN, GA 1993, p. 113 n. 1, «el llamado deber de retirada del producto, materialmente, no es más que una concreción específica —derivada de su posición— del deber general de aseguramiento del garante-vigilante, es la transforma-

Frente a la tesis de este sector de la doctrina que acabamos de exponer, y de la Audiencia de Mainz, de que en el presente caso estaríamos ante unas lesiones en comisión por omisión *porque* los directivos de la empresa tendrían una posición de garante fundamentada en sus *deberes de aseguramiento del tráfico* que les obligaba a retirar el producto, con lo que se hubieran evitado los perjuicios que realmente se ocasionaron, se ha objetado que tales deberes sólo fundamentan una posición de garante mientras el obligado tiene la cosa bajo su dominio, pero no cuando aquélla ha salido de su esfera de influencia y, como en el caso «Lederspray» y por ejemplo, se encuentra ya en manos de los consumidores (138).

b) *La tesis de la injerencia*

Como hemos visto ya, el BGH fundamenta la comisión por omisión de los directivos por no retirar el producto, una vez que se tuvo noticia de los daños que estaban causando, en el hacer precedente de aquéllos de haberlo *introducido* en el mercado. Pero teniendo en cuenta que en aquel momento –en el de la acción– no era cognoscible que se tratara de un producto defectuoso, y que la tesis que, con algunas matizaciones, se había ido imponiendo sobre el criterio de la injerencia, tanto jurisprudencial como doctrinalmente –y a fin de evitar un *regressum in infinitum*– era que la acción previa, para poder fundamentar una responsabilidad por injerencia, tenía que ser contraria al deber (139), por ello el BGH se ve obligado a acudir a un *artificio*

ción del deber de aseguramiento “relativo a la empresa” bajo las condiciones típicas cotidianas. Una transformación así en deberes de garante del garante-vigilante no es en absoluto desacostumbrada, como lo demuestra la transformación –generalmente aceptada– de deberes de aseguramiento en deberes de vigilancia, de organización o de salvamento». De acuerdo con ello, BRAMMSEN, *op. cit.*, p. 120, concluye que «si se quieren hacer compatibles los deberes penales de retirada del producto con el concepto de responsabilidad del Derecho vigente, con las premisas de la teoría personal de lo injusto y con los principios de la doctrina del garante, entonces el recurso al hacer precedente peligroso (injerencia) [esto es: el recurso al que acude el BGH en su sentencia del «Lederspray»] aparece como un principio de fundamentación inapropiado. El fundamento que origina estos deberes de evitación del daño no es el hacer precedente, sino la facultad –de hecho o de Derecho– de influjo, de dominio o de disposición del fabricante sobre los productos defectuosos. Los deberes juridicopenales de retirada del producto son un caso de aplicación de los deberes de aseguramiento en el ámbito empresarial, esto es, de los deberes de vigilancia».

Cfr. también KÖHLER, AT, 1997, p. 223.

(138) Sobre esta objeción, v. detalladamente *infra* c.

(139) V. *supra* B 2. Y, además y por ejemplo: JESCHECK, LK 1993 ss., § 13 n. m. 33: «... el comportamiento previo peligroso tiene que ser objetivamente contrario al deber (aunque no necesariamente culpable), porque de la causación conforme a Dere-

–rechazado unánimemente por la doctrina– a fin de justificar que la comercialización del spray para el cuero en el caso «Lederspray» fue un comportamiento incorrecto. Según el BGH, «la posición de garante se siguió de un comportamiento de peligro anterior y contrario al deber (injerencia)», ya que «el comportamiento previo –fundamentador del peligro– de los acusados fue objetivamente contrario al deber. Ello se sigue de que el ordenamiento jurídico prohíbe en principio –si bien, no sin excepciones– crear peligros de los que en el ulterior devenir se desarrollen daños corporales para terceros si no se interviene en el curso de los acontecimientos. Esto rige también aunque no sea posible encontrar una norma legal específica que aplique sanciones a tales comportamientos de puesta en peligro, ni, especialmente, una que haga al causante jurídicopenalmente responsable. La protección general de la que goza el bien jurídico de la integridad corporal proporciona ya el fundamento jurídico ...– La contrariedad objetiva con el deber del comportamiento previo no presupone que el agente haya lesionado ya, con ello, sus deberes de cuidado, es decir, que se haya comportado imprudentemente ... En tanto en cuanto, basta con la desaprobación jurídica del resultado del peligro, siendo irrelevante si el comportamiento de quien lo ha provocado es reprochable en el sentido de la culpabilidad personal. De acuerdo con ello, la creación de una situación de peligro fundamenta una posición de garante que obliga a la evitación del daño, incluso aunque en todo ello no resida ninguna infracción del cuidado debido; el comportamiento previo del garante no tiene por qué ser culpable ...– De la posición de garante –cuya existencia, de acuerdo con lo expuesto, hay que afirmar– deriva aquí ... la obligación de retirar los sprays para el cuero peligrosos para la salud y que se hallaban ya en el comercio».

Un sector de la doctrina está de acuerdo con el BGH en que los directivos de la empresa deben responder en comisión por omisión por la no retirada de los sprays y que la razón por la cual existe una obligación de impedir el resultado hay que buscarla en el criterio de la *injerencia*; pero, por lo que alcanzo a ver, y como ya he señalado,

cho no puede surgir la pesada carga de un deber de garante para la evitación de los daños provenientes del peligro», JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 625; BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15, n. m. 66 y 67: «De acuerdo con la doctrina dominante, sólo un comportamiento contrario al deber fundamenta una posición de garante ...– Esta limitación de la posición de garante al comportamiento previo contrario al deber es correcta»; WESSELS, AT, 1996, n. m. 725; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 35: «Como ulterior presupuesto de una posición de garante por un hacer precedente hay que añadir, por consiguiente, el de que el comportamiento previo haya sido contrario al deber, es decir, que pueda ser ya desaprobado como tal».

existe unanimidad en rechazar la tesis del BGH de que el hacer precedente de introducir el producto en el mercado pueda ser considerado «objetivamente contrario al deber».

Así, y por lo que se refiere a este último aspecto, escribe Kühlen (140): «Del primero [del requisito de que el hacer precedente tiene que ser contrario al deber para que pueda fundamentar una injerencia] se prescinde evidentemente [en la sentencia del BGH] cuando se apunta al resultado jurídicamente desaprobado del peligro o se basa la contrariedad objetiva con el deber de la comercialización sobre la peligrosidad –constatada ex post– de los productos introducidos en el mercado ... En la discusión sobre la injerencia, en cambio, para que se dé el requisito del comportamiento previo contrario al deber, se exige una creación de riesgo desaprobada ex ante. Incluso, y aunque ello no se destaque expresamente, esa comprensión del requisito en cuestión deriva, sin más, de la doctrina hoy dominante en el Derecho penal de que lo injusto del comportamiento sólo puede ser determinable ex ante. Los deberes jurídicos deben motivar a sus destinatarios a un determinado comportamiento, y, por ello, un comportamiento sólo puede ser (objetivamente) contrario al deber cuando va vinculado a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado cognoscible (objetivamente) en el momento de la acción.– Esto tiene como consecuencia que la introducción en el mercado de los sprays acondicionadores sólo habría sido contraria al deber cuando ya en esa introducción en el mercado se hubiera podido conocer su peligrosidad ... Por consiguiente, hay que partir de que la introducción en el mercado *no* se realizó de una forma contraria al deber.– Si, no obstante, el BGH afirma esa posición de garante por injerencia, con ello ... abandona, materialmente, el requisito de la injerencia de que la producción del resultado debe descansar en un comportamiento previo contrario al deber. El que la Sala [del BGH] no diga claramente que está cambiando su jurisprudencia debe ser criticado, como lo debe ser el intento –dogmáticamente inidóneo– de encubrir ese cambio con la ayuda de una contrariedad al deber objetivo determinada ex post» (141).

(140) NSiZ 1990, p. 568. V. también el mismo, GA 1994, p. 349: «Pues esta admisión [del BGH de un deber de garante de retirada del producto basada en la injerencia] descansa en que el BGH abandona, materialmente, el presupuesto de la injerencia, aceptado en sentencias anteriores, de un comportamiento previo contrario al deber».

(141) En el mismo sentido de KÜHLEN, criticando que el BGH –para fundamentar la responsabilidad por injerencia– afirme, erróneamente, que la acción previa de introducir los sprays en el mercado –cuando aún no era cognoscible su peligrosidad– fuera contraria al deber, cfr. BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, p. 739: «... el resultado desaprobado debe ser por lo menos previsible, porque, en otro caso, no se puede hablar de infracción del deber, y al introducir en el mercado los primeros sprays para el cuero

Si existe acuerdo en la doctrina, por consiguiente, en que la introducción en el mercado de los sprays para el cuero, por no ser cognoscibles

faltaba precisamente esa previsibilidad. Por consiguiente, no es posible fundamentar una posición de garante [por injerencia] con la argumentación del BGH»; PUPPE, JR 1992, p. 30; FREUND, 1992, p. 219 n. 84; HILGENDORF, 1993, pp. 138 ss.; el mismo, NSzZ 1993, p. 16 n. 88; BRAMMSEN, GA 1993, pp. 108-109: «Solamente pueden calificarse de objetivamente contrarios al deber aquellos comportamientos cuya peligrosidad fuera, al menos, objetivamente previsible para los destinatarios de la norma y evitable mediante un comportamiento conforme a la norma. Por consiguiente, la previsibilidad y la *infracción* del cuidado debido son los presupuestos constitutivos mínimos del juicio de *infracción* del deber en todos los comportamientos jurídico-penalmente relevantes. Contra la opinión expresada por el BGH en la sentencia del "Lederspray", hay que exigir para la determinación de la *infracción* objetiva del deber en la situación de injerencia que el agente, al menos, pudiera prever y evitar mediante un comportamiento gobernable la peligrosidad de su hacer precedente (=la introducción en el mercado de productos nocivos para la salud) ...- Los deberes de garante por injerencia sólo surgen -sin excepciones- con acciones previas que sean, por lo menos, objetivamente imprudentes-antijurídicas»; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 40 c, quien imputa al BGH la «errónea fundamentación de afirmar que la entrega conforme al deber de cuidado de la mercancía [de los sprays], que sólo con posterioridad aparece como defectuosa, constituye una hacer precedente contrario al deber»; MEIER, NJW 1992, p. 3196: «Si se puede constatar que el producto ha sido introducido en el comercio con una *infracción* del deber, entonces de ese comportamiento previo contrario al deber resulta un deber de garante de retirada del producto de las personas competentes de acuerdo con la jerarquía empresarial.-El caso en que la comercialización del producto ha lesionado deberes de diligencia es, por consiguiente, aporoblemático en su enjuiciamiento jurídico. En cambio, surgen considerables dificultades cuando la peligrosidad del producto no se conoce hasta un momento en el que el producto se ha introducido ya en el comercio. El comportamiento previo que va vinculado a la posición de garante por injerencia no es, entonces, contrario al deber y no cumple con los presupuestos exigidos por la doctrina dominante para fundamentar la posición de garante. Esto es lo que sucedió en el caso "Lederspray": cuando fueron cognoscibles los efectos perjudiciales para la salud, el producto se encontraba ya, desde hacía muchos años, en el comercio; por consiguiente, los peligros que amenazaban a los consumidores sólo se hubieran podido evitar, bien retirando los botes de spray, bien haciendo públicas, al menos, advertencias en relación a la peligrosidad. ¿Existía también en este caso de comportamiento previo objetivamente no contrario al deber una obligación de garante de llevar a cabo una acción de advertencia o de retirada del producto?.- El BGH contesta a esta pregunta afirmativamente: como la peligrosidad del spray era cognoscible al menos en el momento de dictar sentencia, existía un deber de retirada del producto -basado en la injerencia- de la empresa fabricante. Pero esta fundamentación no puede ser correcta. Si se toma en serio el criterio de la *infracción* del deber para fundamentar la injerencia, entonces la responsabilidad por omisión se justifica desde el mismo punto de vista que la responsabilidad por imprudencia: al autor se le hace responsable por la causación de la lesión de un bien jurídico porque mediante su comportamiento (previo) ha sobrepasado los límites del hacer permitido. Pero si la peligrosidad de un producto no es cognoscible al tiempo de su introducción en el mercado, entonces el autor justamente no ha sobrepasado los límites de la actividad permitida y falta cualquier punto de apoyo para la injerencia».

su defectos, no infringió el cuidado debido, entonces la única posibilidad de fundamentar una omisión impropia por injerencia es la de modificar el planteamiento hasta ahora dominante y admitir que la posición de garante por un hacer precedente puede surgir también aunque éste haya sido plenamente conforme a Derecho. Este es el camino que siguen, entre otros, Kuhlen, Beulke/Bachmann, Rudolphi, Hirte y Meier.

Así, para Kuhlen (142), «el fabricante y las sociedades comercializadoras puestas en funcionamiento por aquél tienen –sobre la base de su perspectiva, de sus conocimientos especializados y de su organización– una esencialmente “mayor posibilidad de actuación” que cualquier otro tercero, por lo que su incremento de asunción de deberes aparece exigible bajo la especie de una protección efectiva de los bienes jurídicos ...–Para la dogmática de la omisión ello trae como consecuencia que la posición de garante por injerencia ya no presuponga un comportamiento previo contrario al deber, consecuencia que, efectivamente, hay que extraer. Ciertamente que sería ir demasiado lejos considerar suficiente cualquier comportamiento que sea adecuado para producir el peligro de una lesión del bien jurídico. Pero, en contra de la doctrina dominante, hay que afirmar que, para llevar a cabo la necesaria y ulterior delimitación, la *infracción* del deber no proporciona el criterio necesario y apropiado. Frente a ello, en la literatura científica gana terreno crecientemente la limitación –defendida con muchos matices– de la injerencia a casos de peligro por un comportamiento de *riesgo incrementado* en relación con la conducta normal y cotidiana. Ciertamente que todo ello necesita de ulteriores concreciones. Pero la producción y la introducción en el comercio de bienes imponen en la sociedad actual una actividad tan arriesgada que desencadena una posición de garante del fabricante y del distribuidor, independientemente de si, al tiempo de la distribución, era cognoscible o no una peligrosidad anormal de determinados productos» (143).

(142) NStZ 1990, pp. 568/569 (subrayados en el texto original). Cuatro años más tarde, KUHLEN, GA 1994, p. 361, se muestra algo más escéptico sobre su solución de afirmar una omisión impropia en el caso «Lederspray»: «... la problemática juridicopenal de tales casos [como el del «Lederspray»] reside en la tentación de, en casos de realización de “grandes riesgos” con *desgracias espectaculares*, llegar a una punibilidad por lesiones u homicidio, a pesar de que, de acuerdo con una imputación correcta –lo que quiere decir, sobre todo: de una que se realice ex ante y que tenga en cuenta la complejidad de la situación a decidir–, habría que llegar a la impunidad. Desde un punto de vista de dogmática juridicopenal, se trata de un viejísimo problema: del de una injusta *responsabilidad por el resultado*» (subrayados en el texto original).

(143) En parecido sentido, JAKOBS, AT, 1991, 29/42: «... se debe tratar de un comportamiento con un riesgo superior del del comportamiento cotidiano necesario»;

BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, p. 740: «Opiniones de compromiso no plantean en referencia a la injerencia la alternativa: comportamiento previo contrario o conforme al deber, sino que se esfuerzan por encontrar criterios diferenciados. Ciertamente que la renuncia total a la contrariedad al deber del comportamiento previo llevaría a una responsabilidad sin límite ... El requisito incondicional de un comportamiento previo contrario al deber limita demasiado el deber del omitente. De ahí que surja la pregunta de si los distintos sectores de la vida –aquí, por consiguiente, el del productor de mercancías– son accesibles a un tratamiento diferenciado ... Si alguien –contrariamente al deber o no– ha causado una situación peligrosa y dispone –al contrario de lo que le sucede a la persona sometida al peligro– de los conocimientos oportunos y de los medios para prevenir el peligro, entonces –y en cualquier caso– está obligado a contrarrestar el peligro, cuando reclama para sí –con su acción causante del peligro– una libertad de movimientos que encierra un riesgo especial para todos aquellos que se mueven dentro del marco de la libertad de movimientos de aquél ... Este punto de arranque lleva también en el presente caso [«Lederspray»] a una solución adecuada. El productor dispone de unas posibilidades de actuación esencialmente mayores que los terceros, frente a los cuales –y además– adopta una posición preponderante por el mero hecho de que fue él quien introdujo los productos en el comercio. De ahí surge para el productor, en consecuencia, una responsabilidad frente al consumidor de sus productos, esto es: le corresponde una posición de garante. – El peligro de la ausencia de límites de la responsabilidad, que se quiere contener, preferentemente, con el criterio de la contrariedad con el deber del comportamiento previo, desaparece con una posición de garante, así entendida, específica del fabricante. La objeción de que siempre que el hacer precedente fuera conforme a Derecho el lesionado no era dependiente específicamente, en su integridad, del omitente, queda rebatida precisamente con los casos de los productos peligrosos para la salud»; HIRTE, JZ 1992, p. 257; MEIER, NJW 1992, p. 3196: «En efecto, existen argumentos a favor de que, en los casos en los que la peligrosidad del producto sólo sea cognoscible después de su introducción en el mercado, hay que admitir un deber de garante para realizar operaciones de advertencia y de retirada del producto. – Un punto de partida para la fundamentación de esta consecuencia se encuentra en la doctrina, defendida desde hace poco en la literatura científica, según la cual debe ser garante por injerencia aquel cuyo comportamiento previo supone un “riesgo incrementado” para la lesión amenazadora del bien jurídico. Con ello se quieren aprehender aquellos casos en los que el comportamiento previo supera el ámbito de los peligros contra los cuales todo el mundo, normalmente, toma precauciones por sí mismo ... En este punto de partida se trata, en definitiva, de un reparto de riesgo, a decidir de acuerdo con puntos de vista normativos, entre autor y víctima. La evitación del peligro amenazante es tarea de aquel a cuya esfera de riesgo hay que atribuir el peligro. Aplicando esta teoría a la responsabilidad juridicopenal por el producto, ello lleva, en el grupo de casos aquí discutido, a afirmar la posición de garante por injerencia: las empresas de fabricación y distribución tienen una responsabilidad claramente predominante por los peligros dimanantes de su producto para terceros ajenos ... – Es indiscutible que esta nueva teoría no posibilita una delimitación tan clara de la posición de garante como aquellas otras que hacen decidir la contrariedad con el deber del comportamiento previo o que se bastan con la mera causalidad: cuándo estamos ante un comportamiento de “riesgo incrementado” es algo que no es sencillo de responder en todos los casos. Pero, por otra parte, con el punto de vista del comportamiento de “riesgo incrementado” se ofrece un criterio que puede fundamentar, materialmente, el deber de evitación de riesgos amenazantes: incluso aunque al autor, por faltar la cognoscibilidad del peli-

c) *El rechazo de la existencia de una omisión impropia en el caso «Lederspray»*

Un sector de la doctrina, encabezado por Schünemann, estima que en el caso «Lederspray», o en cualquier otro de estructura análoga en la fabricación y comercialización de productos que luego resultan perjudiciales para los bienes de la salud —o, incluso, de la vida—, no es posible fundamentar una posición de garante de los directivos de las empresas, por lo que éstos sólo pueden responder de una omisión del deber de socorro del § 330 c StGB (= art. 195 CP).

Según esta dirección doctrinal, y en contra de la tesis del BGH, la introducción en el mercado del producto no constituye un hacer precedente en el sentido del criterio de la injerencia (144), ya que en el momento de la acción no era cognoscible que se trataba de una mercancía defectuosa, por lo que le falta el requisito de un comportamiento activo contrario al deber (145). Por otra parte, y frente a los autores

gro, no se le pueda imputar una *infracción* del deber, no obstante debe evitar aquellos peligros cuyo origen y desarrollo puede conocer mejor —por los medios especiales que tiene a su disposición— que el perjudicado. Para el enjuiciamiento jurisdiccional de su deber de garante no debe haber diferencias entre si era ya cognoscible, al tiempo de la acción, el peligro que ha desencadenado, o si sólo fue cognoscible a posteriori: en ambos casos el conocimiento del peligro debe dar origen a la actuación del autor y desencadenar, con ello, el deber de evitación de la lesión amenazante del bien jurídico»; RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 40 c: «Si un empresario entrega, conforme al deber de cuidado, un producto del que sólo a posteriori se pone de manifiesto que es defectuoso, entonces al empresario y a sus empleados encargados de ello les afecta un deber de garante [por injerencia] de combatir, mediante la retirada del producto u otra forma apropiada, los peligros emanantes de su producto»; BACIGALUPO, PG, 1997, p. 407: «riesgo especialmente elevado».

(144) Como ya hemos expuesto *supra* IV B 3, SCHÜNEMANN rechaza, de forma general, la omisión impropia derivada de injerencia, pero la crítica a la sentencia del BGH destaca que, aún admitiendo ese criterio, no se puede hablar de injerencia cuando el comportamiento anterior era conforme a Derecho en el momento de la acción.

(145) Cfr., en este sentido, además de los autores citados *supra* notas 140 y 141, también SAMSON, StV 1991, p. 184: «Pero con ello, el BGH entró en un dilema. De acuerdo con una jurisprudencia que, entretanto, se había convertido en constante, la posición de garante por injerencia presupone un actuar anterior antijurídico. Sin embargo, la antijuridicidad de la entrega del spray no se podía fundamentar, al tiempo determinante, en la falta objetiva de cuidado, porque ésta, en aquel momento y por faltar una previsibilidad dada ex ante, no existía.— A pesar de estas circunstancias, el BGH concluye, con una extraña y en los resultados insostenible construcción, que la entrega fue antijurídica ...— En cambio, si se tienen en cuenta elementos de peligrosidad de la acción, que no eran cognoscibles ex ante a un participante cuidadoso en el tráfico, sino que sólo pueden percibirse más tarde —ex post— por el proceso causal originador de daños, entonces, en realidad, se está renunciando a la antijuridicidad de la acción precedente.— ... [El BGH] ha adoptado una solución que sólo es posible con la

que, reconociendo que, en efecto, falta un hacer precedente al menos imprudente, pero que afirman, no obstante, una posición de garante por injerencia (146), estableciendo ad hoc el *nuevo criterio* de que en la responsabilidad por el producto, por tratarse de un comportamiento de «riesgo incrementado» y porque es el fabricante quien tiene mayores posibilidades –como consecuencia de su posición privilegiada– de evitar el resultado, la responsabilidad por omisión impropia por injerencia puede derivar también de una conducta previa conforme a Derecho, frente a ellos se objeta que entonces –al faltar el requisito de la contrariedad con el deber– el criterio de la injerencia perdería cualquier contorno de concreción y abarcaría, de forma prácticamente ilimitada, a cualquier condición del resultado (147).

renuncia a la antijuridicidad de la acción precedente y, o bien no se ha dado cuenta de ello, o bien ha intentado encubrirlo mediante formulaciones oscuras sobre la contrariedad objetiva con el deber»; HASSEMER, 1996, p. 52: «Existe la tendencia a que la responsabilidad de personas, que dentro del marco de la responsabilidad penal por el producto no desarrollan actividades (a su debido tiempo) para salvar a otras personas de los peligros para la salud derivados de productos defectuosos, se lleve a cabo con la omisión y con el instituto de la injerencia: en casi todos los casos la peligrosidad de los productos se irá estableciendo sólo poco a poco y posteriormente, y las noticias sobre la peligrosidad no siempre serán fiables, o bien se verán neutralizadas por noticias en sentido contrario: en no pocos casos cuando la sospecha de peligrosidad se vaya concretando o, incluso, se haya convertido en certeza, una parte de los productos ya habrá sido distribuida. En estas constelaciones el peligro se trajo al mundo activamente indirectamente en virtud de una acción que difícilmente se puede calificar de contraria al deber: en aquel momento nadie contaba con un peligro, ni nadie tenía por qué contar con él».

(146) Indicaciones *supra* notas 142 y 143.

(147) Cfr., por ejemplo, HILGENDORF, 1993, p. 139: «Si basta únicamente la creación de peligro [por una acción previa conforme a Derecho], entonces la posición de garante por injerencia sufre una fuerte ampliación»; BRAMMSEN, GA 1993, pp. 102, 109; HASSEMER, 1996, pp. 54/55: («En esta sentencia [del «Lederspray»] el BGH se aparta, materialmente, del requisito de una *infracción* del deber –digna de tal nombre y aprehensible– del hacer precedente como presupuesto de la punibilidad por omisión. Esta argumentación [del BGH] se basta para la punibilidad con un aumento difuso de los peligros cotidianos. El puro requisito del aumento del riesgo como un presupuesto de la punibilidad –si es que realmente llega a imponerse– traerá consigo no sólo inseguridad para los implicados, sino también una importante ampliación de la punibilidad ...– Los contornos de la responsabilidad por omisión se difuminan y se convierten en imprevisibles»), 57.

Incluso los autores que defienden en el caso «Lederspray» una responsabilidad en omisión por omisión por injerencia, a pesar de reconocer que la fabricación y comercialización del producto se realizaron durante muchos años sin infringir norma de cuidado alguna, son conscientes de los peligros que encierra su tesis: cfr., por ejemplo, KUHLEN, NStZ 1990, p. 569, quien admite que su solución precisa de «ulteriores concreciones»; JAKOBS, AT, 1991, 29/n. 93 a: «que un comportamiento previo conforme a Derecho pueda desencadenar una omisión impropia por injerencia supone

Rechazada, con ello, la posibilidad de fundamentar en el caso «Lederspray» una omisión impropia por injerencia, la única forma de mantener una comisión por omisión sería la de construirla –tal como hizo la Audiencia de Mainz y tal como hace un sector de la doctrina (148)– sobre una posición de garante derivada de los deberes de aseguramiento del tráfico. Pero esta posibilidad es igualmente rechazada, ya que, así se argumenta, dichos deberes sólo entran en juego mientras el omitente tiene el dominio de la cosa («Sachherrschaft») (149), es decir, mientras, por ejemplo, en el caso del producto –spray, medicamento, conserva alimenticia, etc.–, éstos están siendo elaborados y puestos a punto para ser introducidos en el comercio: si durante ese tiempo de dominio, y a consecuencia de una omisión contraria al deber, porque, por ejemplo, la mercancía *no* es sometida a un control preceptivo, aquélla sale al mercado defectuosamente, produciendo la lesión de bienes jurídicos, entonces dicha lesión le será imputada al responsable como omisión impropia por *infracción* de los deberes del tráfico; pero si, durante el tiempo de dominio al que nos acabamos de referir, la persona o personas competentes se comportan conforme a Derecho y no realizan ninguna acción ni omisión que no sean las correctas –contempladas *ex ante*–, y posteriormente, y no obstante la observancia previa del cuidado debido, se pone de manifiesto algún defecto del producto, entonces –como el producto ya ha salido de la esfera de dominio del fabricante–, éste se encuentra frente a los daños que eventualmente pueda causar la mercancía en la misma situación que *cualquier otro tercero*, y sólo se le podrá hacer responsable, en consecuencia, de una omisión del deber de socorro, pero no de una impropia: de acuerdo con esta tesis, por consiguiente, los deberes de aseguramiento del tráfico sólo generarían –desde el punto de vista de la comisión por omisión– deberes de aseguramiento, como tales, pero no deberes de salvamento.

En este sentido, y argumentando su rechazo a admitir, sobre la base de los deberes del tráfico, una responsabilidad por omisión impropia por la no retirada de un producto que fue introducido en el mercado mediante una acción previa conforme al deber, escribe Schü-

una solución ilimitadamente amplia»; BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, p. 740: «Ciertamente que la renuncia total a la contrariedad al deber del comportamiento previo llevaría a una responsabilidad sin límite»; MEIER, NJW 1992, p. 3196: «Es indiscutible que esta nueva teoría no posibilita una delimitación tan clara de la posición de garante como aquellas otras que hacen decidir la contrariedad con el deber del comportamiento previo».

(148) Cfr. *supra* a.

(149) Sobre este criterio, en general, v. *supra* VII D.

nemann (150): «Lo que en definitiva hace el BGH [en la sentencia del “Lederspray”] es transponer íntegramente al Derecho penal el deber de retirada del producto desarrollado en la responsabilidad extracontractual del Derecho civil, lo que no puede convencer. La obligación juridicoprivada de retirada del producto es un derivado de la pretensión quasinegatoria y, por ello, en Derecho civil puede deducirse convincentemente, siendo el deber de observación del producto –desarrollado igualmente en Derecho civil– precisamente el que crea los presupuestos del deber de retirada del producto. Pero para la imputación penal el papel decisivo lo desempeña, no la pretensión negatoria del Derecho privado, sino el principio del dominio, y, de acuerdo con éste, no es posible poner en cuestión que el fabricante ha perdido cualquier dominio de la cosa sobre un producto que se encuentra ya en el comercio. Su conocimiento –adquirido tal vez con posteriori-

(150) 1995, pp. 67/68. SCHÜNEMANN mantiene la misma posición, consecuentemente, desde su tesis doctoral publicada en 1971, y antes de que el problema adquiriera la actualidad con la que se discute en los años 90, con motivo de la sentencia del «Lederspray». Cfr., en este sentido, SCHÜNEMANN, 1971, pp. 83 ss., 290 («Por consiguiente, el dominio sobre un ámbito de peligro sólo genera *deberes de aseguramiento* y no *deberes de salvamento*. El motivo material de esta diferenciación reside en el requisito de la equivalencia con la acción: el no cumplimiento de un deber de salvamento puede ser, moralmente, todo lo censurable que se quiera e incluso merecedor de pena [como omisión del deber de socorro], pero no es equivalente a la acción porque sólo puede establecer una relación potencial del omitente con el resultado», subrayados en el texto original); el mismo, 1979, pp. 99 («Cuando la nocividad de los objetos distribuidos ... sólo es cognoscible a posteriori –es decir, después de que se han introducido en el comercio–, entonces el deber existente en Derecho civil de retirada de las cosas ya distribuidas no puede ser equiparado a un deber de garante juridicopenal, porque ya no se corresponde con un dominio continuado de la cosa»), 101 («Además y desde un punto de vista material, existe una diferencia decisiva entre no impedir una causa del resultado que se encuentra dentro del propio ámbito de dominio y el intentar influir, posteriormente, en el destino de los productos empresariales que han entrado ya en el comercio general. Como la empresa no posee ningún poder jurídico para influir en el destino ulterior de las mercancías que se encuentran ya en el comercio, una advertencia emitida posteriormente por aquélla no se diferencia en nada de, por ejemplo, la advertencia de una autoridad estatal o de un experto independiente. En todos estos casos se trata de la simple evitación de accidentes amenazadores y, con ello, de un comportamiento que –independientemente de a quien le sea exigido– se corresponde con el desvalor característico del § 330 c [omisión del deber de socorro]. Lo que podría discutirse sería, como mucho, la creación de un tipo penal especial; pero la retirada omitida del producto no puede ser castigada, en forma alguna, de acuerdo con el tipo comisivo ...–Como resultado de estas consideraciones, se puede retener que la lesión de un eventual deber de retirada del producto no fundamenta una equivalencia comisiva de la omisión y que, por ello, no puede legitimar una punición por un delito de resultado de homicidio, de lesiones, etc.»), 210-213; el mismo, wistra 1982, pp. 44-45.

dad— sobre la peligrosidad del producto no puede, por sí sólo, sustituir al inexistente dominio, pues ese conocimiento lo pueden tener muchos —por ejemplo, una organización de prueba de materiales, la organización de consumidores o la policía—, sin que nadie pueda pensar que a éstos les corresponde una posición de garante. Por consiguiente y en principio, estamos sólo ante un deber de socorro conforme al § 323 c StGB, que afecta por igual a cualquiera que posea la información» (151).

(151) En el mismo sentido que SCHÜNEMANN, negando que en casos como estos se pueda fundamentar una posición de garante con el deber de aseguramiento del tráfico, BRAMMSEN, 1986, p. 275: «Por otra parte, el comportamiento inculpable [en la introducción del producto en el mercado] no permite fundamentar una posición de garante. Falta la posibilidad directa de influencia del titular de la industria cuando la cosa ha abandonado su ámbito de dominio ... No concurre una “obligación de retirada del producto” cuando el productor depende de la colaboración de personas que se encuentran fuera del sector social especial de influencia que se le ha “encomendado”. Si no se quiere afirmar una pura responsabilidad por el resultado, para todo el futuro, por las mercancías que una vez se fabricaron —lo que exigiría, entre otras cosas, un inmenso aparato técnico-administrativo—, entonces habrá que rechazar una responsabilidad de garante cuando la fabricación o la distribución defectuosas han acontecido inculpablemente. La correspondiente expectativa de comportamiento se dirige a la detentación de un ámbito de dominio que debe ser asegurado y que aquí justamente no existe» [bajo el impacto del caso «Lederspray», sin embargo, y como ya hemos visto *supra* nota 137, BRAMMSEN se inclina ahora, abandonando su posición de 1986, por afirmar una omisión impropia fundamentada en los deberes de aseguramiento del tráfico]. Por su parte, SAMSON, StV 1991, p. 184, quien rechaza en el caso «Lederspray» una omisión impropia —ni por deber de aseguramiento del tráfico, ni por injerencia (v. *supra* nota 145)—, acepta implícitamente la tesis de SCHÜNEMANN de que al fabricante sólo se le podría imputar una omisión del deber de socorro, si bien propone, de lege ferenda, una regulación penal especial de la responsabilidad por el producto: «Aquí también lo mejor sería que el legislador pudiera introducir una regulación penal, porque la dogmática jurídicopenal de la Parte General no está en situación de establecer regulaciones exclusivamente para sectores vitales determinados». V., además, BEULKE/BACHMANN, JuS 1992, quienes, adhiriéndose a SCHÜNEMANN (p. 740 n. 39), escriben en la p. 740: «Así, en la literatura jurídicopenal, por lo general, sólo se reconocen como deberes (de aseguramiento) del tráfico fundadores de responsabilidad aquellos vinculados espacialmente o, por lo menos, a instalaciones. Detrás de ello se esconde la idea de que al outsider no le es posible actuar sobre el ámbito espacial del responsable, por lo que tiene que confiar en que éste mantenga la seguridad dentro de su espacio. Pero esta ratio ya no es aplicable —al menos, de manera generalizada— a los deberes de tráfico del productor que aquí estamos discutiendo [caso «Lederspray»], dado que su producto se encuentra ya en manos de los consumidores».

V. también HASSEMER, 1996, p. 57, quien, en referencia a la sustitución que lleva a cabo un sector de la doctrina del comportamiento previo contrario al deber por el de «riesgo incrementado» como requisito de la injerencia (v. *supra* notas 142 y 143), escribe lo siguiente: «Si ya el criterio del comportamiento de riesgo incrementado es objetable en relación con la determinabilidad de las exigencias que hay que hacer a un comportamiento, su combinación con la constatabilidad *ex post* de la peligrosidad

d) *Resumen*

La aparición del caso «Lederspray» pone de manifiesto —escandalosa e impresionantemente— que no existe un aparato dogmático previo, mínimamente seguro, que permita dar una solución inequívoca y unitaria a los supuestos de omisión, en la medida en que éstos, con mayores o menores novedades, se van manifestando en la realidad.

Para empezar, y desde el punto de vista de su calificación jurídica, y a pesar de la enorme diferencia de penas según cuál sea la solución que se adopte, no se sabe muy bien si la no retirada del producto ha de ser calificada de omisión impropia (así, las opiniones recogidas *supra* a y b) o de propia (así, la postura reflejada *supra* c).

Por otra parte, y dentro de quienes proponen que el caso «Lederspray» sea considerado como uno de comisión por omisión, el desconcierto imperante, desde el punto de vista de cómo fundamentar ese resultado, es clamoroso.

Para la Audiencia Provincial de Mainz —y para los autores que la siguen— el deber de retirada del producto sería consecuencia de una posición de garante derivada de los deberes de aseguramiento del tráfico —postura que no es rechazada ni asumida por el BGH—, argumentándose en contra (*supra* c), que el producto, que en su momento se introdujo en el mercado sin infringir la diligencia debida, se encuentra ya fuera del dominio y del alcance del fabricante.

Para el BGH, en cambio, la omisión impropia derivaría de una posición de garante por injerencia, pero como esta exigía hasta ahora —según la doctrina dominante— un hacer precedente contrario al deber, el Tribunal no tiene inconveniente en, para argumentar su fallo, vulnerar un principio elemental del moderno Derecho penal: el de que la calificación de un comportamiento como conforme a Derecho o anti-jurídico *debe realizarse siempre desde una perspectiva ex ante*, y lo considera contrario al deber porque —y a pesar de que sólo— *ex post* se ha manifestado su nocividad para el bien jurídico de la integridad física, lo que —como ha sido denunciado (152)— supone, práctica-

tendrá para los destinatarios un efecto directamente explosivo»; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 45 (subrayados en el texto original): «El deber derivado de esta posición [deberes de aseguramiento del tráfico] sólo se extiende a la supresión de peligros agudos, y no a la evitación de ulteriores daños resultantes de la lesión inmediata. Si, por ejemplo, un peatón resulta lesionado por una teja, sin que al propietario de la casa [de cuyo tejado se ha desprendido aquella] se le pueda imputar una lesión del deber, entonces, y frente al lesionado, no tiene ninguna obligación de socorro que exceda de la obligación general dimanante del § 323 c [omisión del deber de socorro]».

(152) Cfr. la cita de KUHLEN *supra* nota 142.

mente, resucitar la responsabilidad por el resultado. El sector doctrinal que –como el BGH– fundamenta la omisión impropia en la injerencia rechaza, sin excepciones, la tesis jurisprudencial de considerar el comportamiento previo contrario al deber, pero al precio de apartarse del requisito –generalmente reconocido– de que la posición de garante por un hacer precedente exige que éste sea antijurídico, con lo que –como ha sido igualmente destacado y denunciado (153)– la injerencia amenazaría con perder todos sus contornos, aproximándose, peligrosamente, a un *regressus in infinitum*.

Pero las contradicciones e incertidumbres no sólo caracterizan las argumentaciones de quienes defienden que el caso «Lederspray» es uno de comisión por omisión: los partidarios de calificarlo de omisión propia, como Schünemann o Samson, no se opondrían, sin embargo, a una modificación legal –introducida *ad hoc* para la responsabilidad por el producto– que permitiera castigar –sin que se nos explique sobre qué fundamento material– la no retirada del producto como una omisión impropia (154).

Esta última «solución» de, mediante una intervención legislativa, configurar específicamente la responsabilidad por el producto –al margen ya de injerencias o de deberes del tráfico– como una omisión impropia es defendida también, recientemente, por Kühne y por Freund, quienes se muestran partidarios, además, de aprovechar esa eventual reforma legislativa para proponer que en la responsabilidad por el producto –y al contrario de lo que sucede en cualquier otro tipo delictivo– sea suficiente la firme sospecha –y no la seguridad– de que ha sido el producto concreto el que ha *causado* la lesión del bien jurídico. «El productor», escribe Kühne (155), «que fundamenta un riesgo –y esto lo hacen hoy prácticamente todos los productores– mediante la fabricación o la combinación de materiales potencialmente peligrosos debería responder juridicopenalmente, *sin que sea necesaria acreditar la causalidad*, por los daños que surjan dentro de esta conexión. Formulado radicalmente, ello significaría que toda producción tendría lugar, por así decirlo, con una reserva juridicopenal. Con la primera aparición de supuestos de daños surgirían para el responsable, al mismo tiempo, *deberes de acción* que llevarían, en lo fundamental, a poner fin a la comercialización, a la retirada del pro-

(153) Cfr. *supra* nota 147.

(154) Cfr. SCHÜNEMANN, 1979, p. 101: «Lo que podría discutirse sería, como mucho, la creación de un tipo especial»; SAMSON, StV 1991, p. 184: «Aquí también lo mejor sería que el legislador pudiera introducir una regulación penal».

(155) NJW 1997, p. 1954 (subrayados añadidos).

ducto o a indicaciones de advertencia para los consumidores que estuvieran ya en posesión del producto. Una imposición de un deber jurisdicopenal de estas características puede ser considerado, en nuestra sociedad química de riesgos, como plenamente adecuado y positivo. Sin embargo, no es tarea de la jurisprudencia crear un tal Derecho penal de riesgo, *sino que ello le está reservado únicamente al legislador*. Por su parte, el presidente (Freund) de un Grupo de Trabajo de Profesores (alemanes) de Derecho Penal ha propuesto, a título individual (sin que se haya adherido el resto de los miembros del referido Grupo), introducir en el StGB un nuevo § 231 («Peligro para la vida o para la salud como consecuencia de productos»), que en su párrafo primero contiene el siguiente texto: «El responsable de que un objeto se introduzca en el comercio *o permanezca en él*, o lo mantenga preparado para que se introduzca en el tráfico, a pesar de que aquél es apropiado o de que existe la fuerte sospecha de que puede lesionar antijurídicamente la vida o la salud de otros, será castigado con la pena de prisión de hasta cinco años o con multa» (156)

3. EXCURSO. REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL: EL CASO DE LA COLZA

Aunque sólo sea de pasada, y dada la relativa extensión que he dedicado al caso «Lederspray», quiero hacer dos observaciones sobre el de la colza, el más importante de responsabilidad por el producto del que se han ocupado los Tribunales españoles.

a) *El caso de la colza como delito de acción*

A diferencia del caso «Lederspray», donde la acción de introducción del producto en el mercado fue *correcta* y, por ello, el eventual juicio de desvalor jurisdicopenal tenía que girar, necesariamente, en torno a la «omisión de la no retirada del producto», en el de la colza (157) —en el que unos industriales desaprensivos introdujeron en el mercado de comestibles «[aceite] de colza importado no ... destinado a la alimentación humana, sino a otras actividades industriales

(156) V. FREUND, ZStW 109 (1997), p. 479, donde se reproduce ese texto, y a continuación (pp. 479/480) los motivos de la propuesta.

(157) TS 23 de abril de 1992, A. 6783 (mientras no se haga otra referencia distinta, las frases entrecomilladas que figuran a continuación están contenidas en esa sentencia del TS). La sentencia de instancia (núm. 48/1989, de 20 de mayo, de la Sección 2.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) ha sido publicada en el Boletín de Información del CGPJ, 2.ª etapa, año IX, número extraordinario, junio de 1989.

que resultaban ser, casi exclusivamente, las siderúrgicas», aceite desnaturalizado con «anilina», cuyo «carácter venenoso [era] de conocimiento general entre los empresarios y técnicos introducidos en la rama de los aceites»—, estamos ante conductas positivas causantes dolosoeventualmente (158) de —al tiempo de dictarse la sentencia de instancia— «330 muertos y más de 15.000 afectados».

Esta aparentemente indiscutible calificación del caso de la colza como de delito de *acción*: las muertes y las lesiones son consecuencia del *comportamiento activo* de introducir en el mercado aceite envenenado con anilina, ha sido cuestionada en la doctrina por Paredes, quien, en referencia a uno de los acusados (Ramón Ferrero, comerciante que «sabía que compraba, para destinarlo luego al consumo, aceite excluido del mismo, más aún, desnaturalizado para el consumo humano»), traslada el centro de gravedad de un comportamiento activo a otro omisivo —antes de venderlo a los consumidores, Ferrero «envió aceite a refinar a dos factorías»—, especulando a lo largo de decenas de páginas (159) sobre si a dicho acusado se le podía imputar el resultado en *comisión por omisión*, teniendo en cuenta que «el reo había cumplido escrupulosamente con los requisitos administrativos [de refinado] exigidos en materia de comercialización de aceites comestibles» (160), y preguntándose igualmente si, sobre la base del «principio de confianza», el acusado había *omitido* controlar el procedimiento de refinado llevado a cabo por aquellas dos factorías, dado que la aplicación de dicho principio, escribe Paredes (161), «no puede ser excluida por el hecho de que la actividad emprendida por el sujeto en cuestión [Ramón Ferrero] resulte peligrosa (precisamente para las mismas es especialmente importante dicha restricción del “deber de cuidado”), o incluso sea ilícita (puesto que ello constituiría una versión para el caso del principio *versari in re illicita*)». Según Paredes (162), «si se acude a estas reglas generales, se comprobará que también a la posición del director [sc. del acusado-recurrente, Ferrero] de un proyecto (incluso aunque éste sea peligroso, y también si *el mismo es ilícito*) le es aplicable la figura del principio de confianza.

(158) La AN había estimado que los resultados lesivos se habían producido sólo imprudentemente; en cambio, el TS estimó, con razón, que se habían producido con dolo eventual.

(159) Cfr. PAREDES, RFCHS, I (1994), pp. 220-226; el mismo, PJ 33 (1994), pp. 421-438; el mismo, 1995, pp. 133-191.

(160) PAREDES, PJ 33 (1994), p. 427.

(161) PJ 33 (1994), p. 432 (subrayados añadidos).

(162) PJ 33 (1994), pp. 434-435 (subrayados añadidos, puntos suspensivos en el texto original).

Así dicho director *sólo será responsable por delito –aquí imprudente (163)– de resultado* en virtud de esa culpa in vigilando cuando en el seno del correspondiente sector del tráfico jurídico exista una expectativa tal en torno a su actuación de control de las actividades de subordinados, suministradores ..., que conviertan ese *incumplimiento del deber de vigilancia* en una auténtica fuente de riesgo idéntica en cuanto a su potencia y características a la constituida por la realización de una conducta activa de creación de peligro. *Situación ésta que difícilmente es imaginable en el curso de un proceso de producción y comercialización. Pues, efectivamente, en la inmensa mayoría de las ocasiones no es posible decir que el director de la empresa que no cumple con su deber de controlar la calidad del producto ha matado, lesionado ..., igual que aquel que proporcionó o produjo la sustancia lesiva: a lo sumo, se le podrá hacer responsable como autor de un delito de omisión propia, si es que existe, o como partícipe en comisión por omisión (si actúa con dolo). De este modo queda claro que, por lo que se refiere al delito de resultado, también el director del proyecto puede “confiar” en la actuación diligente de los restantes intervinientes [de los que refinaron el aceite]. Aunque, ciertamente, dicha “confianza”, cuando contradiga deberes de vigilancia inherentes al cargo, podrá conllevar algún otro tipo de responsabilidad penal (además de la responsabilidad civil, laboral o administrativa que corresponda)».*

Frente a Paredes hay que decir que plantear el caso de la colza en términos de omisión (164) supone desconocer los elementos esenciales del supuesto de hecho tal como éste tuvo lugar en la realidad. Pues al recurrente, Ferrero, no se le condena por haber *omitido controlar* el proceso de refinado que él mismo había encargado a dos factorías del ramo: al acusado se le condena *por la acción de poner a la venta*

(163) Como la AN, y en contra del acertado criterio del TS, PAREDES estima que el caso de la colza es uno de imprudencia y no de dolo eventual en relación a los resultados típicos causados.

(164) El único acusado al que el TS imputa una comisión por omisión es a Fernando Bengoechea, absuelto por la AN, de quien «no se ha probado una participación activa ... en los envíos de aceite», no obstante lo cual se le condena por una omisión impropia por su «posición de garante ... por su calidad de administrador» de RAPSA, sociedad que envió aceite de colza desnaturalizado para su consumo humano, por lo que está «obligado a hacer lo que sea posible y exigible según las circunstancias para lograr que el producto peligroso, introducido antijurídicamente en el mercado [por otros] sea retirado de la circulación o, en todo caso, para que no sea introducido en él» (los subrayados del texto de la sentencia del TS han sido añadidos). De la calificación de la conducta de Fernando Bengoechea como una omisión impropia imprudente me ocupo *infra* G 3 b.

aceite envenenado (165), sabiendo que lo estaba, siendo a estos efectos jurídicamente irrelevante que adoptase, después de adquirir el producto y antes de comercializarlo, la medida de refinarlo, pues, como con razón señala el TS, tal medida de precaución está prevista jurídicoadministrativamente «para situaciones ordinarias y, por lo tanto, para aceites normales [sc. destinados *ab initio* para la alimentación]», pero no, obviamente, para que un productor pueda liberarse de su responsabilidad cuando su *comportamiento positivo es ab initio ilícito*, ya que lo que *hace* es distribuir entre consumidores de alimentos un aceite destinado a la industria siderúrgica al que se le ha agregado una sustancia venenosa, como lo es la anilina. El comportamiento del acusado fue uno *activo* –sobre el que sobran, por consiguiente, todas esas prolijas consideraciones de Paredes sobre la dogmática de la omisión–, como lo sería también, por ejemplo, por ser igualmente ilícito desde un principio, el de quien vendiera –por mucho que lo hubiera sometido a un proceso de refinado– gas-oil para el consumo alimenticio y como es asimismo un comportamiento *positivo* –pues el resultado se desencadenó también por una *acción* antijurídica desde su origen (166)– el de los responsables del atentado de Hipercor (167), a quienes se les condenó por un asesinato *activo* por colocar en el aparcamiento de un hipermercado un coche-bomba que, al explotar, ocasionó la muerte de 21 personas y heridas graves a otras víctimas, sin que hasta ahora nadie haya tenido la ocurrencia –lo que sería consecuente con las tesis y con los esquemas de Paredes– *de darle la vuelta al supuesto de hecho del caso Hipercor* y empezar a especular sobre si los etarras, *en vez de ser responsables de un delito comisivo, lo serían o no por uno omisivo*, y si podían, en consecuencia, quedar exentos de responsabilidad penal, acogándose al «principio de con-

(165) «En consecuencia», como establece el TS, «las *acciones* de Ferrero han producido muertes y lesiones» (subrayado añadido).

(166) La imputación a un comportamiento positivo ilícito desde un principio de las consecuencias típicas causadas imprudente o dolosoeventualmente, obviamente, y en contra de lo que afirma PAREDES, no tiene nada que ver con el *versari in re illicita*: el *versari in re illicita* se caracteriza, por el contrario, por la imputación a una acción originariamente ilícita de resultados que, *precisamente, no han sido causados ni imprudente ni dolosoeventualmente, sino sólo fortuitamente*: que la venta de aceite envenenado o la colocación de una bomba en el aparcamiento de un hipermercado produzcan muertes y lesiones es cualquier cosa menos un acontecimiento fortuito, y la única duda que puede suscitarse, legítimamente, desde un punto de vista interpretativo, es la de si esos resultados se han producido con imprudencia o con dolo eventual.

(167) Sobre el caso Hipercor, cfr. GIMBERNAT, 1989 [1990], pp. 39-42; el mismo, ADPCP 1990, pp. 424-426.

fianza», ya que, como dos horas antes de que estallara el artefacto avisaron a la policía municipal y a la dirección del establecimiento, según los criterios de Paredes *no tendrían ya la obligación de realizar una supuesta y absurda acción omitida* de comprobar que la policía y los empleados de Hipercor cumplieran con su deber de desalojar efectivamente de clientes los locales del establecimiento.

Por consiguiente y resumiendo: En el caso de la colza se castiga a unos productores por la acción *positiva* de comercializar aceite envenenado causante en numerosas personas de muertes y lesiones a consecuencia del síndrome tóxico, sin que se alcance a comprender cómo —con esos antecedentes— se puede pretender la impunidad de los comerciantes, alegando que no cometen un delito de acción, sino, a lo sumo, uno de comisión por omisión, y que éste no concurriría porque el productor no estaba obligado a controlar los resultados de un refinado previsto juridicoadministrativamente para, por ejemplo, el aceite de oliva, pero no, naturalmente y por ejemplo también, para un condimento hecho a base de cianuro.

b) *La relación de causalidad en el caso de la colza*

Tanto la AN como el TS dan por probada la relación de causalidad entre la ingestión del aceite de colza envenenado y las muertes y las lesiones de los consumidores, a pesar de que no pudo establecerse cuál fue, en concreto, el mecanismo causal de la sustancia desnaturalizada con anilina que produjo el síndrome tóxico.

La AN, en su sentencia de 20 de mayo de 1989, expone lo siguiente: «Se estima probada la relación de causalidad entre la distribución del aceite de colza inicialmente señalado con anilina al 2 por 100 y el síndrome tóxico, de manera que esa distribución se reputa *conditio sine qua non* de la enfermedad ...— Y se entiende porque pericialmente se ha concluido que la relación causal está científicamente demostrada; y porque del resto de las pruebas se desprenden hechos que amén de estar recogidos en las bases de los argumentos científicos, confirman, en una apreciación estrictamente procesal, aquella conexión, y, por el contrario, no se desprenden hechos que la pongan fundadamente en duda». El TS se muestra de acuerdo con la AN, y hace suya, expresamente, la doctrina establecida por el BGH en la sentencia del «Lederspray» en el sentido de que «si se ha comprobado de una manera jurídicamente inobjetable que la composición del contenido de un producto —aunque no sea posible una mayor aclaración— es causante de los daños, no será requisito para la prueba de la causalidad que además se compruebe por qué dicho producto pudo ser causal de los daños, es decir, cuál ha sido según un análisis y los

conocimientos científico-naturales el fundamento último de esa causalidad», rechazando la tesis «según la cual no existe causalidad mientras no se conozca el mecanismo causal».

Frente a la doctrina jurisprudencial establecida por la AN y por el TS, Paredes, siguiendo las tesis establecidas por algunos autores alemanes (168), como Puppe (169) y Hassemer (170), en relación con los casos «Contergan» y «Lederspray», afirma «que sólo sobre la base de leyes fenoménicas causales científicamente válidas puede afirmarse legítimamente como probada la existencia de una relación de causalidad» (171), por lo que la condena por los tribunales españoles de los comerciantes que distribuyeron aceite envenenado entre la población «creó ... un grave vicio de indefensión en la decisión judicial, por la falta de motivación suficiente de la resolución, susceptible de ser atacada en amparo» (172). Con ello, Paredes se opone a «la posición sostenida por cuantos se contentan con una “causalidad general”», ya que de esa manera se «[dan] por probados hechos meramente plausibles» (173)

(168) Referencias bibliográficas en KUHLEN, 1989, pp. 63 ss.

(169) Cfr., por ejemplo, entre los últimos escritos de PUPPE, JZ 1994, pp. 1149/1150: «para la demostración de la causalidad ... es precisa ... una teoría causal que explique esta conexión [entre el comportamiento del autor y el daño] y que pueda ser contrastada sobre su coincidencia con otras teorías que estén aceptadas ya de forma general» (p. 1150); la misma, NK, 1997, antes del § 13 n. m. 86: «En cambio, no puede bastar una prueba indirecta de indicios tal como hace el BGH en el caso Lederspray. Si no es posible ni siquiera designar la sustancia que habría causado los daños, entonces no se está legitimado para suponer que los daños no puedan ser explicados con otras causas naturales que tampoco se pueden designar».

(170) V. 1996, p. 42: «No puedo comprender –y en ello coincido con PUPPE y con SAMSON– cómo se pueden excluir con seguridad factores causales extraños, cuando no se conocen plenamente y con seguridad los factores causales relevantes. La exigencia de las hasta ahora vigentes teorías causales juridicopenales de que el juez debe estar en posesión de las leyes empíricas relevantes, para poder atribuir la causalidad con seguridad, no es un desatinado escrúpulo de perfección, sino una garantía contra equivocaciones».

(171) 1995, p. 70.

(172) 1995, p. 130.

(173) 1995, p. 103 n. 181. En el mismo sentido, PAREDES, RPCHS 1 (1994), p. 219: «de acuerdo con las reglas de formación del pensamiento científico, sólo es posible afirmar la existencia de una “relación de causalidad” entre una acción y un resultado cuando puede afirmarse una conexión –precisamente la conexión causal– entre los mismos en virtud de una ley científicamente comprobada. Por lo tanto, la afirmación de la causalidad exige siempre un previo conocimiento científico sobre ese ámbito de la realidad, y es imposible sin él». Críticamente también contra la afirmación jurisprudencial de la existencia de una relación de causalidad en el caso de la colza, TORÍO, 1997, pp. 376-379.

Esta opinión de Paredes, y de los autores alemanes en los que se apoya, ha de ser rechazada. El tipo objetivo de los delitos de lesión exige únicamente *que* el autor *haya causado* el resultado típico, sin que sea necesario –porque la tipicidad no lo requiere– saber *cómo* lo ha causado (174). En el caso de que se encuentre en el domicilio del acusado de un hurto la cosa sustraída, y que aquél se reconozca como autor del delito, pero, por el motivo que sea, se niegue a esclarecer en el juicio oral si se apropió de lo ajeno en la calle, en un autobús o en medio de la aglomeración de unos grandes almacenes, con ello basta y sobra para que el Tribunal aplique el artículo 234 CP, pues lo único que exige el tipo objetivo de esa disposición es la constatación de que, en efecto, el comportamiento del autor *ha causado* el despojo de la cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño, sin que sea necesario, para que se cumpla ese tipo objetivo, que se tenga que determinar, *además, cómo* se ha causado.

De seguirse la tesis que aquí se combate, hasta el siglo XVII no se habría podido condenar por asesinato a quien arrojaba desde una ventana una piedra de doce kilos para matar a su enemigo, consiguiendo su propósito al destrozarle el cráneo, ni tampoco por lesiones al autor despedido que desfiguraba el rostro de su antigua amante vertiendo desde el balcón el agua hirviendo contenida en una olla, pues con anterioridad a aquel momento histórico lo único que se conocía era la «ley general de la causalidad» (175) de que si alguien soltaba un objeto éste se caía, pero *por qué* se caía, esto es: *cuál era el mecanismo cau-*

(174) Así, con razón, KUHLEN, 1989, pp. 57 («... el delito puro de lesión de un resultado ... no exige tampoco, desde un punto de vista juridicomaterial, una relación de causalidad de una determinada índole. Si consta *de manera general* que concurre la causalidad, basta, por consiguiente y desde un punto de vista procesal, el convencimiento del juez de que un comportamiento determinado ha producido “de alguna manera” –pero también: en todo caso– un resultado de lesión», subrayados en el texto original), 61, 69/70 («Cuando el “mecanismo causal” de una sustancia peligrosa “no sea conocido en concreto”, ello puede ser motivo suficiente para que un bioquímico niegue la pregunta de si los efectos producidos pueden explicarse satisfactoriamente de acuerdo con el estado de la ciencia del momento. Sin que haya que entrar en conflicto con esa concepción, no obstante el juez puede alcanzar –de manera jurídicamente irreprochable– el convencimiento de la causalidad de la sustancia para los efectos producidos, ya que lo único que le interesa es la prueba de una relación causal existente en general y no de una de índole completamente determinada»); el mismo, NStZ 1990, p. 567: «En el delito simple de resultado ... basta con que el resultado presupuesto típicamente se haya causado *de alguna manera* por el comportamiento», subrayados en el texto original); HIRTE, JZ 1992, p. 257.

(175) Sobre el «problema de la causalidad general», cfr. Armin KAUFMANN, (1971), 1982, pp. 182 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, 1988, pp. 28 ss.; KUHLEN, 1989, pp. 63 ss.; PUPPE, NK, 1997, antes del § 13 n. m. 86; ROXIN, AT, 1997, § 11 n. m. 15-17.

sal que hacía que ni la piedra ni el agua hirviendo se mantuvieran en el aire, en suspensión, ello es algo que, *como ley científiconatural concreta*, no se establece hasta que, en 1687, Newton descubre la ley de la gravitación: una buena noticia para la física, pero indiferente para el Derecho penal, donde nunca se ha dudado –aunque no se supiera la razón de ello– que el causante de que a alguien le mataran, hundiéndole la cabeza, era justamente quien le había tirado la losa de doce kilos encima (176).

El síndrome tóxico, según se declara en los hechos probados de la sentencia, es «una *enfermedad nueva*, por cuanto combinaba síntomas, signos y hallazgos patológicos *de manera extremadamente original ... y ... no se parece a las descritas científicamente con anterioridad*». Pues bien: en el tiempo, esa insólita enfermedad no se presenta ni en el siglo XVI, ni en el XIX, ni tampoco en 1930; y en el espacio, no afecta a los ciudadanos de Ohio, ni de Sydney ni de Roma: el síndrome tóxico aparece por primera vez en la historia de la medicina en un momento concreto: a principios de los años 80 del presente siglo, y en un lugar concreto: no en España de forma generalizada, sino sólo en aquellos lugares de nuestro país –Torrejón de Ardoz, Orense, etc.– donde precisamente se ha distribuido el producto, afectando únicamente a personas que lo han ingerido (177); y además y finalmente: esa enfermedad sin antecedentes clínicos vuelve a desaparecer de la faz de la tierra en el momento en que el aceite de colza se retira del mercado (178). A la vista de este cúmulo de evidencias –una enfermedad hasta entonces desconocida, que aparece fugazmente en la historia de la humanidad, afectando únicamente a las per-

(176) Cfr. también GÓMEZ BENÍTEZ, 1988, p. 30: «La aplicación de una ley causal general no implica, pues, un pleno conocimiento y explicación científico natural, lo que equivale a decir que la afirmación de que existe una relación de causalidad general no exige el pleno conocimiento y explicación científicos de la ley causal general de la que es manifestación externa».

(177) PAREDES no respeta los hechos probados de la sentencia del TS (donde se dice: «Esta comprobación, por otra parte, ha sido obtenida mediante prueba pericial, que, en lo referente a la correlación existente entre el *antecedente de la ingestión* y las consecuencias de la muerte o las lesiones, no ha sido puesta en duda», subrayados añadidos), y, sin ulteriores explicaciones, afirma, gratuitamente [RFCHS, I (1994), p. 220], que «había un porcentaje relativamente elevado de casos en los que la aparición del “síndrome tóxico” había ido precedida de la ingestión de aceite adulterado ... pero también otros numerosos casos en los que no se comprobó que fuese así» (puntos suspensivos en el texto original).

(178) El TS expone que «se ha podido comprobar, además, que la interrupción del envío de aceite al mercado ha coincidido con la desaparición de casos de síndrome tóxico».

sonas que en un momento (principios de 1980) y en unos lugares (algunos puntos de España) han ingerido un aceite de colza que, adulterado con el veneno de la anilina, se estaba distribuyendo por primera vez justamente en esos tiempos y en esos sitios, y que vuelve a desaparecer en el preciso instante en que el producto se retira del mercado—, la pregunta de si es aquel aceite el que *ha causado* el síndrome tóxico sólo puede tener una respuesta: verde y con asas.

Los problemas de causalidad que plantea la responsabilidad por el producto en, por ejemplo, los casos de la colza y «Lederspray» están poniendo en peligro la claridad conceptual alcanzada después de un esfuerzo dogmático de muchos años: se habían abandonado definitivamente las teorías jurídicas de la causalidad (adecuación, interrupción del nexo causal, etc.), y se había concluido que el tipo objetivo consistía, en primer lugar y por una parte, en la *causación científico-natural del resultado* que debía ser decidida exclusivamente con *criterios ontológicos*, y que si a esta primera pregunta se le respondía de manera afirmativa, entonces había que determinar, en segundo lugar y para completar ese tipo objetivo, pero ahora ya desde *puntos de vista estrictamente normativos*, si al causante material del daño típico éste le era también *imputable objetivamente* (179).

Pero últimamente se vuelven a oír voces que conciben la causalidad como un concepto normativo (jurídico) (180), o, incluso, como uno que sólo se puede establecer con criterios de probabilidad (181).

(179) De todas estas cuestiones me he ocupado ampliamente en mi libro «Delitos cualificados por el resultado y causalidad», 1966, y en mis artículos recogidos en Estudios, 1990, pp. 92-96 (1985) y pp. 209-217 (1987), así como en el publicado en ADPCP 1994, pp. 5-60 (v., especialmente, pp. 7-10 y 25-37).

(180) Cfr., por ejemplo, KUHLEN, NSZ 1990, p. 567: «... la diferencia entre la respuesta jurídica afirmativa de la causalidad y la respuesta científiconatural indecisa o negativa puede venir determinada, en ciertas circunstancias, porque esa respuesta no está fundamentada empírica, sino *normativamente*» (subrayado añadido); el mismo, JZ 1994, p. 1145, haciendo expresamente suya la doctrina del TS español en el caso de la colza que se reproduce a continuación; TS 23 de abril de 1992, A. 6783: «De todo lo anterior es posible deducir que en el marco de las ciencias naturales la cuestión de cuáles son los mínimos requeridos para que una sucesión temporal y reiterada de hechos similares pueda ser considerada como una ley causal natural, es una *cuestión normativa* sobre la que no existe unanimidad ...— Si se admite que los tipos penales de los delitos de resultado constituyen una especie de “ley en blanco” que se debe completar con la opinión de los especialistas de un determinado ámbito científico, será preciso admitir también que al menos respecto de la *cuestión normativa* implícita en la ley natural de causalidad no es posible excluir la tarea interpretativa de los tribunales como una auténtica cuestión de Derecho, dado que este *aspecto normativo* admite muy diversas determinaciones en las ciencias naturales» (subrayados añadidos).

(181) Así PUPPE: cfr. sólo, de esta autora, NK, 1997, antes del § 13 n. m. 135: «de modo que no queda más remedio que fundamentar la imputación del resultado

Frente a este concepto normativo –funesto en la historia de la dogmática juridicopenal– o probabilístico de la causalidad, hay que seguir manteniendo que la relación causal entre un comportamiento y un resultado consiste en un enlace fisiconatural –independientemente de que se conozca o no su concreto mecanismo de actuación– entre un antecedente y un consiguiente y que –por dar ejemplo de objetos materiales de tres delitos– a la víctima decapitada, a la persona carnalmente accedida y al documento con una firma falsificada, no le corta la cabeza, ni le penetra vaginalmente ni le altera la rúbrica una norma o una probabilidad, sino algo tan concreto y material como, respectivamente, un hacha, un pene y una pluma estilográfica que se desliza sobre el papel.

G) La responsabilidad en comisión por omisión por resultados típicos originados por delitos cometidos por terceras personas o por accidentes

Una ulterior posibilidad de responder de un resultado típico en comisión por omisión derivaría de la inactividad de quien no interviene para impedir un delito de un tercero a quien el omitente, por su posición familiar, funcional o empresarial, estaría obligado a vigilar (182). Si se acepta esta posición de garante, entonces la responsabilidad del omitente va vinculada al *delito autónomo cometido por una tercera persona*, con lo que, a su vez, se abre el nuevo problema de si esa inactividad de quien, por ejemplo, no evita el homicidio cometido por un tercero a quien supuestamente debería controlar, genera para el vigilante la imputación de una *autoría* de homicidio en comisión por omisión (porque no evita el resultado típico muerte) o más bien la de una *participación* (a título de coautor ejecutivo, de cooperador necesario o de cómplice) en el homicidio ajeno (183).

sobre explicaciones probabilísticas, con otras palabras: sobre incrementos de riesgo».

(182) De la eventual posibilidad de *responder por delitos ajenos* sobre la base de una relación puramente *material* (dominio de la cosa) nos hemos ocupado ya *supra* A.

(183) En el presente apartado G nos vamos a ocupar *únicamente* de exponer las distintas opiniones sobre si el omitente responde del resultado causado delictivamente por otro o de si, por el contrario y a lo sumo, su comportamiento sólo sería subsumible en la *omisión propia* tipificada en el artículo 450 CP (para el supuesto de que el hecho punible no evitado pertenezca a los enumerados en dicho precepto). Prescindimos en cambio, por las razones expuestas *supra* I *in fine*, de abordar el problema de si en el caso de que a una persona como omitente (impropio) se le haga responder de un delito *doloso* ajeno, esa responsabilidad sería a título de autoría o de participación.

[*Ocasionalmente*, también nos vamos a ocupar, en lo que sigue, de la posible responsabilidad en comisión por omisión por la no evitación de lesiones de bienes jurídicos que no tienen su origen en una conducta humana constitutiva de delito –por ejemplo, de la inactividad de bomberos ante un incendio del que han sido avisados, y que produce daños en las cosas o, incluso, la muerte o la lesión de alguna persona–].

1. DENTRO DEL ÁMBITO FAMILIAR

La tesis de que el cónyuge que, pudiendo hacerlo, no impide los delitos cometidos por el otro cónyuge responde de aquéllos en comisión por omisión, encuentra su origen probablemente en un equívoco: una cosa es que, en virtud de ley, el matrimonio genere obligaciones *recíprocas* de ayuda y socorro para preservar los bienes jurídicos *propios* (vida, libertad, patrimonio) de los respectivos cónyuges, y otra cosa –que no figura en ley extrapenal alguna– es que al marido, por ejemplo, le corresponda el deber de evitar que su mujer lesione los bienes jurídicos de *terceras personas*.

Frente a una posición todavía no definitivamente abandonada del BGH alemán (184), según la cual «de la comunidad de vida matrimonial se sigue el deber de cada cónyuge de apartar al otro de la comisión de acciones punibles», equivaliendo «la *infracción* [de ese deber] a la colaboración activa, al menos cuando la acción tiene lugar en el domicilio conyugal» (185), la doctrina ha reaccionado unánimemente, rechazando ese principio y argumentando que todo ello conduciría a una (medieval) «corresponsabilidad por delitos cometidos dentro de la estirpe» («Sippenhaftung») (186): «Así [de acuerdo con la jurisprudencia]

(184) Indicaciones jurisprudenciales en SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 128, y SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 53.

(185) BGH NJW 1953, p. 591.

(186) Así H. MAYER, 1954, p. 275; el mismo, Studienbuch, AT, 1967, p. 79. También advierten del peligro de un reconocimiento de la «Sippenhaftung»: GEILEN, FamRZ 1961, p. 148; FREUND, 1992, p. 289, n. 9; BAUMANN/MITSCH, AT, 1995, § 15 n. m. 55; WESSELS, AT, 1996, n. m. 724; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 53.

Cfr. también GRÜNWARD, ZStW 70 (1958), p. 427, n. 32; BÖHM, JuS 1961, p. 181: «Ciertamente que la pareja matrimonial está obligada entre sí a prestarse ayuda, pero no se hace cargo frente a la comunidad de impedir los hechos punibles del cónyuge»; RUDOLPHI, 1966, p. 95; el mismo, NStZ 1991, p. 364; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 20 y 52; GALLAS, Beiträge, 1968 [1960], p. 187, n. 66: «La comunidad de vida matrimonial no fundamenta responsabilidad jurídicopenal alguna por los hechos punibles cometidos por el otro cónyuge contra terceros»; WELZEL, Strafrecht, 1969, p. 214;

dencia alemana] un cónyuge estaría obligado a impedir los hechos punibles del otro. Esta valoración se tomó en una época en la que el comportamiento de los cónyuges se entendía, como forma ideal, como conformación de un mundo común, y el matrimonio se entendía, en consecuencia y por así decirlo, como una “empresa” común que abarcaba toda la vida de ambos cónyuges; con la transformación de esa concepción del matrimonio esa jurisprudencia ha quedado superada» (187)

En cambio, y dentro de la relación paterno-filial, la doctrina dominante estima que mientras el hijo no alcance la mayoría de edad los padres responden en comisión por omisión por los delitos que aquél realiza, tesis que ha sido también la adoptada por el TS en una famosa sentencia de 30 de enero de 1945 (A. 109), donde se condena a un padre por un delito de robo en comisión por omisión, aplicándole el artículo 14 CP 73 (188), ya que «el concierto de un tercero con la niña

MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, pp. 196, 201; SCHÜNEMANN, 1971, p. 332; el mismo, ZStW 96 (1984), p. 307; HERZBERG, 1972, p. 321: «... de la comunidad de vida matrimonial no nace deber alguno de evitar los hechos punibles del cónyuge»; SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/43; el mismo, Studienbuch, 1982, pp. 389/390; GÖHLER, Dreher-Festschrift, 1977, p. 620; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1983, p. 541; SCHULTZ, 1984, p. 155; LANDSCHEIDT, 1985, p. 31; BRAMMSEN, 1986, pp. 153 y 163; RANFT, JZ 1987, p. 911; SAGENSTEDT, 1989, pp. 533/534 n. 85; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 128; JAKOBS, AT 1991, 29/37 y 63; JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 43: «De la comunidad de vida matrimonial no resultan deberes de evitación alguno en relación a hechos punibles ... El deber de la comunidad de vida matrimonial (§ 1353 BGB) al que apela para ello la jurisprudencia [alemana] sólo abarca la protección y la ayuda a favor del otro cónyuge, pero no la salvaguardia contra éste de bienes jurídicos ajenos»; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 628; SEEBODE, Spindel-Festschrift, 1992, p. 340; ROMEO, L H del Rosal, 1993, pp. 930/931; el mismo, 1994, p. 39; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 56 y 57; KÖHLER, AT, 1997, p. 217; BACIGALUPO, PG, 1997, p. 406.

V. también Fundamentación del § 12 AE, AT, 1966, p. 47: «El deber de la comunidad matrimonial de vida (§ 1353 BGB) no puede llevar a castigar por complicidad a un cónyuge cuando no se opone al falso testimonio de su cónyuge; pues, y en contra del resultado al que llega la jurisprudencia, mediante el matrimonio no se convierte en garante de la indemnidad de la Administración estatal de Justicia, ni mucho menos en cuidador de su cónyuge».

(187) JAKOBS, AT, 1991, 29/37.

(188) Si bien sin acabar de decidir cuál de los tres números del artículo 14 CP 73 considera aplicable, aunque parece inclinarse por una inducción en comisión por omisión: «... aplicado el artículo 14 [en comisión por omisión] correctamente ... es indiferente», se expone en la referida sentencia de 1945, «a los fines represivos que la categoría de autor se señale, como hace la sentencia recurrida, con relación al número tercero del artículo 14, o que la omisión eficaz en que incurrió el reo se entienda comprendida en el número primero del mismo artículo, por referirla a la participación directa en la ejecución del hecho, mediante su no impedimento y su indudable fomento en el ámbito de la menor, o, en último término, por atribuirla a inducción directa, no

de catorce años, hija del recurrente, a presencia del mismo y con su conocimiento para ir a robar, lo que seguidamente efectúan el tercero y la menor, con el tácito consentimiento del padre de ésta, unido en el ánimo de lucro con el otro procesado, y la distribución la misma noche entre éste y aquél de los efectos sustraídos, denotan una conducta voluntaria, consistente en las omisiones del deber de educar a su hija y al uso de la facultad de corregirla, que establece el artículo 155 del Código Civil, conducta antijurídica que alcanza categoría punible, cuando se produce el robo concertado a su presencia, que, por su silencio, interpreta su hija como aquiescente y reforzadora de la débil, vacilante o inexperta voluntad de ésta, robo que constituye el resultado penado por la Ley, y que dada la sucesión de los hechos en la forma expuesta, se ha de entender producido por la omisión voluntaria y punible del reo, como causa eficaz y próxima del delito». Esta sentencia del TS ha encontrado una favorable acogida en la doctrina española (189).

La responsabilidad de los padres inactivos (y de los tutores y de los padrastros) por los delitos cometidos por los hijos o pupilos menores de edad se fundamenta en «su posición jurídica dominante frente al niño que, en principio, excluye la intervención de otros, y, sobre todo, del Estado», por lo que «los padres deben impedir también, en lo posible, los hechos punibles de sus hijos, ya que son garantes frente a la comunidad de la educación fiel al Derecho de sus hijos», si bien «esa obligación existe sólo hasta la mayoría de edad de los hijos, pues en ese momento cesan los derechos de educación de los padres frente a los hijos» (190). Para *Bockelmann/Volk*, sin embargo, el criterio de

obstante la actitud silenciosa del padre respecto a la hija para que ésta aceptase la proposición criminal y realizara el robo, hipótesis esta más conforme con la exposición del hecho probado y con el principio espiritualista que inspira nuestro Código Penal».

(189) Cfr., por ejemplo, ANTÓN, PG, 1949, p. 174 n. 2; R. MOURULLO, PG, 1977, p. 379; QUINTANO, NEncJ Seix, tomo IV, 1975, p. 475; DEL ROSAL, I, 1976, pp. 674/675. En contra, TORIO, ADPCP 1984, p. 704 n. 15.

(190) BÖHM, JuS 1961, p. 181. En el mismo sentido, NIETHAMMER, ZStW 57 (1937), 443: «Si el padre sabe que el hijo está a punto de dejar la casa para cometer un robo, y no le retiene a pesar de que podría retenerle, porque aprueba el propósito del hijo y le quiere apoyar, entonces se le hace justicia al padre si se le declara culpable de complicidad en el robo cometido por el hijo»; GALLAS, Beiträge 1968 [1960], p. 187 n. 66; MAURACH/GÖSSEL, II, 1989, p. 201; SCHÜNEMANN, 1971, pp. 324/325, 333; el mismo, ZStW 96 (1984), p. 310; RUDOLPHI, Dünnebieber-Festschrift, 1982, p. 575; el mismo, SK, 1997, § 13 n. m. 33 y 34; LANDSCHEIDT, 1985, p. 102; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, pp. 541/542: «Sobre la base de la ausencia de propia responsabilidad de los hijos menores postulada por nuestro ordenamiento jurídico, la sociedad espera de los padres la evitación del comportamiento delictivo»; SCHULTZ, 1984, pp. 155/156; BRAMMSEN, 1986, pp. 153 ss.; SAGENSTEDT, 1989, pp. 402 ss.; SEELMANN, AK, 1990 y

la mayoría de edad penal no siempre opera como límite rígido de la posición de garante, ya que «los jóvenes en el umbral de la mayoría de edad difícilmente pueden ser gobernados» (191).

La responsabilidad por delitos de menores se extiende también a los educadores (por ejemplo, maestros) que no impiden delitos de sus educandos menores de edad, si bien sólo dentro del marco de la actividad escolar (192).

2. DENTRO DEL ÁMBITO FUNCIONARIAL

a) *La tipificación legal expresa como omisión impropia de la no evitación de delitos por parte de funcionarios*

Algunos preceptos del CP hacen responder *expresamente*, en comisión por omisión –y, en consecuencia, *igual y con igual pena*, que si hubieran realizado los hechos punibles mediante una acción– a determinados funcionarios que no evitan el hecho punible de un tercero. Ello es lo que sucede, por ejemplo, en los artículos 176 («*Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes [que tipifican torturas cometidas activamente*

NK, 1997, § 13 n. m. 128; JAKOBS, AT, 1991, 29/35; FREUND, 1992, pp. 247 ss.: «Por la ausencia de responsabilidad de estas personas [de los menores] existe una necesidad vital de colocar a su lado a una persona responsable que garantice en cierta medida la desactivación de la peligrosidad resultante de la falta de responsabilidad de una persona que en una determinada medida compense el déficit de responsabilidad» (p. 248); VOGEL, 1993, p. 102; JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 628; BACIGALUPO, PG, 1997, p. 406; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 52

La jurisprudencia alemana (indicaciones en JAKOBS, AT, 1991, 29/35, n. 75) considera también a los educadores garantes de la no comisión de delitos por parte de los educandos.

(191) AT, 1987, p. 140. V. también SAGENSTEDT, 1989, p. 408, quien se refiere a «una “imagen rectora” legal, de acuerdo con la cual la intensidad del cuidado de los padres se delimita continuamente desde el nacimiento del menor hasta la entrada en su mayoría de edad, lo que concede al menor en una medida correspondiente y creciente márgenes de maniobra para un autodesarrollo no reglamentado».

(192) Cfr., por ejemplo, SCHÜNEMANN, 1971, p. 325: «Dominio y deber de vigilancia del profesor ... se encuentran limitados al sector escolar»; SCHULTZ, 1984, p. 156; LANDSCHEIDT, 1985, pp. 102, 105; BOCKELMANN/VOLK, AT, 1987, p. 140; SAGENSTEDT, 1989, pp. 560 ss. (v. también p. 561 n. 158); SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 128; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 52: «Un maestro responde penalmente si no impide los hechos antijurídicos de sus alumnos ... El deber del profesor está limitado; sólo tiene que evitar aquellos delitos que el alumno amenaza con cometer durante la actividad escolar (también durante una excursión)»; KÖHLER, AT, 1997, pp. 227, 228.

por funcionarios] a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, *permittere* que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos») y 432 («La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o *consintiere que un tercero*, con igual ánimo sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años»).

También la ley penal alemana tipifica en ocasiones explícitamente comisiones por omisión de funcionarios; así en el § 357 StGB («1. La autoridad que induzca a sus subordinados a cometer un hecho delictivo durante el ejercicio de sus funciones o que lo provoque o que *permita que suceda* el hecho antijurídico de sus subordinados, será castigada con la pena amenazada para ese hecho antijurídico. 2. La misma disposición se aplicará al servidor público al que se le ha transferido la vigilancia o el control sobre los asuntos de servicio de otro servidor público en la medida en que el hecho antijurídico cometido por este último servidor pertenezca a los asuntos sometidos a la vigilancia o al control»); §§ 30.1 y 2. («Quien maltrate físicamente a un subordinado o le cause daños en su salud será castigado con la pena de tres meses hasta cinco años de privación de libertad. La misma pena se impondrá el que promueva o *consienta*, con *infracción* de sus deberes, que un subordinado cometa el hecho contra otro soldado»), 31.2 («La misma pena se impondrá al que promueva o *consienta*, con *infracción* de sus deberes, que un subordinado cometa el hecho [tratar indignamente a un subordinado] contra otro soldado») WStG (193).

b) *¿Comisión por omisión de funcionarios cuando falta una tipificación expresa?*

Al margen ya de tipificaciones expresas de omisiones impropias de los funcionarios en el StGB, las principales dudas de si puede imputárseles o no el resultado causado por actividades delictivas de

(193) Sobre estos preceptos, detalladamente, SAGENSTEDT, 1989, pp. 474 ss., con ulteriores referencias; v. también SCHÜNEMANN, 1979, pp. 63/64. Aunque en Derecho español no existe un precepto expreso como el del § 357 StGB o el de la WStG alemanas, BACIGALUPO, PG, 1990, p. 254, entiende, no obstante, que «el funcionario de policía o el militar que no intenta seriamente impedir el exceso de sus subordinados respecto de los bienes o intereses de los particulares responde indudablemente como si hubiere causado él mismo esos resultados» (subrayados añadidos) (en PG, 1997, p. 410, BACIGALUPO, aunque ha suprimido esa frase, parece seguir defendiendo la misma posición).

otro se han planteado en relación a omisiones de policías, de funcionarios de prisiones y de bomberos, y, especialmente, de autoridades medioambientales; de las de éstas últimas, por la importante discusión a la que está sometida en la actualidad [se ha convertido en un «tema de moda» (194)], vamos a ocuparnos en un apartado independiente (*infra c*).

A favor de que la no intervención de los funcionarios del orden público para evitar delitos atraiga para aquéllos una responsabilidad en comisión por omisión por el hecho punible cometido por el delincuente y no evitado, se han manifestado, entre otros: Böhm («el funcionario de policía de servicio, por ejemplo, tiene el deber jurídico de proteger todos los bienes jurídicos. Por ello, el ordenamiento jurídico otorga a la policía determinados derechos especiales y limita, mediante disposiciones sobre la tenencia de armas, etcétera, la autoayuda de los ciudadanos contra delitos, ya que cuenta con que cada funcionario de policía, dentro de su sector de servicio, impida en lo posible cualquier delito ... Si infringiendo su deber no impide un robo con violencia o intimidación o con fuerza en las cosas se le castigará por complicidad en esos delitos») (195); Jescheck («... un funcionario de policía que no interviene contra un delito que se está cometiendo es... [responsable] de complicidad») (196); y Otto («En la situación de peligro concreto para la integridad física, la vida o la libertad del individuo, el deber funcional del policía de defensa de peligros concretos para la seguridad y el orden fundamenta, al mismo tiempo, un derecho subjetivo de la persona en peligro a que se la defienda y, con ello, una posición de garante frente a aquélla») (197).

En contra se argumenta «... que aquí va demasiado lejos la admisión de un deber de garante [por parte del funcionario de policía] para

(194) SAGENSTEDT, 1989, p. 27. V. también el mismo, *op. cit.*, p. 632: «Se puede decir sin exageración alguna que la materia aludida [responsabilidad de los funcionarios medioambientales en comisión por omisión] se ha elevado de forma absoluta a constituir la problemática más discutida de la responsabilidad penal por omisión»; DE VICENTE, 1993, p. 101: «El problema ... de la responsabilidad penal de los funcionarios es uno de los puntos más tratados por los autores tras la entrada en vigor de los nuevos parágrafos 324 y ss. del Código Penal alemán [delitos contra el medio ambiente]».

(195) JuS 1961, p. 181.

(196) LK, 1993 ss., § 13 n. m. 29.

(197) AT, 1996, § 9 n. m. 68. Cfr. también, en el mismo sentido, SCHULTZ, 1984, p. 164; OTTO/BRAMMSEN, Jura 1985, pp. 596/597; BRAMMSEN, 1986, pp. 193/194; GALLAS, 1989, p. 84; SAGENSTEDT, 1989, pp. 610 ss., 615/616; JAKOBS, 1991, 29/77 d; FREUND, 1992, pp. 293, 295.

vigilar a delincuentes potenciales ... A causa del anonimato del círculo de personas que entra en consideración carece [el funcionario de policía] de cualquier posibilidad de llevar a cabo mediante medidas preventivas (en el sentido más real de la palabra, medidas de *vigilancia*), es decir, le falta cualquier posibilidad de maniobra» (198); y que «entre el ciudadano individual y el funcionario concreto falta la necesaria y específica relación de dependencia para afirmar una posición de garante» (199).

Según la doctrina dominante en Alemania (200) los bomberos tienen un deber de garante en relación a los bienes jurídicos amenazados por los incendios o catástrofes cuya extinción o contención forma parte de sus cometidos profesionales: «si, por ejemplo, a pesar de una llamada de auxilio o de una alarma de fuego, desatienden acudir y adoptar las medidas apropiadas y exigidas técnicamente para contener el riesgo, entonces, sobre la base del § 13 [que regula la comisión por omisión en la Parte General del StGB], pueden responder penalmente tanto de incendio por omisión de los §§ 306 ss., como de un delito de lesiones o de homicidio realizado pasivamente, en la medida en que a consecuencia de su inactividad mueran o sufran lesiones de su integridad física personas que, de haberse intervenido conforme al deber, se hubieran salvado» (201).

Por lo que se refiere a los funcionarios de prisiones, la doctrina dominante [por ejemplo, Otto/Brammsen (202), Bockelmann/Volk (203), Sagenstedt (204), Seelmann (205), Freund (206), y Jescheck/Weigend (207)] estima que si no impiden los delitos de los

(198) LANDSCHEIDT, 1985, pp. 107/108.

(199) RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 36 (v. también n. m. 54 c). En el mismo sentido cfr. también SCHÜNEMANN, ZStW 96 (1984), pp. 310/311; el mismo, wistra 1986, pp. 243/244; RANFT, JZ 1987, pp. 914/915.

Indeciso SCHMIDHÄUSER, AT, 1975, 16/61: «... todo depende del análisis del caso concreto».

(200) Indicaciones en SAGENSTEDT, 1989, p. 598 n. 16 y p. 599 n. 21. V. además FREUND, 1992, p. 295.

(201) SAGENSTEDT, 1989, p. 605.

(202) Jura 1985, p. 599: «De un funcionario de prisiones se espera que durante su tiempo de servicio –y sólo entonces– impida, mediante el ejercicio de los medios coercitivos que se le han conferido jurídicamente a ese fin, consecuencias dañosas (es decir, lesiones de bienes jurídicos) ocasionadas por “sus” internos». V. también BRAMMSEN, 1986, p. 196 n. 260.

(203) V. AT, 1987, p. 140.

(204) Cfr. 1989, pp. 486/487, 566 ss.

(205) Cfr. AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 129.

(206) V. 1992, pp. 256/257, 258/259.

(207) V. AT, 1996, p. 628.

internos responden de aquéllos en comisión por omisión, pues el interno «se encuentra plena o parcialmente incapaz de cumplir la tarea –que primariamente le corresponde a él– de protegerse a sí mismo y a sus bienes jurídicos, por lo que, en consecuencia y correlativamente a esa falta de protección, se le imponen al Estado y a sus funcionarios un deber de protección» (208)

c) *La omisión de los funcionarios medioambientales en el Derecho penal alemán*

aa) Introducción

En 1980 el legislador alemán introduce en la Parte Especial del StGB un nuevo Apartado 28 en el que se tipifican, por primera vez, los «delitos contra el medio ambiente», figurando entre ellos el § 324, cuyo texto es el siguiente:

«(1) El que contamine las aguas sin autorización o, de otra manera, modifique perjudicialmente sus propiedades será castigado con prisión de hasta cinco años o multa.

(2) La tentativa es punible.

(3) Si el autor actúa imprudentemente la pena será de prisión de hasta dos años o multa» (209).

A raíz de la entrada en vigor del § 324 se ha planteado, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, la posible responsabilidad del funcionario como autor (o partícipe) de un delito hidráulico en comisión por omisión (210) en relación con las tres siguientes inac-

(208) RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 54 c (v. también n. m. 35); el mismo, Dünneber-Festschrift, 1982, p. 575. V. además, en el mismo sentido, KÖHLER, AT, 1997, p. 228.

(209) Los delitos contra el medio ambiente han sido modificados y ampliados en Alemania por una Ley de 27 de junio de 1994 (sobre el contenido y el alcance de esta reforma, ampliamente, MÖHRENSCHLAGER, NStZ 1994, pp. 513-519, 566-569), que no ha afectado al texto del § 324, que permanece inalterado.

(210) En cambio, la doctrina está de acuerdo en que no cabe la responsabilidad del funcionario en comisión por omisión en otros delitos medioambientales distintos del de la contaminación de las aguas (delito *común*, tipificado aparte en el § 324), como la contaminación del aire o la emisión ilegal de ruidos (§§ 325 y 325 a), dado que esos delitos son *especiales*, en cuanto que sólo pueden ser cometidos por ciudadanos (no-funcionarios) sin más, pero no por funcionarios (cfr., por todos, HORN, NJW 1981, p. 1; HORN/HOYER, JZ 1991, pp. 704/705; RUDOLPHI, NStZ 1984, p. 248). Esta situación ha experimentado algún cambio, sin embargo,

tividades: primera, cuando el funcionario, que ha concedido una licencia ilegal, pero sólo anulable (211), que permite intrusiones contaminadoras, *se abstiene* posteriormente de revocarla (212); segunda, cuando el funcionario *se abstiene* de revocar una autorización otorgada en su día de acuerdo con el Derecho entonces vigente, pero que ha dejado de cumplir con los requisitos administrativos ahora en vigor, bien a consecuencia de un cambio de las normas medioambientales (por ejemplo, porque se han modificado los niveles de contaminación tolerados), bien por haber variado las

con la reforma alemana de 1994 (cfr., otra vez, MÖHRENSCHLAGER, citado en la nota anterior).

(211) En Derecho alemán la concesión indebida de esa licencia no constituye una prevaricación, y la aislada opinión contraria de un juzgado de lo penal de Frankfurt que, en una sentencia de 26 de agosto de 1984, condenó a un funcionario municipal por prevaricación, ha sido unánimemente rechazada por la doctrina, siendo revocada finalmente esa sentencia de instancia por la Audiencia Provincial de la misma ciudad (para más detalles sobre esta sentencia cfr. SCHÜNEMANN, wistra 1986, p. 246; PAPIER, NJW 1988, p. 1114).

La razón de todo ello reside en que en Derecho alemán la prevaricación de funcionario del § 336 hace referencia a una resolución que tiene por objeto *decidir* sobre un «conflicto jurídico» («Rechtssache»), es decir, a aquellos supuestos en los que el funcionario tiene que «tomar decisiones “como un juez”» (PAPIER, NJW 1988, p. 1114), lo que no es el caso en la concesión de licencias (v. SCHÜNEMANN, wistra 1986, p. 246).

(212) De acuerdo asimismo con la doctrina absolutamente dominante, el particular que, al *amparo de una licencia eficaz, aunque sea anulable*, efectúa vertidos que degradan las aguas no realiza una conducta punible en el sentido del § 324 StGB, ya que se considera: bien que el hecho no es típico (referencias a la doctrina alemana en DE LA MATA, 1996, pp. 104/105), porque no se ha actuado «sin autorización» (elemento que, sobre la base del principio de la «accesoriedad administrativa del Derecho penal», ha de ser interpretado de acuerdo con los principios internos del Derecho administrativo, que otorga *eficacia* también a los actos administrativos anulables); bien que el hecho, aún siendo típico, no es anti-jurídico [así, por ejemplo, HORN, NStZ 1981, p. 3; HORN/HOYER, JZ 1991, p. 703, y, en España, GONZÁLEZ GUTIÁN, 1995, p. 131 (para ulteriores referencias, v. DE LA MATA, 1996, pp. 105 ss.)]. [Otra cosa sucede cuando la licencia es nula de pleno Derecho: cfr. sólo SCHÜNEMANN, wistra 1986, p. 240: «cuando la autorización adolece de un defecto material tan grave que, según los principios del Derecho administrativo general, es nula, de acuerdo con la opinión generalizada es irrelevante también para el Derecho penal, de tal manera que, presuponiendo el dolo tanto del usuario como del funcionario porque todo ello se ha desarrollado, por ejemplo, dentro del marco de un acuerdo de cohecho, el usuario responderá de una contaminación de las aguas conforme al § 324.1 y el funcionario por partícipe de ella»]

Sobre estas cuestiones, cfr. en la literatura alemana, por todos, FRISCH, 1993, *passim*. En España informan ampliamente sobre el estado de la cuestión en Alemania: GONZÁLEZ GUTIÁN, 1991, *passim*; DE VICENTE, 1993, pp. 86 ss. y *passim*, y, sobre todo, DE LA MATA, 1996, *passim*.

circunstancias de hecho (213); y tercera, cuando el funcionario medioambiental *se abstiene* de intervenir para que cesen los vertidos antijurídicos a las aguas procedentes de una industria o de un particular que actúan sin autorización, o al margen de ella por no respetar las condiciones impuestas en una licencia previamente dada.

bb) La supuesta posición de garante del funcionario medioambiental

Los criterios fundamentales seguidos en la discusión posterior sobre la responsabilidad en comisión por omisión de los funcionarios por un delito del § 324 los establece Horn en un artículo publicado en 1981, a los pocos meses de la entrada en vigor de la ley de 1980 (214). Sobre la base de los principios dominantes vigentes para la omisión impropia, Horn (215) estima que la concesión inicial de la autorización fundamenta una garantía por injerencia, ya que aquélla ha abierto una fuente de peligro que convierte al funcionario en «garante-vigilante» (216). Frente a la posible objeción de que no

(213) Sobre las dos primeras inactividades, cfr., en Derecho español, el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955:

«1. Las licencias quedarán sin efecto si se incumplieren las condiciones a que estuvieren subordinadas, y deberán ser revocadas cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación y podrán serlo cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación.

2. Podrán ser anuladas las licencias y restituidas las cosas al ser y estado primitivo cuando resultaren otorgadas erróneamente.

3. La revocación fundada en la adopción de nuevos criterios de apreciación y la anulación por la causa señalada en el párrafo anterior comportarán el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaren».

(214) Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden? NSTZ 1981, pp. 1-11.

(215) Cfr. NSTZ 1981, p. 6; v. también HORN/HOYER, JZ 1991, p. 705.

(216) La teoría de las funciones, fundada por Armin KAUFMANN (cfr. 1959, p. 283), y admitida actualmente de manera generalizada, divide entre posiciones de garante que consisten en «la vigilancia de una determinada fuente de peligro», en cuyo caso es indiferente cuáles son, en particular, los bienes jurídicos concretos a los que les amenazan peligros procedentes de esa fuente –«Überwachergarant», «Aufsichtsgarant» (garante-vigilante)–, y aquellas otras en las que el garante está encargado «de la defensa de un bien jurídico absolutamente determinado contra cualquier ataque, independientemente de cuál sea su procedencia» –«Beschützergarant», «Obhutsgarant» (garante-protector).

siempre el funcionario competente para revocar la licencia tiene que *coincidir personalmente* con quien la concedió (con lo que aquél no sería, en sentido estricto, injerente), Horn argumenta que el «garante es siempre el funcionario como “organismo”. Por consiguiente, no tiene que existir una identidad personal entre el que ha abierto la fuente de peligro y el que entra en juego como garante de vigilancia inactivo. De ahí que también pueda ser garante por injerencia un funcionario que no ha concedido la autorización ahora antijurídica en la medida en que sea el organismo al que pertenece tanto el que responde de la concesión de la autorización como el competente para revocarla o modificarla» (217).

En cambio, cuando el bien jurídico «pureza del agua» se ve amenazado por la acción (delictiva o no) de un tercero o por un accidente de la naturaleza, el funcionario que, estando obligado, no interviene para poner fin a la degradación, responderá de un delito del § 324 en comisión por omisión, porque en este caso es «garante-protector» del bien jurídico lesionado (218).

Como ulterior manifestación de la accesoriedad administrativa del Derecho penal (219) dentro del marco de los delitos ecológicos, Horn afirma también que en las tres inactividades mencionadas –no revocación de la licencia *ab initio* ilegal, pero eficaz; no revocación de la licencia en un principio ajustada a Derecho pero devenida posteriormente antijurídica por modificaciones normativas o fácticas; no intervención del funcionario para impedir vertidos contaminantes no autorizados o que rebasan una autorización concedida–, y dado que la posición de garante exige que éste esté *obligado* extrajuridicopenalmente a actuar, *sólo se podrá hablar* de una omisión impropia cuando el funcionario tenga realmente, de acuerdo con las normas extrapenales (en este caso, *administrativas*), el *deber* de intervenir, lo que no sucede cuando al funcionario le está «atribuido un arbitrio» que le permite revocar o no la licencia o que deja en manos de la discrecionalidad administrativa intervenir o no contra la industria degradadora de las aguas: «Lo que “le está permitido” juridico-administrativamente a la autoridad, le está permitido tam-

(217) NStZ 1981, p. 6. V. también SCHULTZ, 1984, p. 168.

(218) Cfr. HORN, NStZ, 1981, p. 10: «Así ... el funcionario de policía es “garante de la pureza del agua” cuando al hacer su ronda percibe o debería percibir que el fuel-oil está fluyendo en un agua subterránea, y responde de contaminación del agua en comisión por omisión si no interrumpe ese suceso, avisando, por ejemplo, a los bomberos o impidiendo el hacer activo del tercero».

(219) En España es básico sobre este problema el libro de DE LA MATA citado en la bibliografía.

bién jurídico-penalmente» (220). Con otras palabras: El funcionario sólo cometería un delito contra el medio ambiente en comisión por omisión cuando la intervención omitida fuera jurídicoadministrativamente, no facultativa, sino preceptiva.

En los años posteriores y hasta la actualidad la doctrina dominante en Alemania (221) ha asumido en sus líneas generales los criterios tempranamente establecidos por Horn, en el sentido de establecer la responsabilidad del funcionario medioambiental en comisión por omisión cuando no interviene para revocar una licencia ilegal –pero eficaz– *ab initio* o *ex post* o para impedir los vertidos contaminantes que –sin licencia o al margen de ella– está efectuando un tercero (222). En consecuencia, existe un amplio acuerdo en que para que se pueda hablar de una omisión impropia de los funcionarios medioambientales es *requisito sine qua non* que su margen de arbitrio haya quedado reducido a cero, viniendo *obligado jurídicoadministrativamente* a realizar la acción omitida, ya que «sólo es posible un castigo cuando se le puede reprochar al funcionario una lesión inequívoca de un deber» (223), por lo que, si existe un margen de arbitrio, éste, que se debe decidir según las reglas del Derecho administrativo, establece «limitaciones a la posibilidad judicial de control», como «emanación de la división de poderes que vincula, por tanto, a los tribunales penales y civi-

(220) Cfr. HORN, NJW 1981, p. 7; HORN/HOYER, JZ 1991, p. 705. «Si y cuándo, y en qué medida, la decisión de la Administración de no hacer es definitiva y no revisable lo decide exclusivamente el Derecho administrativo, y, además, vinculando al Derecho penal» (HORN, *op. cit.*, *loc. cit.*).

(221) De ella discrepa, en parte, un minoritario sector al que nos referiremos *infra cc.*

(222) Cfr., por ejemplo, MEINBERG, NJW 1986, pp. 2224/2225; BRAMMSEN, 1986, pp. 197/198; RANFT, JZ 1987, pp. 916/917; PAPIER, JZ 1988, pp. 1114/1115; ODESKY, Tröndle-Festschrift, 1989, pp. 294/295; SAGENSTEDT, pp. 650 ss., 669 ss., 692 ss.; JAKOBS, AT, 1991, 29/77 c, n. 156; SEELMANN, AK, 1990 y NK, 1997, § 13 n. m. 139; FREUND, 1992, pp. 260, 310 ss.; NESTLER, GA 1994, pp. 523 ss.; OTTO, AT, 1996, § 9 n. m. 69 y 70; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 52. Por lo que se refiere a la jurisprudencia alemana, que coincide con la doctrina dominante en la ciencia, v. sólo, prescindiendo de las numerosas resoluciones de tribunales inferiores (indicaciones en RANFT, JZ 1987, p. 916; SAGENSTEDT, 1989, p. 34 n. 29, y p. 39 n. 40), la primera sentencia en la que el BGH (BGH 38, 332, reproducida en NJW 1992, pp. 3247-3251) condena a un funcionario (en ese caso a un alcalde) por un delito medioambiental en comisión por omisión al no haber evitado los vertidos contaminantes de sus vecinos.

En España sigue la tesis dominante en Alemania, DE VICENTE, 1993, pp. 76/77, 84, 94 ss., 123 ss.

(223) MEINBERG, NJW 1986, p. 2225.

les» (224): el arbitrio «tiene que haberse condensado en un deber concreto» (225). En este mismo sentido se han pronunciado, entre otros, Schünemann (226), Papier (227), Sagenstedt (228) y Eser (229).

cc) Posiciones restrictivas

Frente a la tesis dominante, un minoritario –pero cualificado– sector de la doctrina alemana matiza y restringe el campo de punibilidad de los funcionarios en comisión por omisión en el delito de contaminación de aguas.

Y así, para Rudolphi esa punibilidad sólo es posible en los supuestos de *injerencia*, esto es: en aquellos casos en los que el funcionario se abstiene de evitar el daño ecológico, a pesar de que, mediante un *hacer precedente* otorgó una licencia irregular, o en aquellos otros en

(224) MEINBERG, *op. cit.*, *loc. cit.*

(225) MEINBERG, *op. cit.*, *loc. cit.*

(226) Cfr. wistra 1986, p. 237: «... una responsabilidad jurídicopenal del funcionario puede fracasar porque al funcionario de la administración hidráulica, tanto en la concesión de licencias, de acuerdo con la legislación de aguas, como en la intervención contra conductas no autorizadas, le está atribuido ... un *espacio de arbitrio*, cuyo relleno es competencia de la Administración, que debe ser respetado por todos los tribunales, empezando por los tribunales penales».

(227) V. NJW 1988, p. 1114: «El deber jurídicopenalmente relevante de evitar el resultado no puede llegar más lejos que la posición de deber jurídicoadministrativa. Sólo en el caso de la reducción del arbitrio a cero –un supuesto extremadamente raro en el Derecho administrativo– ... es imaginable un deber jurídicopenal de garante. Cualquier otro punto de vista significaría que las reglas del Derecho administrativo material se verían “arrolladas” por las del Derecho penal».

(228) V. 1989, pp. 665 («Si la omisión del funcionario permanece dentro del espectro de las alternativas de acción o reacción permitidas por el Derecho hidráulico queda excluida desde un principio la punibilidad. Ésta sólo puede entrar en consideración donde el arbitrio de intervención se ha condensado en dirección a una decisión preceptiva»), 683-696.

(229) V. 1992, pp. 14/15: «... la punibilidad de los funcionarios queda limitada a los casos en los que, de acuerdo con las leyes administrativas correspondientes, *estaban obligados a evitar en cualquier caso* el peligro ecológico en cuestión» (subrayados añadidos).

Cfr. además, y en el mismo sentido de dar paso a una omisión impropia sólo en el caso de que la acción omitida por el funcionario medioambiental sea jurídicoadministrativamente preceptiva: GEISLER, NJW 1982, p. 13; RUDOLPHI, NJW 1982, p. 3; el mismo, *Dünnebieber-Festschrift*, 1982, pp. 570, 581/582; el mismo, *NStZ* 1984, p. 199; el mismo, *NStZ* 1991, p. 364; FREUND, 1992, p. 310; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 1997, § 13 n. m. 52. En la literatura española, v. DE VICENTE, 1993, p. 85: «El deber de evitación del resultado penal nunca puede ir más lejos que el deber administrativo del funcionario en la situación concreta».

los que la autorización, en un principio correcta, ha dejado posteriormente de serlo por una modificación de las circunstancias normativas y/o fácticas. Frente a la eventual objeción de que en estos supuestos no siempre existe una *identidad personal* entre el funcionario que otorgó la licencia y el que posteriormente viene obligado a revocarla (230), *Rudolphi* expone lo siguiente: «El titular de la posición de garante es en estos casos, en primer lugar y ciertamente, la autoridad hidráulica competente como tal [sc. la que otorgó la licencia], pero el funcionario competente en cada momento pasa a ocupar esa posición de garante con la *asunción fáctica* de su actividad funcional. La responsabilidad de garante le corresponde siempre, con ello, al —de acuerdo con la organización interna del servicio— funcionario competente en el momento de la omisión contraria al deber de garante, y todo ello independientemente de si ha concedido o no el permiso de vertidos defectuoso desde un principio o a posteriori fundamentador de la posición de garante» (231).

En cambio, y en contra de la opinión dominante, *Rudolphi* mantiene que no existe delito de contaminación de aguas en comisión por omisión cuando, fuera ya de los supuestos de injerencia, el funcionario se limita a permanecer inactivo, no interviniendo para poner fin a unos vertidos delictivos efectuados por un tercero. Consecuente con la tesis de un sector (posiblemente, todavía minoritario) de la doctrina alemana (232) —en el que figura el propio *Rudolphi*— de que no cabe responsabilidad en comisión por omisión de los funcionarios por la no evitación de delitos cometidos por terceros *imputables* y de que, por consiguiente y por ejemplo, el funcionario policial no responde de un homicidio ni de un robo en comisión por omisión si permanece inactivo cuando personas *penalmente responsables* van a cometer esos delitos (233), *Rudolphi* expone: «La generalidad de la jurisprudencia

(230) Sobre esta objeción cfr. ya *supra* nota 217.

(231) Dünnebieber-Festschrift, 1982, p. 578 (subrayados añadidos). En el mismo sentido se expresa RUDOLPHI en NStZ 1984, p. 199 y en SK, 1997, § 13 n. m. 36 a y 40 b.

(232) Indicaciones *supra* notas 198 y 199. La doctrina dominante alemana, como ya se ha expuesto, sostiene lo contrario: cfr. *supra* notas 195-197.

(233) «Entre el ciudadano individual y el funcionario concreto falta la necesaria y específica relación de dependencia para afirmar una posición de garante» (RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 36).

En cambio, y como se ha expuesto también y en general, la doctrina dominante —indicaciones *supra* notas 190-192 y 202-208—, a quien en este punto sigue también RUDOLPHI, se manifiesta en el sentido de hacer responsable en comisión por omisión de los delitos cometidos por *menores* al cuidado de adultos (así, de los realizados por los niños cuando no han sido evitados por padres o maestros) o de los cometidos por internos en un establecimiento penitenciario, cuando no han sido impedidos por los

dencia y de la doctrina reconoce que entre las fuentes de peligro que deben ser vigiladas por un garante no sólo entran en consideración cosas muebles o inmuebles peligrosas, sino también personas. Desde este punto de vista se justifica, por ejemplo, las posiciones de garante de los padres y de los profesores para vigilar a sus hijos o escolares inculpables, del médico para contener los peligros procedentes de los enfermos mentales que le están confiados, y del vigilante de prisiones para evitar hechos punibles de “sus presos”. Sin embargo, lo típico y lo esencial de estas posiciones de garante es que el garante, sobre la base de una facultad especial de vigilancia y de mando que le ha sido atribuida por el ordenamiento jurídico, ejerza el *dominio* sobre la persona vigilada. Únicamente ese *dominio* sobre una persona (peligrosa) atribuido por el ordenamiento jurídico puede fundamentar una responsabilidad de garante por el comportamiento antijurídico de aquella persona. Lo que sucede es que esa relación de vigilancia y mando no existe entre la autoridad hidráulica y el ciudadano que contamina el agua. Este último no se encuentra en ninguna relación especial de sometimiento con los funcionarios competentes de la autoridad hidráulica. La autoridad hidráulica y el ciudadano se contraponen aquí, por el contrario, únicamente dentro del marco de la relación general ciudadano-Estado. Con ello queda constatado, al mismo tiempo, que no es posible fundamentar con este punto de vista una posición de garante general de la autoridad hidráulica para impedir contaminaciones antijurídicas del agua por parte de terceros» (234). Por otra parte, continúa Rudolphi, hay que negar que a las «autoridades hidráulicas el legislador les haya encomendado de una manera tan intensiva el bien jurídico “agua pura” que existan entre aquéllas y las aguas la estrecha relación de custodia que exige una posición de garante-protector. Ciertamente que el bien jurídico ecológico “pureza del agua” pertenece a la comunidad. Pero ello no quiere decir que no tenga titular, es decir, que esté desprotegido en general y que, por ello, precise de la protección por garantes. Lo que sucede, más bien, es que todos los ciudadanos son titulares del bien jurídico “pureza del agua”. Como cotitular de ese bien jurídico cada ciudadano individual, por consiguiente, no sólo tiene la posibilidad real, sino también el deber garantizado penalmente, de acuerdo con el § 324 StGB, de, en interés de sus conciudadanos, no menoscabar ese bien jurídico que le perte-

funcionarios competentes, ya que el interno «se encuentra plena o parcialmente incapaz de cumplir la tarea –que primariamente le corresponde a él– de protegerse a sí mismo y a sus bienes jurídicos» (RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 54 c).

(234) Dünnebiel-Festschrift, 1982, pp. 575/576 (subrayados añadidos).

nece a él y a los demás y a protegerle de daños. Esta posibilidad y este deber de cada ciudadano no se limita sólo, de ninguna manera, a omitir las propias contaminaciones de las aguas, sino que se extiende también a combatir los peligros de una contaminación de las aguas que tengan su origen en el propio terreno social de dominio. Si se reflexiona sobre estas posibilidades de protección de todos los cotitulares del bien jurídico “pureza del agua”, entonces difícilmente se puede afirmar que está desprotegido porque no tiene ningún titular y que, por consiguiente, precisa de la protección de garantes. Por el contrario: si todos los ciudadanos cumplen esa protección que les está atribuida, entonces la pureza de las aguas pertenece a los bienes jurídicos mejor protegidos.— ... Si se quisiera afirmar, con la doctrina dominante, una posición de garante de las autoridades hidráulicas para la protección de la pureza de las aguas, entonces el contenido de la tarea de protección atribuida, con ello, a las autoridades hidráulicas consistiría únicamente en impedir contaminaciones antijurídicas del agua, es decir: la vigilancia de todos los ciudadanos con la finalidad de impedir los hechos procedentes de ellos y antijurídicos en el sentido del § 324 StGB. Ello desembocaría, en definitiva, en la afirmación de una posición de garante de las autoridades hidráulicas para vigilar la fuente de peligro “persona”, a pesar de que —como se ha expuesto— no se dan los presupuestos para ello» (235).

En el mismo sentido que Rudolphi, Schünemann (236) parte de que «no se puede hablar de una posición de garante genérica de las

(235) Dünneber-Festschrift, 1982, pp. 578/579. En el mismo sentido se expresa RUDOLPHI en NSTz 1991, p. 363 y en SK, 1997, § 13 n. m. 36 a y 54 d («... falta la relación —imprescindible para el reconocimiento de una posición de garante-protector— de una protección y de un cuidado reales entre, respectivamente, el Estado y los bienes jurídicos ecológicos. A ello hay que añadir que la opinión contraria llevaría a una extensión ilimitada de los deberes de garante de los funcionarios. Pues si realmente se quisieran reconocer, como deber de garante, los deberes estatales de evitación de peligro y, con ello también, el deber consagrado en el artículo 1 párrafo 3 GG de respetar y proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, entonces el Estado, con sus órganos y sus funcionarios, se convertiría en un garante universal y sería responsable penalmente, en la persona de su órganos y funcionarios en cada momento competentes, de que los ciudadanos no cometieran delito alguno».

(236) Contra RUDOLPHI —y también contra SCHÜNEMANN— objeta SAGENS-
TEDT, 1989, pp. 638/639, 654, 669 ss. que (p. 639), si bien los «garantes-protectores
originarios» son aquellos que tienen un «poder de disposición real» sobre las aguas,
esto es y por ejemplo: los propietarios y arrendatarios de los inmuebles donde se rea-
lizan los vertidos, no obstante, ello sólo quiere decir que los «funcionarios encarga-
dos de vigilar las aguas no pueden ser considerados *garantes-protectores originarios*
de la pureza de las aguas». Sin embargo, sí que les corresponde la cualidad de «garan-
tes secundarios» administrativos, por lo que, en el caso de que los originarios no

autoridades hidráulicas a favor del bien jurídico “pureza del agua”» (237). Ciertamente que, también al igual que Rudolphi, Schünemann (238) mantiene que existe una posición de garante funcional cuando «una contaminación de las aguas no tolerable según las circunstancias actuales descansa en una licencia administrativa obsoleta», ya que, en ese caso, «la autoridad, entendida como aquella persona que debe decidir vinculadamente sobre la continuación de la licencia, tiene, sin duda alguna, el *dominio sobre el fundamento del resultado* y, por consiguiente, está obligada, como garante, a adaptar la autorización a los requisitos vigentes en cada momento». Argumentando, como Rudolphi, con que la policía, aunque pudiera impedirlo, no responde en comisión por omisión por los hechos punibles que cometen los delincuentes (239), Schünemann niega por parte de la Administración «la asunción de una función de protección dirigida primariamente a la pureza de las aguas, por lo que al funcionario de la Administración hidráulica no se le puede atribuir –menos aún que al policía genérico– una posición de garante juridicopenal en el sector que tiene a su cargo» (240).

dd) Excurso. Referencia al Derecho español: el nuevo artículo 329.1 CP 1995

La responsabilidad por omisión de los funcionarios medioambientales –problema del que en la doctrina sólo se había ocupado en España, con una cierta amplitud, De Vicente, para asumir, en lo fundamental, la tesis alemana dominante que acabamos de exponer (241)–

impidieran el resultado contaminante, los secundarios –esto es: los funcionarios– pasarían a ocupar su posición y responderían de un delito hidráulico por omisión impropia si no evitaran el resultado.

(237) Wistra 1986, p. 243.

(238) Wistra 1986, p. 244 (subrayados en el texto original). En el mismo sentido, SCHÜNEMANN, 1995, p. 66.

(239) V. *supra* nota 199.

(240) Wistra 1986, p. 244. Cfr. también SCHÜNEMANN, ZStW 96 (1984), p. 310/311; 1995, p. 66.

También limitan el campo de aplicación de la omisión impropia a los funcionarios por los delitos hidráulicos: GEISLER, NJW 1982, pp. 13 ss. y, además y entre otros (indicaciones bibliográficas en SAGENSTEDT, 1989, p. 35, n. 31), CZYCHOWSKI, GIESEKE-WIEDEMANN-CZYCHOWSKI, SALZWEDEL, SCHINK y TIEDEMANN. Ulteriores indicaciones en NESTLER, GA 1994, p. 523 n. 31.

(241) Cfr. DE VICENTE, 1993, pp. 76/77, 84, 94 ss., 123 ss. En cambio, DE LA MATA, 1997, pp. 402 ss, se ha manifestado cercano a las tesis defendidas por RUDOLPHI y SCHÜNEMANN.

se aborda ahora por el legislador español, que en el artículo 329.1 CP dispone lo siguiente:

«La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere [sic] informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones *hubieran silenciado* la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será [sic] castigado [sic] con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses.»

Según se deduce de la penalidad cumulativamente impuesta por el legislador, de la remisión a otro precepto del CP [al art. 404 (prevaricación)] y del Capítulo donde figura el artículo 329 («De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente»), la omisión funcional de no impedir vertidos o emisiones contaminantes presenta una *doble* desvaloración que afecta a *dos* bienes jurídicos distintos.

Por una parte y como el autor es, no un particular, sino un funcionario, se considera que su abstención de dictar una resolución que ponga fin a la actividad contaminante lesiona —como la prevaricación en sentido estricto del artículo 404— el bien jurídico protegido por aquel tipo del «correcto ejercicio de la función pública» (242). Ello no significa que esa abstención constituya una prevaricación en comisión por omisión, pues, como este delito es uno de aquellos que *sólo* se puede cometer mediante un comportamiento activo («dic-tare») (243), lo que el artículo 329.1, *in fine*, hace es tipificar una con-

(242) MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, Comentarios PE, 1996, p. 1130, con referencias jurisprudenciales.

(243) Cfr. *supra* nota 17.

Cuando el art. 11.1 CP limita la comisión por omisión a «los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado» no está restringiendo la omisión impropia a los que aquí hemos llamado delitos de lesión (v. *supra* nota 19), sino que la comisión por omisión es imaginable, también y naturalmente: en los delitos de peligro (v. *supra* nota 15) —que son una especie de los delitos de actividad—, ya que, y por ejemplo, se comete un delito nuclear de peligro del artículo 341 cuando quien está al cuidado del foco de riesgo *omite* impedir la liberación de energía atómica; y asimismo en los de actividad en sentido estricto, los cuales, como he puesto de manifiesto en otro lugar (GIMBERNAT, EPC XV, 1992, p. 145), «no se caracterizan por que no producen un resultado, sino únicamente por que el resultado se produce *simultáneamente* con la actividad», ya que, y por ejemplo, realiza un delito de abusos sexuales del artículo 181.2.1.º en comisión por omisión el

ducta *distinta* y que se crea *por primera vez*, a saber: la de «no dictar» la resolución prohibitiva que exigía el «correcto ejercicio de la función pública», abstención que, por afectar al mismo bien jurídico, se castiga, con la remisión al artículo 404, *como si* de una prevaricación en sentido estricto –esto es: activa– se tratara.

Pero como esa omisión *no sólo* lesiona el interés: «correcto ejercicio de la función pública», sino que es una «no-decisión» de la que *también* derivan consecuencias sobre el bien jurídico adicional del «medio ambiente», de ahí que el legislador –teniendo en cuenta los daños ecológicos *no evitados*– establezca la ulterior pena para el funcionario inactivo (244) de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses. A pesar de que aquí existe por parte de funcionario medioambiental no interviniente, y en el sentido del artículo 11 a) CP, «una específica obligación legal» de actuar para evitar las contaminaciones o vertidos, no obstante el artículo 329.1 *no considera su inactividad una comisión por omisión*, esto es: una omisión equivalente a una acción, pues la pena prevista para el que mediante una conducta activa contamina es la *acumulada* de prisión de seis meses a cuatro años, multa e inhabilitación especial, *mientras que* la del funcionario teóricamente garante del artículo 11 a) es sólo la menos grave privativa de libertad de seis meses a tres años o, *alternativamente*, otra de carácter pecuniario (245).

padre que permite que el bebé que tiene en sus brazos juegue insistentemente con los órganos genitales de aquél.

Por consiguiente, el artículo 11.1 es plenamente aplicable a los delitos de peligro y de actividad, porque éstos, y como acabamos de ver, también tienen un «resultado», y lo único que quiere decir ese precepto con su referencia expresa al «resultado» es que quedan excluidos de la omisión impropia los hechos punibles que no consisten en la *mera causación de un resultado*, sino que exigen una *determinada forma activa de comisión*, tal como sucede en la prevaricación, donde la lesión del bien jurídico «correcto ejercicio de la función pública» ha de causarse precisamente mediante la acción positiva de «dictar una resolución», y tal como sucede en la «violación» de «acceso carnal vaginal» del artículo 179, donde la lesión de la libertad sexual se produce a través del movimiento corporal de la penetración.

(244) Las funciones de vigilancia para velar por el medio ambiente están encomendadas primordial, pero no exclusivamente, a la Guardia Civil (art. 12.1.B.e LOFCS), en la que se ha creado el Servicio de Protección de la Naturaleza (SEPRONA), sobre cuya misión, actividades y estructura informa GARCÍA ROBLEDÓ, 1995, pp. 192 ss.

(245) El artículo 329.1 (como el 189.2 y el 195.3) constituye *un ulterior ejemplo* de que ni la obligación legal ni contractual de actuar ni la injerencia convierten a una omisión en impropia mientras la inactividad no supere el filtro del art. 11.1 de «equivaler, según el sentido del texto de la Ley, a su causación» (para más detalles cfr. GIMBERNAT, 1996, I 1).

3. DENTRO DEL ÁMBITO EMPRESARIAL

a) *La situación en Alemania*

El presente artículo está adquiriendo tal extensión que, a estas alturas, no sé cuáles pueden seguir siendo las capacidades de atención –y de resistencia– de sus eventuales lectores: en cualquier caso, las mías están llegando a su límite y lo único que deseo es poner ya el punto final.

Por ello, y en relación a si los superiores jerárquicos responden en comisión por omisión por la no evitación de los delitos (robos, lesiones, cohechos activos) que subordinados plenamente responsables cometan dentro del marco de la actividad empresarial, me limito a indicar que, en la doctrina alemana (246), Stree (247) estima que dicha responsabilidad sólo existe «cuando el empleado comete un delito abusando de su posición en la empresa y de esta misma (hecho punible conectado a la empresa, “betriebsbezogene Straftat”). En cambio, el empresario no puede ser hecho responsable por su no intervención por delitos que los empleados cometan con ocasión de una actividad empresarial». En contra se afirma que «hay que rechazar una posición de garante general del empresario por los delitos de los empleados cometidos en la empresa» (248).

b) *Excursus. Referencia al Derecho español: otra vez, el caso de la colza*

A pesar de lo que acabo de decir unas líneas más arriba sobre las capacidades ajenas y propias de atención y de resistencia, no quiero concluir este artículo sin tomar posición ante un problema *específico* de la responsabilidad en comisión por omisión de órganos y directivos de empresas por las consecuencias de delitos (dolosos) cometidos por terceras personas.

Como algunas industrias generan focos de peligro y como éstos pueden ser *desestabilizados dolosa y delictivamente* por terceras personas (pertenecientes o no a la empresa), causando entonces la

(246) Sobre la situación en Derecho español, cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, 1998, pp. 196 ss., con exhaustivas referencias bibliográficas.

(247) SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, StGB, 1997, § 13 n. m. 53.

(248) JESCHECK, LK, 1993 ss., § 13 n. m. 45. Sobre el estado de la cuestión con ulteriores indicaciones bibliográficas y jurisprudenciales, cfr. RUDOLPHI, SK, 1997, § 13 n. m. 35 a; KÖHLER, AT, 1997, p. 224 n. 65; y, especialmente, BOTTKE, 1994, pp. 25 ss.

lesión de bienes jurídicos, surge la pregunta de si el directivo o directivos competentes para la vigilancia de esos focos responden en comisión por omisión (generalmente imprudente, aunque es también perfectamente imaginable que la inactividad sea dolosa) por no haber evitado las consecuencias dañosas producidas por otro como autor *inmediato*.

Para ilustrar el planteamiento del problema con un ejemplo tomado de la jurisprudencia española voy a referirme, nuevamente (249), al caso de la colza (250). En él, uno de los socios de una pequeña empresa (RAPSA), Juan Miguel Bengoechea, que era el «auténtico director y gestor de todas las operaciones comerciales», había introducido en el mercado aceite de colza envenenado, produciendo con ello, a título de *dolo eventual*, la muerte y las lesiones de numerosas personas; en referencia a otro socio de RAPSA –al hermano de aquél, Fernando Bengoechea–, a quien había absuelto la AN, y del que no se había «probado una participación activa ... en los envíos de aceite», el TS se plantea si es viable que responda, igualmente y no obstante, en comisión por omisión imprudente por los resultados lesivos causados de forma *inmediata* y *dolosa* por Juan Miguel Bengoechea, preguntándose el TS si Fernando, «que tuvo conocimiento de que su empresa había enviado aceite de colza desnaturalizado..., en su calidad de socio-administrador y jefe inmediato de los almacenes y de la factoría, se encontraba en posición de garante respecto de los bienes jurídicos que pudieran ser afectados por la acción peligrosa de su hermano y socio», respondiendo el TS afirmativamente, ya que «en tanto la empresa comerciaba con productos peligrosos para tales personas, tales productos constituyen una fuente de peligro que los directivos de aquélla estaban obligados a cuidar para evitar que se produjeran daños en bienes jurídicos personales», y ya que «cada administrador resultaba obligado a hacer lo que sea posible y exigible según las circunstancias para lograr que el producto peligroso, introducido antijurídicamente en el mercado, sea retirado de la circulación o, en todo caso, para que no sea introducido en él».

La eventual responsabilidad en comisión por omisión imprudente de Fernando Bengoechea por las lesiones y muertes causadas por el aceite de colza debe ser examinada dentro del contexto más amplio de la obligación de las personas que tienen a su cargo focos de peligro

(249) Para otros aspectos de caso de la colza, cfr. *supra* F 3.

(250) Los datos sobre las sentencias de instancia y de casación del caso de la colza se indican *supra* nota 157.

para que éstos no se desestabilicen, rebasando el nivel del riesgo permitido (251), ni causen, entonces, lesiones de bienes jurídicos.

Como he expuesto en otro lugar (252), la vigilancia puede estar atribuida, simultáneamente, a varias personas, por lo que, en tal caso, y si no atienden a su deber, *todas ellas* son responsables en comisión por omisión de los resultados típicos producidos por el foco de peligro desestabilizado (253), siendo indiferente que el control de dicho foco haya de realizarse al margen (por ejemplo, con ocasión de una intervención quirúrgica) o dentro de una actividad empresarial (por ejemplo, con ocasión del funcionamiento de una industria aceitera).

Teniendo en cuenta lo expuesto, es correcta la imputación imprudente en comisión por omisión de las muertes y de las lesiones que le hace el TS a Fernando Bengoechea; pues una obligación elemental del «socio-administrador y jefe inmediato de los almacenes y de la factoría» de una pequeña empresa de alimentación es la de que el producto objeto de su actividad llegue en buenas condiciones a los consumidores, independientemente de que el deterioro del producto se haya generado por un accidente, o por la acción imprudente o dolosa de un tercero.

Por lo demás, esta *yuxtaposición de responsabilidades imprudentes de órganos y directivos con otras dolosas* en el Derecho penal de la empresa es un fenómeno que puede presentarse *también* en supuestos en los que todos los intervinientes ejecutan *sólo delitos de acción*, como sucedió, por ejemplo, en el caso de la discoteca «Alcalá 20» (254), una

(251) O si están ya desestabilizados, de adoptar las contramedidas de precaución necesarias para reconducir el foco a los límites jurídicamente tolerados.

(252) Cfr. GIMBERNAT, ADPCP 1994, pp. 21 ss., con amplias referencias a la jurisprudencia del TS, entre la que se encuentran las dos sentencias de las que me ocupo *infra* nota 253.

(253) Por consiguiente, responsabilidad conjunta por homicidio imprudente en comisión por omisión del arquitecto, del director técnico de la obra, del ingeniero industrial y del director técnico de la estructura por *no impedir* que el obrero fallecido trabajara a una altura de 18 metros, sin barandillas ni pasarelas ni redes, desde donde cayó al vacío (así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 15 de mayo de 1989, A. 6738). E igualmente responsabilidad conjunta por homicidio imprudente en comisión por omisión del anestesista que *dejó* de vigilar al paciente que estaba siendo operado, del cirujano, director de la operación, que *permitió* que aquel otro médico se ausentara, y del director del hospital que, conociendo el limitado número de médicos-anestesiastas, *toleró* que éstos tuvieran que asistir, al mismo tiempo, a varias operaciones (así, el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 4 de septiembre de 1991, A. 6021).

(254) Enjuiciado en instancia por la sentencia (no publicada) de 20 de abril de 1994 de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, y en casación por la sentencia del TS de 17 de julio de 1995, A. 6827.

pequeña empresa que explotaba ese local madrileño, abriéndose éste al público sin respetar las normas más elementales de protección contra incendios, siendo posteriormente condenados los cuatro socios propietarios del establecimiento por 82 muertes imprudentes, así como por las lesiones y los daños culposos que se originaron al quedar atrapados muchos de los clientes por un fuego que se extendió con efectos devastadores (255). Tanto ante la Audiencia Provincial como ante el TS los acusados alegaron en su defensa que, como también reconoció el Tribunal de instancia, en el juicio oral no se consiguió esclarecer cómo se originó el fuego, sin que pudiera descartarse que fuera la consecuencia de la *acción dolosa* de un tercero. Pero este argumento no puede influir para nada en la responsabilidad imprudente de los condenados, pues como establece con razón el TS, acogiendo las tesis de la Audiencia Provincial de Madrid: «Llegados a este punto, es menester destacar en primer término que, respecto de la causa del incendio producido en la “Discoteca Alcalá 20”, el día de autos, el Tribunal de instancia dice expresamente (al folio 241, de la sentencia) que “en definitiva, debe concluirse que no se ha acreditado la causa del incendio. Y que, como acertadamente indicó el Ministerio Fiscal, *la causa del incendio es secundaria, y si hubiese sido provocado, ello sólo habría determinado que se sentase una persona más en el banquillo de los acusados* [sc. para responder de un delito doloso], ya que nadie acusa a los procesados por la producción del incendio, sino por la total ausencia de las medidas de seguridad necesarias para evitar la propagación del incendio y garantizar la salida del público”» (subrayados añadidos).

Según mi concepción de la omisión impropia (256), la abstención equivale desvalorativamente a un delito de acción cuando la inactividad del encargado de un foco de peligro causante del resultado típico tenga como consecuencia (normativa) la *transformación* de ese foco de permitido en ilícito o la *no reconducción* al riesgo permitido de un foco que ha desbordado ya los límites jurídicamente tolerados. Aplicando esa doctrina al caso de la colza –y tal como estableció, con razón, el TS–, Juan Miguel Bengoechea respondería de un delito de

(255) Como he tratado de argumentar en otro lugar (GIMBERNAT, ADPCP 1994, p. 21), los socios propietarios de «Alcalá 20» cometieron un delito imprudente, no de comisión por omisión, sino de *acción*, «porque el comportamiento activo de *abrir el local* al público es el *único* que puede fundamentar una responsabilidad imprudente (por acción), mientras que las omisiones de medidas de seguridad, como tales omisiones y sin la ulterior adición de conductas positivas, no constituyen injusto penal alguno».

(256) Desarrollada en: ADPCP 1994, pp. 5 ss.; Comentarios I, 1999 (en prensa); ZStW 111 (1999) (en prensa).

acción por los resultados de muertes y lesiones producidos dolosamente con la introducción en el mercado del aceite envenenado; y su hermano Fernando, por un delito imprudente de omisión impropia causante de los mismos resultados por no haber impedido que un foco de peligro (aceite) por encima del riesgo permitido llegara a los consumidores.

La tesis que aquí se mantiene no puede ser compartida por quienes opinan (257) que si el resultado típico ha sido producido inmediatamente por un delito doloso, entonces las aportaciones imprudentes serían impunes porque presuntamente sólo podrían ser constitutivas de una participación imprudente (atípica) en el hecho principal (doloso). Frente a ello hay que decir, con la doctrina dominante, que «autor de un delito imprudente lo es todo aquel que, lesionando el cuidado exigido en el tráfico, contribuye a realizar el tipo» (258), y que, por consiguiente, en la imprudencia no caben formas de participación, sino sólo la autoría, siendo indiferente –en principio, y a no ser que entren en juego consideraciones de imputación objetiva– que la producción última e inmediata del resultado típico sea reconducible a circunstancias materiales o a la actividad dolosa de un tercero.

Tomando como ejemplo, en primer lugar, el caso de «Alcalá 20», la posición que considera inviable la yuxtaposición de responsabilidades imprudentes con dolosas llevaría a resultados incompatibles con la justicia material y con el fin de protección de la norma. Con la justicia material, porque a pesar de que en la instalación de la discoteca se infringieron masivamente las normas de seguridad establecidas para atajar el fuego, para impedir su propagación, y para hacer posible la evacuación del local, y de que esa ausencia de precauciones contribuyó decisivamente a las muertes, a las lesiones y a los daños sobrevenidos, no obstante y *según la tesis que se rechaza nadie respondería* de ellos, ya que los socios-propietarios –aplicándoles el *in dubio pro reo*, que exigiría suponer para ellos lo más favorable: *que el incendio había sido provocado dolosamente por un desconocido*– se habrían limitado a ser partícipes imprudentes (conducta supuestamente atípica) en un hecho principal doloso de incendio cuyo autor

(257) Como LUZÓN PEÑA, PG, 1996, pp. 507 ss.

(258) JESCHECK/WEIGEND, AT, 1996, p. 655. V. también CEREZO, PG II, 6.ª ed., 1998, p. 185 n. 103: «La distinción entre autoría y participación imprudente no es posible, a mi juicio, pues, en los delitos imprudentes, autor es todo el que contribuya causalmente a la producción del resultado delictivo con una acción que no responda al cuidado objetivamente debido».

sería desconocido. Y es incompatible también con el principio del fin de protección de la norma (259), porque las normas extrapenales que determinan qué medidas de precaución se deben adoptar en locales de espectáculos donde se puede concentrar un gran número de personas, a fin de impedir y, en lo posible y en su caso, de controlar el fuego y de facilitar que los asistentes alcancen rápidamente la vía pública, están destinadas a conjurar el peligro de muerte y lesiones de los clientes *ante la eventualidad de un incendio*, y tan incendio es el que se ha originado en un cortocircuito como el que ha sido provocado por una (desconocida) mano asesina que prendió fuego con un mechero a una cortina (antirreglamentariamente) no ignifugada del local.

Análogamente: En el caso de la colza, si se negara la compatibilidad entre la responsabilidad en *comisión por omisión imprudente* de Fernando Bengoechea con la *activa y doloso eventual* de su hermano Juan Miguel, aquél resultaría absuelto –como hizo, en efecto, la AN, siendo rectificadada esa absolución, correctamente, por el TS–, lo que no puede convencer; pues si Fernando tenía a su cargo la vigilancia de que los alimentos que producía la empresa llegaran al público en buenas condiciones, en eso consistía obvia y precisamente su obligación, que se incumplió en el momento en que permitió que saliera al mercado un producto deteriorado, y éste lo está *exactamente igual* (de deteriorado) cuando se comercializa activamente *por imprudencia* como por la actividad *dolosa* de otra persona.

VIII. EPÍLOGO

A lo largo de este artículo se ha puesto de manifiesto la ausencia de directrices mínimamente seguras de la dogmática alemana sobre cuándo se puede decir que un resultado ha de ser imputado a una omisión. Esa inseguridad contrasta con la dogmática del delito de acción, en el que el nivel alcanzado por la teorías de la causalidad y de la imputación objetiva permite decidir con una relativa facilidad si se ha cumplido o no el tipo objetivo.

Frente a la multitud de criterios que deberían determinar cuando existe una omisión impropia expuestos en el presente trabajo –crite-

(259) Que no sólo sirve para excluir la tipicidad de acciones causantes de resultados típicos, por no ser éstos objetivamente imputables a aquéllas, sino también para establecer qué acciones u omisiones son las que el legislador ha querido prohibir.

rios en los que, además y como también se ha visto, no existe ni un mínimo acuerdo sobre cuáles de ellos son válidos y, para el caso de que lo sean, sobre cuál es su contenido—, en otros trabajos (260) me he esforzado en establecer como *única* circunstancia que convierte a una abstención en una comisión por omisión —porque sólo entonces existe una equivalencia desvalorativa total del delito de omisión impropia con el delito de acción— la que concurre en quien, estando obligado a vigilar a peligro que posteriormente causa un resultado típico, *permite* (dolosa o imprudentemente) la transformación de ese foco de permitido en ilícito, o no lo reconduce a los niveles jurídicamente tolerados cuando aquél (por la acción de un tercero o por una causa material) los hubiera desbordado.

En otro lugar (261), me he opuesto a la dirección defendida por Herzberg, Behrendt y Jakobs, y según la cual, y a fin de salvar la unidad del sistema, se convierte a toda acción en una omisión, y que ha culminado hasta ahora en la siguiente afirmación de Jakobs: «En definitiva y por consiguiente, no sólo el autor omisivo, sino también el autor activo, debe ser un *garante* si es que ha de responder de un delito de resultado por acción» (262). Pero como al homicida o al falsificador se les atribuye el resultado por *acción*, no porque sean *garantes*, sino simplemente por que *han condicionado* —siéndoles objetivamente imputable— el resultado típico, de ahí que el camino que propongo discurra en una dirección opuesta a la seguida por Jakobs. En mi opinión, hay que arrancar de la dogmática de los delitos de acción —mucho más elaborada y avanzada que la de los de omisión—, para, a continuación, transponer los conocimientos relativamente asegurados de que disponemos sobre esos delitos de acción a los delitos de omisión impropia. Si, por el contrario, y tal como hace, por ejemplo, Jakobs, se parte de la dogmática —considerablemente más retrasada— de la omisión, para transponerla a los hechos punibles cometidos mediante comportamientos positivos, con ello quedan diluidos los sólidos conocimientos adquiridos, con un gran esfuerzo, sobre la estructura de los delitos de acción, con lo que al final ya no vamos a saber ni lo que es un delito de acción ni lo que es uno de omisión.

(260) Citados *supra* nota 256.

(261) Cfr. GIMBERNAT, [1987], 1990, pp. 203/204.

(262) AT, 1991, 7/58, subrayado añadido. V. también el mismo, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, pp. 32/33: «Todo lo que expongo sobre la acción puede ser transpuesto, por consiguiente, a la omisión; tanto en ésta como en aquélla de lo que se trata no es de leyes de la naturaleza, sino de *atribuciones a garantes*» (subrayados añadidos).

IX. BIBLIOGRAFÍA

- (AE) «Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches», *Allgemeiner Teil*, presentado por BAUMANN y otros, 1966.
- (AK) «Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch (AK)», tomo 1, §§ 1-21, 1990, dentro de la colección *Alternativ-Kommentare* (se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva) (263).
- ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, 1963.
- ANTÓN, *Derecho penal, tomo 1, Parte General, 1949* [hay 2.ª ed., de 1986, anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez].
- ARZT, *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikte*, JA, 1980, pp. 553-561, 647-654, 712-717.
- BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, 1970.
- , *Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal*, ADPCP 1970, pp. 35-48
- , *Principios de Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., 1990; 4.ª ed., 1997.
- BÄRWINKEL, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1968.
- BAUMANN/WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 9.ª ed., 1985.

(263) Las «Observaciones Previas» al § 1 del AK (pp. 1-135), que tienen como autor a HASSEMER, han sido traducidas al castellano sobre el manuscrito alemán, con notas de Derecho español, por MUÑOZ CONDE, siendo publicadas con el título: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia 1989.

En contra de toda tradición, MUÑOZ CONDE no identifica cuáles son sus notas, con lo que los penalistas de habla española —que o no conocen el alemán o que, aún conociéndolo en mayor o menor medida, prefieren utilizar, cuando existe, la edición en nuestra lengua—, al citar de esa versión castellana que, en su mayor y más valiosa parte, es una mera traducción del texto germano de HASSEMER, atribuyen, lógicamente y necesariamente, a HASSEMER/MUÑOZ CONDE las ideas y las frases que, en realidad, son sólo producto del esfuerzo y del talento del autor alemán.

Si RODRÍGUEZ MUÑOZ hubiera hecho con el texto del «Tratado de Derecho penal» de MEZGER lo que MUÑOZ CONDE se ha permitido hacer con el de HASSEMER, y no hubiera identificado en su traducción cuáles eran sus notas de Derecho español, el lector de habla castellana tampoco habría podido conocer el auténtico contenido de uno de los Tratados cumbres de la ciencia penal alemana, y habría atribuido equivocadamente a MEZGER/RODRÍGUEZ MUÑOZ lo que era exclusivamente la obra intelectual del primero.

Por lo demás, y al margen ya del Derecho penal, los traductores españoles han distinguido siempre nítidamente entre lo que correspondía al libro original y lo que eran sus estudios preliminares y sus notas dirigidas al público de habla castellana, permitiendo así que se conociera, sin posibilidad de confusión alguna, el auténtico contenido del texto del correspondiente autor extranjero, por lo que no existen, por sólo mencionar algunos ejemplos, ni un KANT/DE PEROJO, Crítica de la razón pura, ni un HEGEL/MONDOLFO, Ciencia de la Lógica, ni tampoco un FREUD/LÓPEZ-BALLESTEROS, La interpretación de los sueños. (Cfr. también *infra* nota 264).

- BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 10.^a ed., 1995 (de esta obra, fundada por Baumann, se cita Baumann/Weber o Baumann/Mitsch, según quién haya sido el autor que ha elaborado el correspondiente capítulo original).
- BEULKE/BACHMANN, *Die «Lederspray-Entscheidung»* – BGHSt 37, 106, JuS 1992, pp. 737-744.
- BINDING, *Die Normen und ihre Übertretungen. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, tomo II: Schuld und Vorsatz, 1.^a Parte: Zurechnungsfähigkeit, Schuld, reimpresión de la 2.^a ed., 1914, 2.^a Parte: Der rechtswidrige Vorsatz, reimpresión de la 2.^a ed., 1926. (Toda la obra ha sido reimpressa en 1965 en Aalen).
- BINDOKAT, *Negative Beihilfe und vorausgegangenes Tun*, NJW 1960, pp. 2318-2320.
- BLEI, *Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen*, Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, pp. 119-143.
- , *Strafrecht I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch*, 18 ed., 1983.
- BOCKELMANN/VOLK, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., 1987.
- BÖHM, *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, JuS 1961, pp. 177-181.
- BOTTKE, *Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata*, 1994. (Hay traducción española de Gracia y Alastuey, publicada en «Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto», coordinado por Mir y Luzón Peña, Barcelona 1996, pp. 129-197).
- BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, 1986.
- , *Strafrechtliche Rückrufpflichten bei fehlerhaften Produkten?*, GA 1993, pp. 97-120.
- BRINGEWAT, *Der Notwehler als Garant aus vorangegangenenem Tun*, MDR 1971, pp. 716-718.
- BURI, V. *Über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung*, GS 21 (1869), pp. 189-218.
- CEREZO, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6.^a ed., 1998.
- COBO/VIVES, *Derecho penal, Parte General*, 3.^a ed., 1990.
- COUSIÑO, *Derecho penal chileno, tomo I*, 1975.
- CURY, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, 2.^a ed., 1973.
- DAHM, *Bemerkungen zum Unterlassungsproblem*, ZStW 59 (1939), pp. 133-183.
- DENCKER, *Ingerenz: Die defizitiäre Tathandlung*, Stree/Wessels-Festschrift, 1993, pp. 159-181.
- DOERING, *Strafrechtliche Garantenpflicht aus homosexueller Lebensgemeinschaft*, MDR 1972, pp. 664-665.
- DROST, *Der Aufbau der Unterlassungsdelikte*, GS 109 (1937), pp. 1-63.
- ESER, *Umweltschutz: Eine Herausforderung für das Strafrecht*, *International Conference on Environmental Criminal Law*, Taiwan 1992, pp. 1-20.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental, vol. II: Teoría general del delito y punibilidad*, 2.^a ed., 1989.

- FERRER, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, 1946.
- FEUERBACH, V. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 14 ed., editada por Mittermaier, 1847.
- FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18 ed., 1931.
- FREUD, *Zur Psychopathologie des Alltagslebens [1901]*, Gesammelte Werke, tomo IV, 7.ª ed., 1978.
- FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992.
- , *Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts*, ZStW 109 (1997), pp. 455-489.
- FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988.
- , *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, 1993.
- GALLAS, *Unterlassene Hilfeleistung nach deutschem Strafrecht, Deutsche Landesreferate zum IV Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung in Paris 1954*, editado por Wolff, 1955, pp. 344-350
- , *Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs*, ZStW 80 (1968), pp. 1-31.
- , *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968, pp. 165-202 = JZ 1960, pp. 649 ss. y 686 ss.
- , *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989.
- GARCÍA ROBLEDO, *La Guardia Civil en la protección jurídica del medio ambiente, Derecho del medio ambiente, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia*, Colección «Cursos», vol. 16, 1991, pp. 187-205.
- GEILEN, *Garantenpflicht aus ehelicher und eheähnlicher Gemeinschaft*, FamRZ 1961, pp. 147-160
- , *Stillschweigen der Angehörigen beim Mordkomplott*, FamRZ 1964, pp. 385-392.
- GEISLER, *Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltrecht*, NJW 1982, pp. 11-15.
- GEORGAKIS, *Hilfspflicht und Erfolgsabwendungspflicht im Strafrecht*, 1938.
- GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966 [hay reimpresión de 1990].
- , *Recesión de Bacigalupo, Delitos impropios de omisión*, ADPCP 1970, pp. 724-726.
- , *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad (1974)*, Estudios, 3.ª ed., 1990, pp. 218-230. (La versión alemana de este artículo, con el título «Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem», se ha publicado en Welzel-Festschrift, 1974, pp. 485-497).
- , *Relación de causalidad en la exigencia de responsabilidades penales con motivo del ejercicio del derecho a la libre exposición de las ideas (el caso Vinader)* (1985), Estudios, 3.ª ed. 1990, pp. 92-96.
- , *¿Qué es la imputación objetiva?*, (1987), Estudios, 3.ª ed., 1990, pp. 209-217.
- , *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, (1987), Estudios, 3.ª ed., 1990, pp. 182-208. (La versión alemana de este artículo, con el

- título «Handlung, Unterlassung und Verhalten», se ha publicado en Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift, 1989, pp. 159-179).
- , *Consideraciones sobre la sentencia de Hipercor*, (1989), Estudios, 3.^a ed., 1990, pp. 39-42.
- , *Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida (dolo eventual, relación parricidio-asesinato)*, ADPCP 1990, pp. 421-441.
- , *Otra vez: Los delitos contra la propiedad intelectual. (Al mismo tiempo, algunas reflexiones sobre los delitos con objeto plural inequívocamente ilícito, sobre los de actividad y sobre el ámbito de aplicación de los arts. 13 y 15 del Código Penal)*, EPC XV, 1992, pp. 99-123.
- , *Causalidad, omisión e imprudencia*, ADPCP 1994, pp. 5-60 (del fascículo II).
- , Prólogo a la 2.^a ed. (1996) del CP de la Editorial Tecnos, preparada por Gimbernat, con la colaboración de Mestre, y recogido en las sucesivas ediciones.
- , *Das unechte Unterlassungsdelikt*, ZStW 111 (1999), fascículo 2, (en prensa).
- , *Comentario al art. 11 del CP*, Comentarios al Código Penal, dirigidos por Cobo del Rosal, 1999 (en prensa).
- GÖHLER, *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die in seinem Betrieb begangenen Zuwiderhandlungen*, Dreher-Festschrift, 1977, pp. 611-621.
- GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*. Derecho penal. Parte General, 1984.
- , *Casualidad, imputación y cualificación por el resultado*, 1988.
- GONZÁLEZ GUITIÁN, *Sobre la accesoriidad del Derecho penal en la protección del ambiente*, EPC XVI, 1991, pp. 107-135.
- GRACIA MARTÍN, *La comisión por omisión en el Derecho penal español*, CDJ XXIII (1994), pp. 55-104.
- GRÜNWARD, *Das unechte Unterlassungsdelikt*, Göttingen 1956.
- , *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, ZStW 70 (1958), pp. 412-432.
- HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957.
- HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2.^a ed., 1996, (264)

(264) La 1.^a ed. de este libro (1994) ha sido traducida al castellano, con notas de Derecho español, por MUÑOZ CONDE, siendo publicada con el título: HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia 1995.

La supuesta «autoría conjunta» de la que habla MUÑOZ CONDE en el Prólogo de la obra, consiste en una parte escrita íntegramente por este autor («La responsabilidad por el producto en el Derecho penal español»), y en no identificar en la parte considerablemente más extensa redactada por HASSEMER cuáles son las notas de Derecho español, lo que ha dado lugar, nuevamente (cfr. *supra* nota 263), a que en la biblio-

- HENKEL, *Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten*, MSchrKrim 1961, pp. 178-193.
- HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, Berlín 1993.
- , *Gibt es ein «Strafrecht der Risikogesellschaft? –Ein Überblick–*, NStZ 1993, pp. 10-16.
- HIRTE, *Comentario a una sentencia del BGH de 6.7.1990* [caso «Lederspray»], JZ 1992, pp. 253-259.
- HERZBERG, *Garantenpflicht aufgrund gerechtfertigten Vorverhaltens*, JuS 1971, pp. 74-77.
- , *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, Berlín 1972.
- , *Zur Garantenstellung aus vorangegangenem Tun*, JZ 1986, pp. 986-992.
- HIPPEL, V. *Deutsches Strafrecht, tomo II, Das Verbrechen*, Allgemeine Lehren, 1930.
- HONIG, *Die Iimosphäre als Kriterium strafbaren Begehens durch Unterlassen*, Schaffstein-Festschrift, 1975, pp. 89-103.
- HÖPFNER, *Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte*, ZStW 36 (1915), pp. 103-132.
- HORN, *Strafbares Fehlverhalten von Genehmigungs- und Aufsichtsbehörden?*, NJW 1981, pp. 1-11.
- HORN/HOYER, *Rechtsprechungsübersicht zum Umweltstrafrecht*, JZ 1991, pp. 703-709.
- HUERTA, *¿Concepto ontológico o concepto normativo de omisión?*, CPC 17 (1982), pp. 231-255 [Este artículo figura también recogido en el libro de Huerta que se cita a continuación, pp. 281-308].
- , *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, 1987.
- JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Lehrbuch, 2.ª ed., 1991. (Hay traducción española de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1995).
- , *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992.
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996. (La 3.ª ed. alemana de esta obra, con adiciones de Derecho español y con el título: «Tratado de Derecho penal, Parte General», 2 volúmenes, 1981, ha sido traducida al castellano por Mir y Muñoz Conde; la 4.ª edición por Manzanares, 1993).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo III, El delito, 3.ª ed., 1965.
- KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959.
- , *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, JuS 1961, pp. 173-177.
- , *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren (1971)*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, Gesammelte Aufsätze und Vorträge, 1982, pp. 173-195.

grafía penal española se atribuyan, lógica y necesariamente, a HASSEMER/MUÑOZ CONDE ideas y frases que, en realidad, son sólo producto del esfuerzo y del talento del autor alemán.

- KAUFMANN/HASSEMER, Arthur, *Der überfallene Spaziergänger*, JuS 1964, pp. 151-157.
- KISSIN, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten*, 1933.
- KÖHLER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997.
- KOHLRAUSCH/LANGE, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen*, 43 ed., 1961.
- KONRAD, *Probleme der eheähnliche Gemeinschaft im Strafrecht*, 1986.
- KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989.
- , *Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte*, NSTZ 1990, pp. 566-570.
- , *Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, GA 1994, pp. 347-367.
- KÜHNE, *Strafrechtliche Produkthaftung in Deutschland*, NJW 1997, pp. 1951-1954.
- LANDSCHEIDT, *Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten*, Berlín 1985.
- LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972.
- LARENZ/CANARIS, *Schuldrecht*, II/2, 13 ed., 1994.
- LILIE, *Garantenstellungen für nahestehende Personen*, JZ 1991, pp. 541-546.
- LISZT/SCHMIDT, V. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, tomo I, Einleitung und Allgemeiner Teil, 26 ed., 1932.
- (LK) STRAFGESETZBUCH, *Leipziger Kommentar*, 11.^a ed., editada por Jähne, *Laufhütte y Odersky*, 1993 ss. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).
- LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal*, Parte General, I, 1996.
- MAIWALD, *Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte*, JuS 1981, pp. 473-483.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico*, Parte General, 1998.
- MATA, *De la Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*, 1996.
- , *La obligación de control de la Administración en relación a delitos cometidos por particulares, Delitos contra la Administración pública* (ed. por Adela Asúa), 1997, pp. 391-406.
- MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Ein Lehrbuch, 4.^a ed., 1971. (La 2.^a ed. alemana de esta obra, con notas de Derecho español y con el título: «Tratado de Derecho penal», 2 tomos, 1962, ha sido traducida al castellano por Córdoba).
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, tomo 2: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, Ein Lehrbuch, 7.^a ed., 1989. (Hay traducción al castellano de Bofill Genzsch, Buenos Aires 1995).
- MAYER, Hellmuth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953.
- , *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, Materialien zur Strafrechtsreform*, tomo 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, pp. 259-277.
- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Kohlhammer Studienbücher*, 1967

- MEIER, *Verbraucherschutz durch Strafrecht? Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der «Lederspray»-Entscheidung des BGH*, NJW 1992, pp. 3193-3199.
- MEINBERG, *Amtsträgerstrafbarkeit bei Umweltbehörden*, NJW 1986, pp. 2220-2228.
- MEYER-BAHLBURG, *Beitrag zur Erörterung der Unterlassungsdelikte*, Hamburgo 1962.
- , *Die Garantstellungen bei den Unterlassungsdelikten*, GA 1966, pp. 203-207.
- MEZGER, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 2.^a ed., 1933 = 3.^a ed., 1949. (La obra ha sido traducida al castellano, con notas de Derecho español, por Rodríguez Muñoz con el título: Tratado de Derecho penal, tomo I, 3.^a ed., 1955; tomo II, 3.^a ed. [adicionada y puesta al día por Quintano], 1957).
- MIR, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, ADPCP 1988, pp. 661-683.
- , *Derecho penal, Parte General*, 4.^a ed., 1996.
- MÖHRENSCHLAGER, *Revision des Umweltstrafrechts – Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität*, NStZ 1994, pp. 513-519, 566-569.
- NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, GS 111 (1938), pp. 1-121.
- NAUCKE, *Commentario a una sentencia del BGH de 6.10.1976*, JR 1977, pp. 289-292.
- NESTLER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Bürgermeisters für Gewässerverunreinigungen der Bürger*, GA 1994, pp. 514-530.
- NICKEL, *Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz «nullum crimen sine lege»* (Art. 103 Abs. 2 GG), 1972.
- NIEDERSCHRIFTEN *über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, tomo 2, Allgemeiner Teil, Sesiones 14 a 25, 1958.
- NIETHAMMER, *Strafbares Unterlassen*, ZStW 57 (1937), pp. 431-458.
- (NK) *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo 1, Allgemeiner Teil, situación: abril de 1996 (3.^a entrega). (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).
- NOVOA, *Curso de Derecho penal chileno*, Parte General, tomo I, 1960.
- NOVOA, *Fundamentos de los delitos de omisión*, 1984.
- OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, 1980.
- OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho penal, Parte General*, Teoría jurídica del delito, 2.^a ed., 1986.
- ODERSKY, *Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Gewässerverunreinigungen*, Tröndle-Festschrift, 1989, pp. 291-304.
- OEHLER, *Konkurrenz von unechtem und echtem Unterlassungsdelikt – BGHSt 14*, 282, JuS 1961, pp. 154-156.
- OTTO, *Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung*, NJW 1974, pp. 528-535.
- , *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 5.^a ed., 1996.
- OTTO/BRAMMSEN, *Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens*, Jura 1985, pp. 530-542, 592-602, 646-654.

- PAPIER, *Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, NJW 1988, pp. 1113-1116.
- PAREDES, *Límites de responsabilidad penal individual en supuestos de comercialización de productos defectuosos: algunas observaciones acerca del «caso de la colza»*, PJ 33 (1994), pp. 421-438.
- , *El «caso de la colza» o los dilemas de la protección penal de los consumidores*, Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales (Universidad Pública de Navarra) (RFCHS), 1 (1994), pp. 213-227.
- PAREDES/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, 1995 (de este libro se cita sólo de los capítulos atribuidos a Paredes).
- PFLIEDERER, *Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun*, 1968.
- PUPPE, *Comentario a una sentencia del BGH de 6.7.1990 [caso «Lederspray»]*, JR 1992, pp. 27-34.
- QUINTANO, *Delito de omisión*, *NEncJ Seix*, tomo VI, 1975, pp. 478-480
- QUINTERO/MORALES/VALLE/PRATS/TAMARIT/GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 1996
- RANFT, *Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten*, JZ 1987, pp. 859-866, 908-917.
- REUS/VOGEL, *Zur Garantenstellung des Wohnungsinhabers*, MDR 1990, pp. 869-875.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, *Omisión del deber de socorro y auxilio al suicidio*, *RFDUM* 1961, pp. 333-360
- , *La omisión del deber de socorro en el Código Penal*, 1966.
- , *Derecho penal, Parte General*, 1977.
- ROMEO CASABONA, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva politicocriminal*, LH del Rosal, 1993, pp. 925-938
- , *Límites de los delitos de comisión por omisión, Omisión e imputación objetiva*, editado por Gimbernat/Schünemann/Wolter, 1994, pp. 33-49.
- ROSAL, *Del*, *Tratado de Derecho penal español, Parte General*, vol. I, 2.^a ed. revisada y corregida por Cobo, 1976.
- ROXIN, *Ein «neues Bild» des Strafrechtssystems*, ZStW 83 (1971), pp. 369-404.
- , *Comentario a una sentencia del BGH de 9.11.1984*, NStZ 1985, pp. 319-321.
- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre 3.^a ed., 1997. [La 2.^a ed. (1994) de esta obra ha sido traducida al castellano por Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y de Vicente Remesal, Madrid 1997).
- RUIZ, Servio Tulio, *Conducta omisiva y delito de omisión*, L H Luis Carlos Pérez, 1984, pp. 77-88.
- RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966.
- , *Comentario a una sentencia del BGH de 19.7.1973*, JR 1974, pp. 159-160.
- , *Probleme de strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerunreinigungen*, Dünnebieber-Festschrift, 1982, pp. 561-582.

- , *Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantenstellungen?*, NSTZ, 1984, pp. 149-154.
- , *Primat des Strafrechts im Umweltschutz?*, NSTZ 1984, pp. 193-199, 248-254
- , *Der Dienstvorgesetzte als Garant für die gesetzmässige Bestrafung seiner Untergebenen*, NSTZ 1991, pp. 361-367.
- SAGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantspflicht von Amtsträgern*, 1989.
- SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, tomo II: Ley penal. El delito (Acción, tipicidad, antijuridicidad), 1982.
- SAMSON, *Probleme strafrechtlicher Produkthaftung*, StV 1991, pp. 182-186.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLEZ, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, ADPCP 1995, pp. 187-263.
- SAUER, *Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung*, Frank-Festgabe I, 1930, pp. 202-229.
- , *Allgemeine Strafrechtslehre. Eine lehrbuchmässige Darstellung*, 3.^a ed., 1955. (Hay traducción española de del Rosal y Cerezo, Barcelona 1956).
- SCHAFFSTEIN, *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, Gleispach-Festschrift, 1936, pp. 70-114.
- SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2.^a ed., 1975.
- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Studienbuch, 1982.
- SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 25 ed., 1997. (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva fundada por Schönke y continuada posteriormente, hasta su fallecimiento, por Schröder).
- SCHULTZ, *Amtwalterunterlassen*, 1984.
- SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986.
- SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971.
- , *Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung*, GA 1974, pp. 231-242.
- , *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979.
- , *Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität*, wistra 1982, pp. 41-50. (Hay traducción española de Brückner y Lascurain, publicada en ADPCP 1988, pp. 529-558).
- , *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, Grundfragen, 1984, pp. 1-68. (Publicado en español en «El sistema del Derecho penal: cuestiones fundamentales», introducción, traducción y notas de Silva, Madrid 1991, pp. 31-80).
- , *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, ZStW 96 (1984), pp. 287-320.
- , *Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Gewässerstrafrecht*, wistra 1986, pp. 235-246
- , *Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdelikte in Deutschland*, Internationale Dogmatik, editado por Gimbernat/Schünemann/Wolter, 1995, pp. 49-82. (Versión ampliada del artículo, traducido al español por Silvina Bacigalupo, aparecido en Omisión e imputación objetiva, 1994, pp.11-24).

- , *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, ADPCP 1996, pp. 186-217 (traducción de Manuel Cancio).
- SCHÜRMAN, *Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz*, 1986.
- SCHWARZ, *Die Kausalität bei den sogenannten Begehungsdelikten durch Unterlassung*, 1929.
- SEEBODE, *Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts*, Spindel-Festschrift 1992, pp. 317-346.
- SEELMANN, *Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantienpflichtdogmatik*, GA 1989, pp. 241-256.
- SILVA, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros*, ADPCP 1987, pp. 451-477.
- (SK) *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* 6.^a ed., situación: noviembre de 1997 (entrega 27). (Se cita por el autor de la contribución a esta obra colectiva).
- SONNEN, *Garantenstellung auf Grund der Zugehörigkeit zu einer Wohngemeinschaft und aus vorangegangenem Tun*, JA 1987, pp. 334-336.
- STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, Die Straftat, 3.^a ed., 981. (Hay traducción española de Gladys Romero de la 2.^a ed. alemana, Madrid 1982).
- STREE, *Garantenstellung kraft Übernahme*, Hellmuth Mayer-Festschrift, 1966, pp. 145-164.
- , *Ingenzprobleme*, Klug-Festschrift, tomo II, 1983, pp. 395-404.
- TORIO, *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, ADPCP 1984, pp. 693-707.
- , *Acción peligrosa y dolo*, *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, ed., por Romeo Casabona, 1997, pp. 369-385.
- TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, *Enneccerus-Festgaben*, 1913, pp. 5-126.
- VICENTE, *De, Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente*, 1993.
- VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993.
- VOGT, *Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung*, ZStW 63 (1951), pp. 381-411.
- WEBER, V., *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., 1948.
- WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Berlín 1968.
- , *Comentario a una sentencia del BGH de 29.7.1970*, JZ 1971, pp. 432-434.
- WELZEL, *Zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, JZ 1958, pp. 494-497.
- , *Comentario a una sentencia del OLG Karlsruhe de 15.10.1959*, JZ 1960, pp. 178-180.
- , *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung*, 11 ed., 1969. (La Parte General de esta obra ha sido traducida al castellano por Bustos y Yáñez, con el título: «Derecho penal alemán. Parte General», 1970).
- WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Die Straftat und ihr Aufbau, 26 ed., 1996.

Derechos humanos y respuestas a la delincuencia (*) (Reflexiones desde una ética de valores máximos)

ANTONIO BERISTAIN

Director del Instituto Vasco de Criminología
San Sebastián (España)

DEDICATORIA:

*A las personas que trabajan como Voluntarias en las Cárcelas,
A Amnesty International,
A los victimarios y a sus víctimas,
con respeto, profunda comprensión y afecto fraternal.*

SUMARIO: 1. Evolución imparabable de los paradigmas científicos.-2. Derecho básico de los victimarios: Código penal con sanciones, pero sin castigos.-3. Derecho básico de las víctimas: protagonismo desde la «A» hasta la «Z».-4. Derecho y deber básico de los operadores de la Justicia: Ciencia y praxis ética de valores máximos.-5. Anexo.-6. Bibliografía.

1. EVOLUCIÓN IMPARABLE DE LOS PARADIGMAS CIENTÍFICOS

El especialista en la teoría de la ciencia, Thomas Kuhn, fallecido el mes de junio de 1996, nos convenció a todos los científicos de que nuestros paradigmas de ayer no tienen vigencia hoy, y que los hodiernos deben ceder su plaza a los de mañana. Por eso, actualmente los

(*) Estas páginas reproducen mi exposición oral en el Seminario Internacional sobre «Justicia y Sociedad en México» (México, D.F., 11 julio 1996), con pequeñas correcciones de estilo y algunas referencias bibliográficas.

teóricos (y los prácticos) de la Justicia (penal) y la sociedad no se contentan con el *respeto* de los derechos humanos, sino que exigen su constante y creciente *desarrollo*. Su meta, añadimos nosotros, no está en el mínimo ético de las leyes punitivas (del Derecho penal tradicional) sino en la ética de los valores máximos.

En esta ponencia comentaremos la necesidad de la evolución dinámica, imparabile, de los derechos humanos de los tres lados del triángulo de la justicia penal: los victimarios, las víctimas y los operadores del Poder judicial. Comenzamos nuestra reflexión estudiando el derecho fundamental de los *delincuentes* a un Código penal con sanciones, pero sin castigos y sin venganza (primera parte); seguimos con el derecho no menor de las *víctimas* a no ser meras convidadas de piedra desde el inicio de su victimización hasta el momento de haber sido totalmente asistidas y repersonalizadas (segunda parte). Al final (tercera parte), consideraremos el derecho (y deber) elemental, en cierto sentido *nuevo*, que tenemos los *operadores de la Justicia* de conocer y practicar una *Ética de máximos*, que supere nuestra actual ceguera, que abra nuestras pupilas a eutonológicos horizontes más generosos, más responsables, más gratificantes para todos. Que incluya el sentido del vivir y del morir, el *misterium tremendum (sic)* del que hablan Karl R. Popper y John C. Eccles (1).

2. DERECHO BÁSICO DE LOS VICTIMARIOS: CÓDIGO PENAL CON SANCIONES, PERO SIN CASTIGOS

En nombre de la Justicia más elemental exigimos que ya hoy se respete y se desarrolle el derecho humano básico de las personas autoras, cómplices o encubridoras de un delito: el derecho a ser *sancionadas*, pero no a ser *castigadas*, no a ser objeto de venganza (aunque sí de sanción). El derecho a que el Código penal les imponga una sanción, pero no les imponga castigo alguno, ni maltrato, ni tortura. Por desgracia, este derecho muchas veces no se respeta ni de obra, ni de palabra; ni en la práctica, ni en la teoría (lo cual merece mayor crítica).

Con excesiva frecuencia, de hecho, (además de sancionar) se castiga a los condenados. Y, lo que considero más reprochable: legalmente, de derecho, se escribe y se dice que es justo castigar a los delincuentes. En concreto (ésta es la cuestión que vamos a tratar

(1) Karl R. POPPER, John C. ECCLES (1993): *El yo y su cerebro*, Labor, Madrid.

ahora), algunos Códigos penales, como el nuevo Código penal español, que entró en vigor el día 25 de mayo del año 1996, emplean una semántica ambivalente, imprecisa y criticable, pues hablan de *castigar* (e incluso algunas veces de *castigo*) a los autores de delitos y faltas. Así, en los 18 primeros artículos del actual Código penal hispano aparece 13 veces el verbo *castigar*; en el Libro II, el mismo verbo se encuentra en casi todos los artículos; concretamente, 31 veces en los artículos 138 al 168. Dos artículos hablan de *castigo* como equivalente a pena: el 171.3. «para facilitar el castigo de la amenaza», y el 612.3.º «el que con ocasión de un conflicto armado... imponga castigos colectivos».

Lógicamente, algunos Magistrados hablan también de castigar y de castigo. Así Vicente Ortega Llorca, al estudiar la individualización y determinación de la pena (2) escribe: «...las penas con que podía ser castigado por un determinado delito, dejando libremente en manos de los jueces la fijación del castigo que debía imponerse...»

Creo que, aunque excepcionalmente, también el Código penal mejicano, hace algunos años, hablaba alguna vez de «castigar», por ejemplo en el artículo 195 (cfr. Decreto del 28 de diciembre de 1974): «Se castigará con prisión de seis meses a un año...». (Hoy ha mejorado radicalmente la formulación de éste y otros artículos).

Consideramos importante y urgente que el Código penal y todas las leyes policiales, procesales, penales y penitenciarias destierren de su articulado los vocablos «Castigar» y «Castigo». Si no lo hacen, se debe a que en el fondo conservan todavía una cosmovisión retributiva, en el sentido negativo de la palabra, y talional; peor aún, vindicativa. Opinamos que el tema no es baladí (3).

Actualmente la teoría de los fundamentos y los fines de la pena y de las medidas penales (de seguridad y de reeducación) difiere radicalmente de la doctrina de siglos pasados. Hoy nadie propugna ni admite la expiación, la venganza, la *Sühne*, el «malum passionis propter malum actionis», de Boecio (480-525). Hoy, la doctrina penal no permite, ni a la ley, ni al Juez, responder con un daño y un dolor al daño y al dolor que produjo el delincuente. Ya nadie admite el criterio talional del «ojo por ojo y diente por diente». Hoy, todos

(2) Vicente ORTEGA LLORCA (1993): «Individualización y determinación de la pena (Aspectos jurídicos)», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, p. 18, Madrid.

(3) Cfr. Ludwig WITTGENSTEIN (1993): *Tractatus Logico-Philosophicus*, traducción e introducción de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, 4.ª reimpresión, Alianza, Madrid, 35: «3.22. En la proposición el nombre hace las veces del objeto.»

los teóricos en Derecho penal, como en Filosofía y en Teología, rechazan la doctrina retributiva de san Anselmo, arzobispo de Canterbury (1033-1109). Ningún jurista propugna hoy la venganza irracional, ilimitada. Ni la racional, ni la limitada.

Si las penas y las medidas penales se han transformado tan radicalmente en la teoría y también (aunque muchísimo menos) en la praxis, lógicamente debe cambiarse también su denominación, su nombre. Cuando, en siglos pretéritos, los códigos y los jueces y los funcionarios de Instituciones penitenciarias pretendían castigar y afligir y atormentar a los delincuentes, era lógico que se hablase de castigos.

Pero, en nuestros días, cuando los Convenios internacionales, las Constituciones nacionales, los catedráticos de Derecho penal, los códigos y los jueces y las Instituciones penitenciarias, proclaman que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...» (Constitución Española de 1978, art. 25), y que «La actividad penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad...» (Reglamento Penitenciario español de 1996, art. 2), parece lógico y obligado que los Códigos penales y las otras leyes correspondientes no continúen hablando de castigos y de castigar. (Ya el año 1989, Lorenzo Morillas, en su monografía sobre la «Pena» (4) reconoce que «La pena ha sido considerada frecuentemente como castigo». Pero rechaza que deba mantenerse tal consideración, rechaza que la pena sea «venganza social contra el que delinque»).

Parece exigible que no se empleen estas palabras. Resultan más idóneos los vocablos «sancionar» y «sanción». Deseable parece llegar más adelante, y crear palabras nuevas pues las realidades, las instituciones, que regulan y a las que se refieren son nuevas. Por ejemplo, el trabajo en favor de la comunidad es una creación, una innovación,

(4) Lorenzo MORILLAS (1989): *sub voce*: «Pena», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XIX, p. 347, Barcelona. En sentido parecido, Carlos GARCÍA VALDÉS (1987): *Teoría de la pena*, 1.ª reimpresión, Tecnos, pp. 167 ss., Madrid.

Enrique GIMBERNAT, más en general, habla de «un revolucionario cambio en la concepción de nuestra disciplina» (E. GIMBERNAT, B. SCHÜNEMANN, J. WOLTER (Edit.) (1994): *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Universidad Complutense, Centro de Estudios Judiciales del Ministerio de Justicia e Interior, p. 118, Madrid). Él considera que «el reproche más grave que puede hacerse al legislador es que una pena sea –en absoluto o en su rigor– innecesaria, que se cause más padecimiento del absolutamente imprescindible» (E. GIMBERNAT (1990), *Estudios de Derecho penal*, 3.ª edición, Tecnos, p. 153, Madrid).

jurídico-social que antes no existía. Quizás incluso las palabras sanción y sancionar deban dejar su sitio a otros vocablos más de acuerdo con las teorías hodiernas. Quizás se debe hablar de *respuestas* al delito, de *consecuencias sociales*, de *creaciones criminológicas*, etcétera. (5).

Estas afirmaciones entrañan contenidos de amplia y profunda trascendencia porque toda palabra manifiesta y/o engendra ideas, y toda idea manifiesta y/o engendra acciones.

A comienzos de 1995, hablando con una de las personas que preparaban el nuevo Código penal español, le pedí que eliminasen del articulado estas dos palabras: castigar y castigo. Me contestó que no pensaban hacerlo porque, según los diccionarios más autorizados, esas palabras equivalen a sancionar y sanción y pena, etcétera. Le respondí que los especialistas en cada tema –aquí Derecho penal y Criminología– debemos abrir caminos novadores y brindar vocablos nuevos a los señores Académicos de la lengua; debemos caminar delante de ellos; lo contrario equivaldría a poner el carro delante de los bueyes.

Por motivos más o menos conocidos, los diccionarios no tienen en cuenta la fontal, histórica, diferencia que, según la doctrina jurídico penal hodierna, separa el castigo de la sanción penal. La inmensa mayoría de los diccionarios equiparan ambos vocablos; prescinden, desconocen o se olvidan de su distinto contenido. Al leerlos, se corre el peligro de ignorar que, como hace ya cuatro siglos escribió Francisco Suárez (1548-1617), una cosa es sancionar y otra muy distinta vengarse: «Aliud est punire, aliud vindicare». Por desgracia, los diccionarios no lo han tomado en cuenta todavía.

El *Diccionario de la lengua española* (6) ofrece cinco acepciones de la palabra *sanción*: «Estatuto o ley. / 2. Acto solemne por el que el jefe del Estado confirma una ley o estatuto. / 3. Pena que la ley establece para el que la infringe. / 4. Mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su *castigo* o pena. / 5. Autorización o aprobación que se da a cualquier acto, uso o costumbre». (Subrayado mío).

De hecho, en el lenguaje popular la palabra sanción se emplea en todos estos sentidos, pero como penalista y criminólogo tengo que criticar que se equipare la sanción o la pena al castigo. Lo critico por múltiples motivos. Uno de ellos porque, según el mismo *Diccionario* de la Real Academia (p. 435), «Castigar» equivale a «Mortificar y afligir».

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

(6) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (1992): *Diccionario de la lengua española*, vigésima edición, Madrid, 1839.

Sigamos leyendo el Diccionario. Del vocablo «Castigo» ofrece seis acepciones (p. 435). Nos interesa la primera: «Pena que se impone al que ha cometido un delito o falta». Y, por fin, de la palabra «castigar» brinda nueve acepciones, de las cuales nos interesa sobre todo la segunda (que acabo de citar): «Mortificar y afligir».

María Moliner (7) entiende por *Castigo*, en primer lugar, «Acción de castigar» y, en segundo lugar, «Tormento». Al definir las múltiples acepciones del verbo «Castigar», la primera coincide con la mayoría de los diccionarios, pues dice «Infligir un daño a alguien que ha cometido un delito o falta o que ha ofendido o causado algún daño a quien le castiga»; y entre los inmediatos sinónimos escribe «ahorcar, atormentar, azotar, lapidar, linchar, expiar, vindicta pública», etcétera. Resulta difícil creer que los especialistas en el control penal de la criminalidad admitan que cuando sancionan pretenden ahorcar, atormentar, etcétera.

En el *Diccionario manual de sinónimos y antónimos* (8), «Castigar» significa: «Penar, sancionar. 2. Mortificar, afligir. 3. Corregir, enmendar (Tratándose de escritos)». A continuación, al comentar el vocablo «Castigo» transcribe el comentario de José Joaquín de Mora en su *Colección de sinónimos de la lengua castellana*, del año 1855: «*Castigo* es el acto de imponer la *pena*; es el género, y *pena* es la especie. El *castigo* que se impone es la *pena*. El *castigo* que la ley impone al asesinato es la *pena* de muerte».

De modo semejante, para el *Pequeño Espasa. Diccionario Enciclopédico* (9), «Castigar» significa en primer lugar «Ejecutar algún castigo en un culpado»; y en segundo lugar «Mortificar». En este mismo diccionario (p. 229), la palabra «Sanción» sólo en su tercera y cuarta acepción se refiere al Derecho penal: «3. Pena que la ley establece para el que la infringe, 4. Mal dimanado de una culpa o yerro y que es como un castigo».

El abogado argentino Manuel Ossorio, en su *Diccionario de ciencias políticas, jurídicas y sociales* (10) escribe: «Castigo. Pena o represión / Enmienda o represión».

(7) María MOLINER (1986): *Diccionario del uso del español*, p. 551, Madrid.

(8) José Manuel BLECUA PERDICES, Miembro Correspondiente de la Real Academia Española (Dir.) (1992): *Diccionario manual de sinónimos y antónimos*, 8.ª edición, p. 136, Barcelona.

(9) *Pequeño Espasa. Diccionario Enciclopédico* (1993), p. 287, Madrid.

(10) Manuel OSSORIO (1984): *Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales*, Heliasta, p. 115, Buenos Aires.

En resumen, según todos los mejores diccionarios de nuestra lengua, castigar y castigo equivalen a afligir y causar daño; también equivalen a sancionar y sanción, a penar y pena, etcétera.

Así, dan pie a pensar que afligir y causar daño es lo que pretende la ley penal cuando, al señalar las penas correspondientes a los autores de delitos y faltas, emplea los vocablos *castigo* y *castigar*.

Lejos de mí el pedir a los autores de los Diccionarios que modifiquen sus textos. Pero, como catedrático de Derecho penal, sí me compete exponer respetuosamente mis críticas a quienes elaboran y redactan las leyes penales, policiales, procesales y penitenciarias, si emplean los vocablos castigar y castigo.

Salta a la vista que algunas acepciones que aparecen en los diccionarios como equivalentes de sancionar, sanción y pena o medida penal, difieren radicalmente de lo que actualmente piensa la teoría y hace (o pretende hacer) la praxis del Derecho penal. Por lo tanto, urge que los textos legales y los tratados doctrinales y jurisprudenciales no continúen usando las palabras castigar y castigo.

Ha llegado ya el momento de eliminar las expresiones vindicativas del Derecho penal medieval. Se ha de superar la etapa que, por incuria del poder político, judicial, económico, religioso y académico, llega hasta hoy, como indica G. Radbruch (11). Concretamente, afirma: «Hasta hoy en día, las leyes criminales conservan rasgos de su origen en el castigo esclavista... Ser castigado significa ser tratado como un esclavo. Esto fue destacado simbólicamente en los viejos tiempos cuando al azote se le agregó la tonsura porque la cabeza rapada era la marca del esclavo».

Basta lo hasta aquí indicado para concluir que los nuevos códigos penales y los jueces, policías, criminólogos, victimólogos y penalistas no debemos emplear la palabra castigar y castigo en nuestros temas pues nadie tiene derecho hoy a seguir conservando la mentalidad primitiva, premedieval, de que la Justicia penal pretende mortificar y afligir.

Por desgracia, como he constatado antes, el nuevo Código penal español que entró en vigor el 25 de mayo de 1996 continúa hablando de castigar y de castigo, lo mismo que en la Edad Media, lo mismo que cuando se quemaba a las brujas en la hoguera y se torturaba a los condenados por herejía o por una blasfemia.

(11) Gustav RADBRUCH (1950): «Der Uprung des Strafrechts aus dem Stande der Unfreien», en IDEM, *Elegantiae iuris criminalis*, Editorial für Recht und Gesellschaft, Basilea.

En el umbral del siglo XXI los victimarios tienen un derecho elemental a que no se les *castigue* y a que no se *combata contra* ellos. La guerra no debe tener cabida en nuestra cultura. Los juristas hemos de implantar la paz y desterrar el combate (como ya, en el siglo XVI a. de C., proclamó el profeta Zacarías (12): «Él hará desaparecer de la tierra de Efraín los carros de guerra, y de Jerusalén, los caballos de combate. Romperá el arco del guerrero y anunciará la paz a las naciones»). El legislador no debe olvidarlo. Menos lo olvidará cuando redacta una Ley Orgánica del máximo rango, como una *Constitución negativa*.

3. DERECHO BÁSICO DE LAS VÍCTIMAS: PROTAGONISMO DESDE LA «A» HASTA LA «Z»

El Código penal español de la Democracia introduce importantes mejoras en su nueva normativa. Especial mención laudatoria merecen los artículos que crean las nuevas sanciones de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana. (Después veremos su cuestionable puesta en práctica).

Pero resulta lamentable la poquísima atención que presta a las víctimas. Prácticamente desconoce la que hoy, en la doctrina internacional, es la piedra sillar de la justicia penal: *el escuchar, entender y atender a las víctimas* de la criminalidad. El reparar todos los daños que se les han causado; la mediación entre el delincuente y sus víctimas. Y, todo ello, desde la perspectiva de un nuevo e innovador concepto de víctimas que va más allá de la tradicional noción del sujeto pasivo del delito. Muchas personas perjudicadas por el crimen mediata y/o indirectamente también son víctimas (13).

Por ejemplo, las víctimas de cualquier delito terrorista son muchas más personas que la persona concreta asesinada y sus familiares/amistades. Víctimas son (y debía reconocerlo el Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal), además del sujeto pasivo de la infracción, todas las personas físicas y/o jurídicas que directamente sufren un daño *notable* como consecuencia inmediata o mediata de la infracción.

(12) ZACARÍAS, cap. IX, versículos 9-10.

(13) Antonio BERISTAIN (1993): «¿La sociedad/judicatura atiende a 'sus' víctimas/testigos?», en Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho judicial. La Victimología*, tomo XV, pp. 161 ss., Madrid.

En anteriores publicaciones he demostrado, o intentado demostrar, que el nuevo Código debía hacer referencia expresa a las víctimas en muchos de sus artículos (14). Baste recordar un par de ellos: El 66 pide al Juez o Tribunal que en la aplicación de la pena observen diversas reglas; entre otras, que tenga en cuenta «las circunstancias personales del delincuente y (a) la mayor o menor gravedad del hecho». Y, aunque parezca increíble, nada dice de las circunstancias personales de las víctimas. Algo similar puede criticarse, aunque en grado menor, respecto al artículo 88.1. En el artículo 106 parece vergonzoso que se preceptúe «...el Juez o Tribunal sentenciador dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al (infractor) sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad», y, en cambio, nada se diga de las atenciones o ayudas que corresponden a las víctimas.

Pero, también merece críticas, y mayores aún, el Real Decreto del 26 de abril de 1996, que entró en vigor el mismo día que el nuevo Código penal (25 de mayo de 1996). Este Decreto establece las circunstancias de ejecución de las nuevas penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de arresto de fin de semana (arts. 49 y 37 del Código).

La sanción de los fines de semana es privativa de libertad. Salvo supuestos excepcionales, tan sólo podrán imponerse, como máximo, 24 fines de semana. Cada uno podrá durar 36 horas y equivaldrá a dos días de privación de libertad.

Se cumplirá en el centro penitenciario más próximo al domicilio del arrestado o en el depósito municipal de detenidos, en caso de que no exista centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado. Dado que en muchos partidos judiciales no hay centro penitenciario, esta norma exigiría la construcción de «calabozos» municipales, en todos (que son muchos) los municipios que carecen de ellos.

En cambio, la pena de trabajo en beneficio de la comunidad es privativa de derechos. Pretende que el penado colabore personalmente en actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo. La victimología pide al victimario que ese su trabajo se esfuerce en acciones que reparen los daños y perjuicios causados a las víctimas. Esta reparación a las víctimas debe proclamarse como la primera finalidad de ésta y otras sanciones penales. En este punto deseamos

(14) Antonio BERISTAIN (1997): «El Código penal de 1995 desde la Victimología», *La Ley*, año XVIII, núms. 4302 y 4303, 4 y 5 de junio, 1-5 y 1-7, respectivamente.

transcribir, y lamentar, las respuestas de 884 jóvenes de San Sebastián (España) y Bayona (Francia) a los que, dentro de una investigación acerca de «Las representaciones sociales de los jóvenes sobre la criminalidad», se les interrogó sobre cuál creen que es la finalidad de la sanción penal. Sus contestaciones aparecen resumidas en el cuadro siguiente que patentiza la poca importancia que conceden a la reparación (9,4 por 100) (15) frente a la mucha que les merece el castigo (51,7 por 100) como venganza y/o expiación.

Si, después de esta breve valoración, volvemos a considerar nuestra legislación, llama la atención que ni el preámbulo ni los 24 artículos de este Decreto hagan una sola referencia a las víctimas del delito. Por desgracia, se mantiene la cosmovisión decimonónica que dentro del Derecho y de la Justicia Penal incluye y tiene en cuenta única-

FINES QUE TIENEN EN LA ACTUALIDAD LAS PENAS

| | Total | | Lugar | | Edad | | Estudios | |
|---|-------|------------|------------|--------|------|------|----------|------|
| | N | Porcentaje | S. Sebast. | Bayona | 18 | +18 | FP | COU |
| Castigarle por lo que ha hecho | 451 | 51,7 | 56,9 | 35,4 | 46,8 | 58,5 | 55,5 | 49,8 |
| Castigarle para no reincidir | 197 | 22,6 | 20,5 | 29,2 | 28,2 | 15,6 | 15,4 | 26,2 |
| Reparar a la víctima | 69 | 7,9 | 7,5 | 9,1 | 8,3 | 6,5 | 8,9 | 7,4 |
| Escarmiento para que otros no hagan lo mismo. | 82 | 9,4 | 8,7 | 11,5 | 8,3 | 11,1 | 9,9 | 9,1 |
| Oportunidad de rehabilitación | 73 | 8,4 | 6,3 | 14,8 | 8,3 | 8,2 | 10,3 | 7,4 |
| En blanco | 12 | 0 | — | — | — | — | — | — |
| Total | 884 | 100 | 673 | 211 | 511 | 365 | 296 | 588 |

mente al delincuente y a la sociedad, es decir al Estado o a la comunidad; pero no a las personas concretas que sufren el daño y las consecuencias del crimen.

El artículo uno habla de «interés social y valor educativo, tendente a servir de reparación para la comunidad perjudicada»; pero nada dice

(15) Manuel GONZÁLEZ AUDICANA, Jocelyne CASTAIGNEDE, Iñaki DENDALUZE, Pedro LARRAÑAGA (1995): «Representaciones sociales de los jóvenes sobre la criminalidad. Investigación transfronteriza», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), p. 441, Madrid.

de las personas concretas, que, según la doctrina contemporánea, deben ser los primeros protagonistas y beneficiarios de la justicia penal merecedora del nombre de justicia humana.

Este olvido de las víctimas vicia y debilita radicalmente esta nueva legislación penal española. El Estado no puede seguir siendo el único interlocutor con los delincuentes. Tampoco la comunidad. Tampoco basta con que el Juez o Tribunal escuche a las víctimas. Éstas deben ser mucho más que convidados de piedra. Por justicia (no por caridad), podrán participar eficazmente durante el proceso; y no menos cuando se determine la sanción, la respuesta, al delincuente.

Las víctimas han de intervenir activamente también en la ejecución de las penas y las sanciones. Tanto en las privativas de libertad, por ejemplo en los arrestos de fin de semana, como en las privativas de derechos, por ejemplo el trabajo en beneficio de la comunidad. Quizás esta sanción debía denominarse trabajo en beneficio de las víctimas.

Bien está que el artículo dos establezca que «el penado podrá proponer un trabajo concreto, aun cuando no esté convenido con la Administración penitenciaria». Pero, la Criminología y la Victimología exigen que se reconozca a las víctimas el mismo derecho, y aun mayor. Por ejemplo, el derecho de controlar la ejecución de la sanción (junto con la Administración, el Juez o el Tribunal).

Merece alabarse el artículo 4 cuando pide que se tenga en cuenta «el entorno social, personal y familiar» del penado. Pero debía pedir también que se tengan en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de las víctimas. Algunas veces deberá prohibirse que el condenado trabaje en lugares próximos a la residencia de las víctimas.

Termino este apartado con una interrogación. Los artículos diez y veinticuatro establecen que se envíe información de cómo se cumplen estas penas a diversas personas e instituciones (autoridades judiciales y fiscales, etcétera). ¿No sería exigible que se envíe información a las víctimas? ¿No sería de justicia y de equidad que éstas participen, más o menos, y que estén informadas de «las vicisitudes ocurridas durante la ejecución (de estas sanciones), a efectos de la liquidación definitiva de la pena»?

Por la Ley del Jurado, del 22 de mayo de 1995, el Leviatán del Estado ha cedido algo de sus omnímodos poderes en favor de los ciudadanos y ciudadanas, pero debe ceder todavía muchos más en favor de las víctimas. Y debe atenderlas con más respeto y con más inteligencia. Por favor, que supere la miopía y se entere de lo que ya está cansada de proclamar la más elemental ciencia victimológica.

4. DERECHO Y DEBER BÁSICO DE LOS OPERADORES DE LA JUSTICIA: CIENCIA Y PRAXIS ÉTICA DE VALORES MÁXIMOS

Ha llegado el momento de preguntarnos ¿admitimos hoy los operadores de la Justicia nuestro derecho a (y correspondiente deber de) conocer y practicar la Ética? ¿Es la Ética importante para nuestro cotidiano quehacer? ¿Es imprescindible?

¿Debemos ejercer el Poder judicial sobre una base antropológica que abarque la totalidad del ser, su pasado y su futuro?, ¿que ubique en ese cosmos al hombre activamente?, ¿con horizonte del más allá, integrador y *superador* de la sociedad tecnócrata centrada en la economía unidimensional?

Dicho de otro modo: ¿pueden alcanzarse todas nuestras metas a través de sólo una reactivación del Derecho penal y de su uso creativo? Para alcanzar la sensibilización necesaria, ¿tenemos que incluir realidades éticas (y místicas) más allá de las tradicionales dimensiones de ley, delito, expiación, pena, retribución, compensación...? ¿Puede el operador de la Justicia dar por satisfechas sus pretensiones sociales y políticas sólo con dosis «cartesianas» de Derecho penal y Criminología y Victimología? Releyendo a Radbruch, ¿buscamos un Derecho penal mejor, o necesitamos algo mejor que el Derecho penal?

Permítanme que responda a estas preguntas también con sentimientos, y no sólo con argumentos racionales.

Empezaré por el concepto de Ética para explicar después los enriquecimientos que puede aportar la Ética a la Justicia penal. Creo que el lugar, el *topos*, de la Ética en el Poder judicial debe ser redefinido.

Para nosotros, la Ética es como un rayo de luz procedente de otro reino y que penetra en el oscuro y frío mundo de la Justicia y la Equidad. Este rayo de luz viene a recordar que la consideración racional de las cosas con respecto a un fin no es la única posible y que, a la par y por encima de la Administración de la Justicia, que también quiere ser razón y fin, existen otros muchos sistemas de valores muy distintos y más elevados, más eutonológicos (en acertada terminología de Henri Laborit).

Para nosotros, la Ética se patentiza como una *luz* especial, maravillosa, como *valor*, *deber* y *fuerza*. La Ética es una especie de luz muy clara.

Si pudiéramos preguntar a Goethe qué es la Ética, probablemente respondería «más luz». Por eso, el artista vasco Eduardo Chillida ha construido en Frankfurt su «Casa de Goethe» sin tejado. Le parece

que Goethe no soportaría el tejado de su casa, ya que él necesitaba más luz, directa desde el cielo.

La Ética es también un valor superracional, ni irracional ni confesional, que abarca y abraza a todo el mundo, todas las galaxias.

Esta Ética exige (al tiempo que posibilita) la tendencia en todo tiempo y lugar hacia la solidaridad, la paz, la justicia, la comprensión, la felicidad, el amor y la responsabilidad (más que a la mera reparación de la culpa).

Nuestra Ética no es sólo una Ética del deber, sino también una fuerza gratificante, una esperanza, un camino para la personal autorrealización, desde y hacia la alteridad, la otredad. Desde y hacia la experiencia personal, profunda, del silencio de lo espiritual, del «gozo pleno» que postula y promete Jesús, en el momento más solemne de su vida (16).

Una Ética que aporta notables enriquecimientos al Derecho penal, a la Criminología y a la Victimología por su fuerza formadora y transformadora del sistema de control social porque incluye ideales de perfección y felicidad, religión, moral, iglesia (en cuanto comunidad fraternal, servicial/gozosa).

A este respecto, pregunta Horacio: *Quid leges sine moribus?* («¿Qué es la Administración de la Justicia sin Ética?»), si las buenas costumbres fueran eficaces, no serían necesarias las leyes y, si las buenas costumbres perdieran su vigencia, las leyes serían igualmente inútiles.

Muchos sociólogos mantienen que actualmente, en todo el mundo, la Ética religiosa está perdiendo su fuerza de control social; también a los subsistemas ético y moral les falta una paralela claridad normativa y una institución de apoyo al estilo de las comunidades religiosas.

En la hodierna situación sociológica y espiritual de anomía y desencantamiento (17) surge la pregunta de quién establece con nitidez los valores y los hace obligatorios e ilusionantes. Según Kaiser, son los propios ciudadanos con su interrelación o también la opinión pública y los medios de comunicación. Con esto queda patente que los valores de nuestra sociedad serían menos universales, más fortuitos y probablemente más arbitrarios. Las orientaciones sólidas para la joven generación serían entonces menos creíbles y mucho menos con-

(16) *Evangelio de San Juan*, cap. XV, vers. 11: «Ut gaudium vestrum sit plenum».

(17) Max WEBER (1968): *Soziologie. Weltgeschichtliche Analysen, Politik*, Stuttgart, 190; idem (1987): *Ensayos sobre sociología de la religión*, tomo I, versión castellana de José Almaraz y Julio Carabaña, 2.ª edición, Taurus, pp.194 ss., Madrid, 102.

vincentes aun a la hora de ser transmitidos. Aquí, al reconocer y señalar semejantes consecuencias, parece vislumbrarse una importante laguna ética en la cultura y cosmovisión contemporánea.

Concretamente, en España la situación es problemática. A este respecto, Tomás Calvo Buezas, profesor de antropología social en Madrid, ha estudiado la vivencia de 5.188 jóvenes (18). Concluye que, en España, el control social es ejercido principalmente por la familia (73 por 100); le siguen la escuela (24 por 100), los amigos (17 por 100), los medios de comunicación (11 por 100), y, por fin, la iglesia (8 por 100). Sin embargo, según este mismo estudio, la iglesia ofrece más confianza que instituciones públicas tales como el Ejército, la Justicia, el Gobierno, los partidos y el Parlamento. Por eso, la Ética es la última posibilidad de control social en general y, especialmente, la última posibilidad de control social penal. Por decirlo con palabras del profesor Kaiser, como última posibilidad de control nos queda «la esperanza y la confianza en la conciencia moral de la sociedad, quizás también en la consolidación de los valores religiosos fundamentales».

Otro enriquecimiento que puede y debe aportar la Ética a los operadores de la Justicia es la superación del maniqueísmo.

El Nuevo Testamento con su relato de la mujer adúltera (19) nos ofrece una lección importante: todos somos culpables. Dicho de otro modo, todos delinquimos porque todos somos delincuentes. Por lo tanto, es falso pensar que sólo los que cometen delitos son delincuentes. Toda persona es limitada, imperfecta y culpable (como demuestran Paul Ricoeur, Kahlil Gibran, Raúl Zaffaroni y tantos especialistas... y los periódicos de cada día).

Hasta los «ciudadanos modelos» cometen delitos y no sólo delitos de bagatela, tal y como Friedrich von Spee señala en su *Cautio Criminalis* (20): «15.^a pregunta: ¿Qué clase de gente es la que verdaderamente hostiga siempre a los soberanos en contra de las brujas?... El primer grupo está compuesto por teólogos y prelados, que cómoda y ricamente sentados en sus gabinetes, ocupados siempre en sus propios pensamientos, andan en las nubes. De lo que sucede en los tribunales, de los horrores del calabozo, del peso de las cadenas, de los instrumentos de tortura, del desamparo de los pobres, no saben nada. Por lo visto es incompatible con sus dignidades y obli-

(18) Cfr. el diario *El País*, Madrid, 7 enero 1994.

(19) *Evangelio de San Juan*, cap. 8.

(20) Friedrich von SPEE (1632): *Cautio criminalis, seu de processibus contra sagas. Liber ad magistratus*, 2.^a edición, Frankfurt.

gaciones científicas el visitar cárceles, hablar con los miserables, escuchar las quejas de los desfavorecidos...» «El segundo grupo es el de los juristas...».

Una dificultad contra esta tesis de que todos somos delincuentes objeta que «si todos somos delincuentes, en el fondo nadie es delincuente». En realidad lo somos, aunque entre unos y otros medie una importante diferencia cuantitativa, pero no cualitativa.

Demos un paso más, veamos otra aportación de la Ética: la superación de la cosmovisión retributiva.

No se debe entender el control social del Derecho penal como expiación o sólo como pena retributiva: *Malum passionis propter malum actionis* («El daño que se sufre por el daño que se causó»). Sin embargo, de hecho, en todos los países a la mayoría de los delincuentes condenados se les impone la pena como expiación o respuesta retributiva.

La Ética enseña y pide a los operadores de la Justicia que critiquen con energía este orden de cosas, para transformar esta situación a través de nuevas alternativas más humanas.

En 1993, en el último Congreso Internacional de Criminología de Budapest fueron muchos los criminólogos que propusieron como alternativa las penas y medidas restauradoras. Muchos colegas ven la finalidad humana del Derecho penal y de la Criminología en la reparación, la compensación del daño, el acuerdo restaurador entre autor y víctima. Esta tendencia presenta grandes ventajas en comparación con la expiación y la retribución. No obstante, opino que el Derecho penal y la Criminología actual, constituida sobre la base de la Antropología y la Sociología científicas, tiene la capacidad cognitiva, el deber y la energía necesarias para imaginar y elaborar otras alternativas más humanas, más dinámicas: las sanciones recreativas.

Las personas, tanto hombres como mujeres, son activas, prometi-cas y tienen la mirada puesta en el futuro. La respuesta al delito debe ser también creativa. Nada de expiar, rechazar o retribuir; en su lugar, generar y regenerar, reconstruir.

En la Capilla Sixtina, la *Creación del hombre*, de Miguel Ángel, muestra la mano de Dios en el momento de la creación del hombre, pero muestra también la mano del hombre, que debe seguir haciendo, forjando, otros hombres como él. Mejor dicho, como Dios.

Por todo ello, la sanción, incluso la privativa de libertad, debe suponer algo más que una simple compensación de la culpa y/o del daño (*Ausgleich*). Tiene que dar lugar a una reconciliación

(*Versöhnung*) (21). Nuestra ciencia y praxis de la Justicia no deben únicamente preservar, conservar, el hombre y el mundo, sino que deben desarrollarlos más y más. El hombre, a la luz de la Ética actual, no puede limitarse a conservar el mundo, sino que tiene la obligación de contribuir a su evolución y maduración. La sanción del futuro impone al autor del delito una tarea rebosante de sentido humano creador y una labor de reconciliación social.

Llego al final, aunque no pretendo llegar a una conclusión. Hemos reflexionado sobre la Ética utópica, de valores máximos. Preguntémonos, inspirados en Karlfried Graf Dürckheim (22), ¿se ha quedado reducido el operador de la Administración de la Justicia a funcionario de una prolífera sociedad de consumo, producción y competitividad con leyes propias como última instancia soberana? ¿Ha errado en su camino interno de manera que, ahora, los más profundos estratos de su alma comienzan a rebelarse, a forzar un giro radical y de gran envergadura para su desarrollo espiritual a escala planetaria?

Hasta ahora hemos hablado de ética civil o secular. ¿Conviene reflexionar ahora, muy brevemente (de un modo general), sobre la ética mística?

La mística, como indica K. Dürckheim (23), no puede describirse, quizás tenga algo que ver con el alejamiento, el desapego, el raptó, algo parecido a lo numinoso, la cualidad que anuncia de forma infalible y clara la presencia de *otra* realidad en la conciencia humana. Ella es algo totalmente diferente. No es el superlativo de una percepción de lo bello o lo bueno...; es algo que nos arrebató y nos vence con el poder de lo atractivo y peligroso al mismo tiempo, que nos hace salir del ámbito de nuestro universo propio y nos lleva a otro cosmos, que trasciende la dimensión de nuestro propio horizonte, donde algo nos espera, algo con fuerza para destruir o salvar, encadenar o liberar.

Los operadores de la Administración de la Justicia podemos aprender algo de los místicos, como también los místicos pueden aprender algo de los operadores de la Administración de la Justicia.

(21) EVANGELISCHE KIRCHE IN DEUTSCHLAND (1990): *Strafe: Tor zur Versöhnung? Eine Denkschrift der Evangelischen Kirche in Deutschland zum Strafvollzug*, Gütersloher Verl.-Haus Mohn, pp. 122 ss., Gütersloh.

(22) Karlfried Graf DÜRCKHEIM (1982): *Hacia la vida iniciática. Meditar ¿Por qué y cómo?*, versión española por Concha Quintana de la obra francesa titulada *Mediter. Pourquoi et comment*, Mensajero, Bilbao, 255 ss.

(23) Karlfried Graf DÜRCKHEIM (1983): *Vom doppelten Ursprung des Menschen. Als Verheissung, Erfahrung, Auftrag*, 7.^a edición, Herder, Freiburg im Breisgau, pp. 12 ss.

Como resumen de todo lo anteriormente comentado, permítasenos proclamar que en el umbral del tercer milenio la sociedad y la Justicia necesitan cultivar más el respeto y el desarrollo de los derechos/deberes humanos (de la axiología cumbre) de los victimarios, de las víctimas y de los operadores del Poder Judicial.

5. ANEXO: LAS MUJERES LUCHAN PARA VENCER EL MIEDO (24)

«Desde la una de la mañana uno por uno nos fueron sacando. (...) ahí sí me golpearon, tenía ya todavía morados los brazos y la cara y aquí en esta parte de las piernas. Y ahí fue que me hicieron unos toques eléctricos. Ellos me preguntaban “quién es el que viene a organizar a la gente”, que si es el EZLN (...). Pero yo desconozco de todo eso, lo único que decía yo, que me mataran, que mejor no me tuvieran haciendo tortura».

Julieta Flores, la narradora de estas palabras fue violada, le aplicaron corriente eléctrica en los pezones y en las piernas, casi fue asfixiada introduciendo su cabeza en una tina llena de agua, le introdujeron por la fuerza agua mineral con gas y polvos de chile por la nariz y le golpearon todo el cuerpo.

Durante los últimos veinte años, AI ha documentado con preocupación la situación de los derechos humanos en México, haciendo hincapié en los efectos que sobre la población mexicana tiene la persistencia de la impunidad.

La violación de los derechos humanos de las mujeres está estrechamente relacionada con su militancia política, sindical o en movimientos de defensa de los derechos humanos. Con frecuencia son jóvenes o indígenas que no hablan español, lo que las hace más vulnerables.

Compromiso oficial

México se ha comprometido, sin reservas, a poner en práctica la Declaración y Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la ONU sobre la mujer, aprobada en Pekín, así como otras normas internacionales relacionadas con la mejora de la situación de la mujer.

(24) *Amnistía Internacional*, núm. 19, junio 1996.

Sin embargo, sigue prevaleciendo la impunidad para los autores de violaciones de los derechos humanos.

Una delegación de AI visitó México entre el 28 de octubre y el 18 de noviembre de 1995 y expresó su preocupación por el creciente número de violaciones de los derechos humanos de las mujeres. Entre los casos que más inquietud suscitaron a la delegación figuraban el de las tres hermanas indígenas tzetal violadas y torturadas por miembros del ejército mexicano en Chiapas en junio de 1994, y el de la violación de una niña indígena nahatl de catorce años por miembros de la policía municipal de Cuetzalán, en el estado de Puebla, en noviembre de 1995.

AI ha documentado también violaciones de los derechos humanos tras la represión del ejército mexicano contra el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), después de su levantamiento en enero de 1994. Entre ellas se cuentan mujeres detenidas a las que se ha acusado, entre otros, de los delitos de rebelión, terrorismo, y tenencia ilícita de armas de fuego.

Agresiones por la tierra

También son frecuentes las agresiones relacionadas con los conflictos por disputas sobre la propiedad de tierras, como fue el caso de Julieta Flores Navarro, antes citado.

Las amenazas y agresiones contra las defensoras de los derechos humanos se han incrementado enormemente desde el pasado año; la mayoría de ellas trabaja en favor de minorías indígenas, mujeres y otros grupos precariamente representados en la sociedad mexicana.

Los partidos de la oposición mexicana también son objeto de agresiones: el 14 de octubre de 1995, dos hombres sin identificar mataron a la dirigente del opositor Partido de la Revolución Democrática (PRD), Martha Morales Vásquez.

Muchas violaciones de derechos humanos ocurridas anteriormente en México siguen sin resolverse. La mayoría de los autores de estos delitos continúan en libertad y no se ha compensado debidamente a las víctimas ni a sus familias.

A pesar de la puesta en práctica de programas y cambios legislativos encaminados de forma específica a mejorar la situación de la mujer en México, AI considera que éstos deberían ir acompañados del compromiso político o de acabar de forma efectiva con la impunidad para los autores de abusos como los mencionados.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BERISTAIN, A. (1996): *Epistemología penal-criminológica hacia la sanción reparadora*, Sinaloa, México; ídem. (1994): *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia; ídem. (1990): *De Leyes penales y de Dios legislador*, Edersa, Madrid.
- BERISTAIN, A., NEUMAN, E. (1991): *Criminología y dignidad humana (Diálogos)*, 2.ª edición, Depalma, Buenos Aires.
- CARIO, R. (Comp.) (1996): *La pena de muerte en el umbral del tercer milenio*, Edersa, Madrid.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos (1996): *Informe Anual, mayo 1995-mayo 1996*, México.
- CUESTA, J. L. de la (1990): *El delito de tortura*, Bosch, Barcelona.
- CUESTA, J. L. de la, DENDALUZE, I., ECHEBURUA, E. (Comps.) (1989): *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián.
- FERNÁNDEZ, D. (1993): *Malabareando. La cultura de los niños de la calle*, Centro de Reflexión Teológica, Universidad Iberoamericana, Centro de Reflexión y Acción Social, México.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A. (1996): *Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas*, 3.ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. (1996): *Temas de México*, Asociación Nacional de Abogados, México.
- GARCÍA VALDÉS, C. (1987): *Teoría de la pena*, 1.ª reimpresión, Tecnos, Madrid.
- GIMBERNAT, E. (1990): *Estudios de Derecho penal*, 3.ª edición, Tecnos, Madrid.
- GIMÉNEZ-SALINAS, E. (1990): «La formación criminológica del funcionario de prisiones», *Eguzkilore*, núm. 3 extr., Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 287-292.
- GRACIA MARTÍN, L. (Coord.) (1996): *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- KAISER, G. (1996): *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, 3.ª edición, C.F. Müller, Heidelberg.
- LIMA, M.ª de la L. (1988): *Criminalidad femenina. Teorías y reacción social*, Porrúa, México.
- MARI, E. E. (1983): *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michael Foucault*, Hachette, Buenos Aires.
- MUÑOZ CONDE, F. (1990): «El papel de la Criminología en la formación del jurista», *Eguzkilore*, núm. 3 extr., Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 173-182.
- NEUMAN, E. (1994): *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, 2.ª edic. reestructurada y ampliada, Universidad, Buenos Aires.

- RABOSI, E. A. (1976): *La justificación moral del castigo. El tema del castigo, las teorías tradicionales, sus limitaciones, un nuevo enfoque jurídico*, Astrea, Buenos Aires.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, L. (1986): *Criminología*, 5.ª edic., Porrúa, México; ídem. (1988): *Victimología. Estudio de la víctima*, Porrúa, México.
- RUIZ VADILLO, E. (1996): *Exigencias constitucionales en el proceso penal como garantía de la realización de la justicia. La grandeza del Derecho penal*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.
- SÁNCHEZ GALINDO, A. (1995): «La victimización de los menores infractores en América Latina», en *Justicia y atención a víctimas del delito*, 50.º Curso Internacional de Criminología, México, 147-170.
- URRA, J. (1995): *Menores, la transformación de la realidad. Ley Orgánica 4/1992*, Siglo Veintiuno, Madrid.
- ZAFFARONI, E. R. (1990): «La enseñanza universitaria de la Criminología en América Latina», *Eguzkilore*, núm. 3 extr., Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 59-71.

Criminología crítica: Abolicismo y garantismo (*)

ELENA LARRAURI

Profesora Derecho Penal y Criminología
Facultad Derecho. Universidad Autónoma Barcelona

SUMARIO: I. Introducción: (¿qué se quiere abolir y qué se quiere justificar?).-II. Garantismo y justificación del derecho penal: (prevención de «venganzas privadas»). II.1 La privatización del derecho penal. II.2 La violencia arbitraria.-III. Garantismo y justificación del derecho penal: (prevención de delitos). III.1 El mito de la prevención general. III.2 La (no) justificación de la pena. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN: (¿QUÉ SE QUIERE ABOLIR Y QUÉ SE QUIERE JUSTIFICAR?) (1)

Una de las críticas más celebradas contra las propuestas abolicionistas es que la pretensión de abolición del derecho penal, y no sólo

(*) Este estudio se inscribe en el proyecto de investigación I + D SEC98-0507 y fue originariamente presentado en las Jornadas «Garantismo y Derecho Penal»(20-22 de mayo, 1998) organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia (Medellín).

(1) La redacción de este artículo ha sido una tarea ardua que no hubiera sido posible sin la ayuda de numerosas personas: por múltiples discusiones estoy agradecida a Juan Gonzalo ESCOBAR y Daniel VARONA. La comprensión de la «falacia de Hume» no hubiera sido posible sin la ayuda de José Juan MORESO y en especial de José CID quien tiene la generosidad de, sin compartir mi posición, escucharla una y otra vez en un intento de hacerla más comprensible. Para la redacción del apartado II

de la cárcel (2), es discutible porque implicaría la desaparición de los límites de la intervención punitiva del Estado (3).

Esto provoca que compañeros de viaje del abolicionismo, cuando este sugería la abolición de la cárcel, se hayan alejado de estas propuestas manifestándose más cercanos a lo que se ha dado en llamar, a raíz del libro *Derecho y Razón* (Ferrajoli, 1995), garantismo.

Sin embargo, la discusión entre abolicionismo y garantismo corre el riesgo de agotarse: en primer lugar porque la falta de garantías siempre puede ser esgrimida contra cualquier propuesta descriminalizadora. En efecto, incluso frente a las propuestas de descriminalización a través de sanciones administrativas, se esgrime a modo de objeción las menores garantías del derecho administrativo, sin cerciorarse antes no sólo de qué garantías se pierden en concreto, sino además de lo que se gana: una mayor efectividad que impide el recurso a una mayor severidad (Cid, 1996a: 135-150; 1996b: 25).

Como advierte el propio Ferrajoli (1995: 717):

«(...) parece una hipocresía institucional la preocupación, manifestada en ocasiones, por el hecho de que la despenalización pueda redundar en una reducción de las garantías del ciudadano; algo así como que éste prefiera –en nombre de las garantías de la “pena” pero no de los costes que implica el proceso– los efectos estigmatizantes de una pena, aunque sea pecuniaria, a una sanción administrativa igualmente pecuniaria.»

Por ello, frente a cualquier propuesta alternativa a la intervención del derecho penal no basta, en mi opinión, hacer una referencia abstracta a la «ausencia de garantías», sino que debería mostrarse en concreto cuáles son las garantías a las que se renuncia y cuáles son las ventajas que aportan soluciones alternativas a cambio de esta disminución de garantías.

me he beneficiado de las aclaraciones de los profesores Carlos PETIT, Antonio HESPANHA, ANTONIO SERRANO, Manuel CACHÓN y Pedro RUIZ. Adicionalmente Heinz Steinert ha respondido pacientemente a todas mis angustiadas preguntas. René van SWAANINGEN fue un apoyo necesario poniéndome al día en la bibliografía.

Siempre, pero más en este caso, debo hacer constar que la redacción obedece a mi interpretación particular de todas las discusiones.

(2) El cambio se realizó en el Congreso de ICOPA de 1987 (v. SWAANINGEN, 1986: 10) y en mi opinión no se fue consciente de la trascendencia del viraje o no se confrontaron los problemas que este viraje comportaría.

(3) La literatura es ya abundante. Véase a título de ejemplo de esta crítica en Alemania KAISER (1987: 1043-1044). En Italia PAVARINI (1985: 19-21). En Sudamérica PEREZ PINZÓN (1989: 26-32); MARTINEZ (1990: 116); ZAFFARONI (1990: 83); SANCHEZ-HOUED (1992: 83).

El segundo motivo por el cual la discusión entre «garantistas» y «abolicionistas» deviene confusa es la ambigüedad y dificultad de ambos discursos. A la imprecisión del slogan «Abolición del sistema penal» (:¿qué se quiere abolir exactamente?) se le añade la dificultad de entender exactamente qué está justificando Ferrajoli (¿el derecho, la pena, o la prisión?).

Así por ejemplo, cuesta entender cuál es exactamente el motivo de controversia cuando Ferrajoli se manifiesta partidario de la abolición de la pena de prisión (4). O cuál es el motivo de la divergencia, por lo menos con aquellos autores partidarios del abolicionismo que, sin embargo, quizá por su formación más jurídica (5), defienden que las soluciones alternativas al derecho penal deben incorporar, sin renunciar a, determinadas garantías procesales como la presunción de inocencia, principio de contradicción o principio de proporcionalidad, por poner algunos ejemplos (6).

No obstante, a pesar de ser numerosos los puntos de convergencia intentaré también clarificar las divergencias entre la posición de Ferrajoli y las posiciones abolicionistas.

Pienso que son claras las razones por las que los autores originarios del abolicionismo consideran insuficiente la consigna de «abolición de la prisión». Como afirma Bianchi (1994: 3):

«(...)Mientras se mantenga intacta la idea de castigo como una forma razonable de reaccionar al delito no se puede esperar nada bueno de una mera reforma del sistema. En resumen, necesitamos un nuevo sistema alternativo de control del delito que no se base en un modelo punitivo sino en otros principios legales y éticos de forma tal que la prisión u otro tipo de represión física devenga fundamentalmente innecesaria».

En consecuencia parece claro que, para los autores abolicionistas, la propuesta de abolición de la prisión es insuficiente porque no reta

(4) Comunicación oral en las jornadas de Garantismo y Derecho Penal celebradas en la Universidad de Antioquia (Medellín) en mayo, 1998; véase también FERRAJOLI (1986: 45).

(5) Debido a que el abolicionismo se ha desarrollado desde presupuestos teológicos (la no admisión del castigo), antropológicos (la resolución del conflicto) y sociológicos (la crítica al sistema penal) (THOMAS-BOEHLEFELD, 1993: 15), no debe extrañar el descuido de temas jurídicos.

(6) Si bien creo que era consciente del riesgo que corría el abolicionismo al no enfatizar suficiente que abolir la pena no significaba abolir el proceso (LARRAURI, 1987: 106-107) no creo ser ni la primera ni la única. En castellano véase HULSMAN (1984: 103). También van SWAANINGEN (1997: 132-133), al tiempo que reconoce la falta de atención que los abolicionistas han prestado a esta materia, recoge la opinión de HULSMAN y BIANCHI defensores de las garantías legales, así como de una intervención ajena a las partes para salvaguardarlas.

la idea de que el castigo sea una forma idónea de reaccionar frente a muchos fenómenos que denominamos delito y sin embargo amagan problemas sociales.

Por ello se empieza a hablar de resolución de «problemas sociales» (Hulsman, 1986: 66-70), para indicar que si uno se aproxima a los eventos criminalizados y los trata como problemas sociales, ello le permite ampliar el abanico de posibles respuestas, no limitándose a la respuesta punitiva (7).

Ello podría ser compartido, como pienso que lo es, por los partidarios del derecho penal mínimo. Sin embargo, si este partidario fuese insistente nos confrontaría con la siguiente pregunta: ¿queda algún espacio para el castigo? Dicho de forma coloquial, imaginemos que los problemas sociales se resuelven por medio de una política social o bien por otras iniciativas políticas o legislativas que no implican un recurso al castigo, aun así ¿queda algún ámbito para expresar repulsa? Pienso que sí.

Sin embargo, en mi opinión, ello no implica renunciar a la propuesta abolicionista, porque frente a un comportamiento respecto del cual queremos mostrar repulsa también podemos argüir que esta «repulsa» ha de adoptar una forma fundamentalmente reparadora por ejemplo, ha de vetar determinados castigos por inhumanos como la prisión, y ha de constituirse en una justicia más democrática y participativa para con los afectados (8).

Hasta aquí he expuesto mis reflexiones, pero acepto como crítica que el discurso abolicionista debiera elaborar más el *si* (frente a que comportamientos pensamos que debe mostrarse una repulsa clara) y el *cómo* mostrar repulsa (no bastando la referencia genérica al derecho civil o sistemas de justicia informal).

La primera crítica a las imprecisiones abolicionistas hace referencia a que el recurso a la resolución de problemas sociales no contesta a los casos en los que el daño social no es expresión de ningún problema social (Cohen, 1987: 230), o bien aunque lo sea pensamos que, mientras tanto se resuelva, debe atribuirse una responsabilidad personal.

En estos casos, los autores abolicionistas admiten la necesidad de adoptar una medida coactiva, no para castigar, pero sí para reparar o

(7) Pienso que en este sentido debe entenderse la afirmación de HULSMAN (1991: 21) «[Las] alternativas al sistema penal son en primer lugar alternativas a la forma en que el sistema penal define los hechos».

(8) Soy consciente de que ello es aún muy impreciso. A lo largo del texto intentaré una mayor concreción.

neutralizar el conflicto (y en casos excepcionales para incapacitar a la persona que conlleva un peligro).

Pues bien, la pregunta que surge rápidamente es: ¿pero acaso estas respuestas no son «castigos» con otro nombre? Evidentemente son medidas coactivas, pero, aun cuando la elaboración teórica sea embrionaria, puede observarse que ni la justificación, ni el tipo de respuesta, ni la forma, obedecen a lo que hoy denominamos castigo.

La segunda imprecisión abolicionista se refiere al cómo mostrar repulsa. Las propuestas alternativas acostumbra a oscilar entre una referencia genérica al derecho civil o a sistemas de justicia informal, en los que se pretende devolver el conflicto a la víctima (Christie, 1976; 1992: 157-182).

La inconcreción de estas propuestas que enfatizan el objetivo de la reparación, la participación de la víctima, la mediación con el infractor y la presencia de un tercero sin poder para imponer, como alternativas a la pena y al proceso penal, es lo que ha comportado la acusación de que estas alternativas corren el riesgo de vulnerar todo el sistema de garantías que ha articulado el proceso penal formal.

Debiera advertirse, no obstante, que la forma cómo estas propuestas se han concretado en Europa es fundamentalmente la mediación entre víctima-infractor, realizada como alternativa al proceso pero respetando obviamente principios como, por ejemplo, el de legalidad formal o material.

Por ello, aun reconociendo la necesidad de elaborar más las garantías que quedan afectadas en este u otro modelo alternativo, no es correcto, en mi opinión, seguir repitiendo la objeción de que se prescinde de toda regulación jurídica o de todas las garantías (9), ya que estas propuestas abolicionistas ni prescinden de la intervención de terceros, ni prescinden del derecho como mecanismo regulador que proporciona el marco donde se realiza el acuerdo (10).

Expuestas las imprecisiones del discurso abolicionista quisiera ahora detenerme en las dificultades que observo en el discurso garantista.

La primera cuestión que suscita no poca controversia es cuál es el objeto de justificación en la teoría de Ferrajoli. En ocasiones, por las

(9) En España ha abordado la crítica concreta a los sistemas de mediación SILVA (1996: 4) quien considera vulnerados los principios de legalidad, igualdad y culpabilidad. Una versión menos crítica puede verse en FUNES (1994: 33, 47, 88, 110-111) y en LARRAURI (1997:185-186). En mi opinión los principios de legalidad y culpabilidad no resultan infringidos; el de igualdad, sí.

(10) Véase más ampliamente en SCHEERER (1986: 108).

múltiples alusiones al «estado de naturaleza», parece que el objeto de justificación es lo que él denomina la «forma jurídica» de la pena. Ahora bien, si el énfasis es en la necesidad de respetar una regulación jurídica ello no es aún suficiente para declarar justificado el derecho penal.

Ha advertido Zaffaroni (1990: 82), en mi opinión correctamente, que:

«Las críticas de Ferrajoli al abolicionismo parecen centrarse en ciertas simplificaciones del mismo, como puede ser la pretensión de suprimir al sistema penal dejando todos los conflictos sin solución (...), o bien, suprimir el derecho penal —como discurso jurídico— dejando intacto todo el ejercicio de poder de las agencias del sistema penal».

La segunda duda que me surge es si Ferrajoli justifica «la pena» o la pena de prisión. La respuesta posible es ambas, ya que Ferrajoli asume un concepto de pena que no excluye la pena de prisión. En consecuencia, aun cuando está dispuesto a abolir la pena de prisión, no está dispuesto a elaborar un concepto de pena que vete de su catálogo a la pena de prisión.

Y paradójicamente Ferrajoli (1989: 420) rechaza como pena la reparación debido, en su opinión, a que la pena sólo puede consistir en una privación de derechos pero no en una obligación de resarcir. Parece evidente que el rechazo a la reparación no puede sustentarse en una disminución de garantías (11) y más bien lo que parece latir bajo este rechazo es una renuncia a alterar la forma en que se concibe hoy el derecho penal y permanecer anclados en una separación «ontológica» entre derecho civil y derecho penal.

La tercera dificultad con la que tropiezo es su criterio para declarar justificada una pena. Según Ferrajoli para que la pena (también la de prisión) esté justificada debe ser capaz de cumplir las finalidades que se le asignan, esto es, de prevención de delitos y venganzas.

Parece obvio, no obstante, que no basta con el cumplimiento de las dos finalidades mencionadas para que una pena esté justificada. Por poner un ejemplo provocativo, pero claro, la pena de muerte puede ser preventiva y servir para evitar venganzas informales o linchamientos. Sin embargo, evidentemente, Ferrajoli la descarta por representar una vulneración de los derechos humanos. La cuestión que se me plantea es ¿por qué razón Ferrajoli no está dispuesto a argüir que la pena de prisión es también una vulneración de derechos humanos? (12).

(11) Véase más amplio en LARRAURI (1997: 177-179).

(12) También el discurso penalista debiera precisar, en mi opinión, si, de acuerdo con los diversos criterios de justificación utilizados para defender el derecho penal, se requiere específicamente la pena de prisión.

Adicionalmente, de acuerdo con Ferrajoli, para que una pena esté justificada debe probarse que cumple con las finalidades antes expuestas. En este sentido Ferrajoli (1995: 325) distingue doctrinas de justificación (criterios valorativos que sólo pueden rebatirse con argumentos normativos) y justificación (comprobación empírica de los fines preconizados).

Entiendo como un avance de la teoría de Ferrajoli que no declare la pena justificada hasta que no se pruebe empíricamente la correspondencia entre el fin que debe servir y la función que efectivamente cumple, superando con ello la creencia de que basta la alegación de la prevención de delitos para creer que la pena está justificada (falacia normativista).

Ahora bien, esta comprobación requiere no solo demostrar que la pena (en concreto de prisión) previene, sino que previene al menor coste que otro medio punitivo menos lesivo (Nino, 1980: 428). En este caso no consigo convencerme de por qué la pena de prisión es el medio menos lesivo para garantizar el fin de prevención de delitos o de venganzas privadas respecto de otro tipo de medidas preventivas o coactivas de severidad inferior (13).

Yo pienso, además, que la comprobación empírica que se nos pide es imposible (prevención de delitos y venganzas a un menor coste que si la pena no existiera), pero ello sólo hace que destacar que lo que aparece como una demostración fáctica es en el fondo una opción valorativa. Y por tanto, en atención a distintas posiciones ideológicas, puede defenderse que la pena de prisión siempre representa un costo mayor, o presumirse que éste es menor.

La cuarta y última duda que expongo se refiere a los requisitos para declarar una pena no justificada. En un principio parecería que si se consiguiese demostrar que la pena de prisión no previene, la conclusión debiera ser que no está —de acuerdo a una doctrina de justificación que la justifica por ser preventiva— justificada.

Sin embargo, me desconcierta el razonamiento de Ferrajoli (1995: 326) y que si he entendido bien se expresa del siguiente modo: La prueba empírica afecta a una pena concreta cuando se demuestra no sólo que no previene delitos o venganzas sino que no está en dis-

(13) De la misma forma el discurso penalista tiende a defender la eficacia preventiva de «la pena» sin especificar si ello requiere ineludiblemente la pena de prisión. Como observa ZAFFARONI (1991), en su respuesta a NINO (1991), no hay obstáculo en afirmar la eficacia preventiva de «la pena» y luego utilizar como ejemplo de esta eficacia preventiva una sanción administrativa.

posición de prevenir, esto es, se plantea un objetivo que además de irrealizado es irrealizable.

Me desconcierta porque no veo la forma de convencer al lector escéptico punitivo de que ello no ha sido realizado pero es realizable. Imaginemos la discusión con un norteamericano. La pena de prisión no previene delitos. Respuesta: es porque no se aplica con suficiente certeza o con suficiente severidad, pero la pena de prisión está justificada por el fin de la prevención de delitos (14).

En conclusión, es desalentador que la doctrina de justificación elegida por Ferrajoli, de prevención de delitos y venganzas, permita legitimar la pena (también de prisión) al sustraerla de una comprobación empírica irrefutable. Y me produce desazón la escasa atención destinada a declarar la pena de prisión ilegítima. Por ello, hubiera preferido que, con todas las dificultades, se intentara elaborar una justificación del derecho penal y un concepto de pena que vetasen el recurso a la prisión.

En cualquier caso, espero haber conseguido mostrar que el debate es complejo y, en mi opinión, no se le hace justicia cuando se simplifica en forma disyuntiva de «garantías sí», «garantías no», en vez de evidentemente garantías sí, pero ello no implica asumir el derecho penal en su forma actual, que se caracteriza no sólo por asegurar unas garantías sino por estar presidido por el objetivo de castigar en vez de solucionar o neutralizar el conflicto, por imponer unas penas al infractor que consisten en privarle de libertad y por negar autonomía a la víctima.

Hasta el momento he alegado dos motivos por los cuales la discusión entre abolicionismo y garantismo puede estancarse (15). Estos dos motivos son: la crítica de «ausencia de garantías» sin indicar cuales, o a cambio de qué ventajas, o con cuales transformaciones, siempre puede esgrimirse contra cualquier propuesta descriminalizadora y, el segundo, que por la propia falta de concreción de los términos utilizados se llegue a un estado de grave confusión.

Quisiera para terminar, advertir que, en mi opinión, sería de lamentar, desde un punto de vista político criminal, que esta discusión nos hiciera olvidar que el objetivo inicial del abolicionismo era la

(14) El diálogo es inventado, pero reproduce los argumentos de los partidarios de la pena de muerte cuando rebaten que esta no tiene efectos preventivos, arguyendo que difícilmente puede tenerlos porque se aplica de forma muy excepcional.

(15) Debería destacarse que esta no es la única polémica desde la criminología crítica. Los «realistas de izquierda» (YOUNG, 1998: 39) acusan al abolicionismo de prestar poca atención a las condiciones de justicia social que reducirían el delito y no sólo el castigo.

abolição de la pena de prisión. Y si los abolicionistas han de extremar su atención en aras de salvaguardar las garantías de las personas en cualquier alternativa a la pena o al sistema penal, los garantistas no debieran olvidar que estas garantías debieran conducir a aplicar una pena distinta de la pena de prisión (16).

II. GARANTISMO Y JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL: (PREVENCIÓN DE «VENGANZAS PRIVADAS»)

«Los estados modernos organizados en gobiernos democráticos prescinden de leviatanes hereditarios, pero no han encontrado la manera de prescindir de las desigualdades de riqueza y poder respaldadas por un sistema penal de enorme complejidad. Con todo, la vida del hombre transcurrió durante treinta mil años sin necesidad de reyes ni reinas, primeros ministros, presidentes, parlamentos, congresos, gabinetes, gobernadores, alguaciles, jueces, fiscales, secretarios de juzgado, coches patrulla, furgones celulares, cárceles ni penitenciarías. ¿Cómo se las arreglaron nuestros antepasados sin todo esto?»

Marvin Harris (1993: 6).

En su crítica a las posiciones abolicionistas Ferrajoli (1995: 249-252; 337-338; 341-343) expone los peligros que comporta la abolición del derecho penal. En su opinión la desaparición de éste conllevaría o bien la existencia de una anarquía punitiva –en la que a toda comisión de delito le seguiría una respuesta estatal o social salvaje–, o bien la existencia de una sociedad disciplinaria –en la cual la comisión de delitos sería fácticamente imposible por la existencia de una vigilancia social o estatal omnipresente.

Frente a estas perspectivas, denominadas «utopías regresivas», surge el derecho penal mínimo como alternativa progresista (Ferrajoli, 1995: 341) (17).

La crítica de Ferrajoli a las posiciones abolicionistas extrae su fuerza de dos imágenes. Una primera proviene del pasado y contrapone el «estado de la naturaleza», en el que presuntamente regía la

(16) Vale la pena releer las ocho poderosas razones que MATHIESEN (1986: 88-92), un abolicionista destacado por su compromiso cívico, aporta en contra de la prisión.

(17) Indudablemente no el derecho penal como es ni como ha sido, que FERRAJOLI (1995: 603) reconoce como una historia de horrores (la de las penas) y de errores (la de los juicios), sino como debiera ser. Es este deber ser del derecho penal el que, eventualmente en la medida que se cumpla, justifica su existencia.

«ley del más fuerte» (18), a la existencia de un «estado de derecho» en el cual el poder se ejerce de acuerdo a unas reglas.

La traducción de esta metáfora al derecho penal es ampliamente conocida y compartida por el discurso penalista que acostumbra a contraponer «venganza privada» y «pena», como correspondientes a cada una de las épocas mencionadas.

La segunda imagen, utilizada por Ferrajoli para criticar las propuestas abolicionistas, se basa en una determinada visión del futuro y en concreto en Foucault (1984: 312-314) quien, como es conocido, evocó la visión de un archipiélago carcelario. El pronóstico de Ferrajoli es que, en ausencia de derecho penal, surgiría una «sociedad disciplinaria», cuya regulación impediría la posibilidad de delinquir al coste de una vigilancia omnipresente.

Esta imagen también tiene una traducción en el ámbito, en este caso, criminológico como es la creencia de que todos los castigos alternativos a la pena de prisión representan un aumento del control social (19).

Debido a la dificultad de hacer pronósticos de futuro, acerca de qué tipo de sociedad acompañará a la desaparición de la cárcel, me centraré en la versión histórica asumida por Ferrajoli.

II.1 La privatización del derecho penal

Como he expuesto, la crítica al discurso abolicionista parece basarse en la convicción de que en ausencia de pena pública (reacción estatal) se produce una «venganza de sangre» (respuesta privada), la cual es más violenta. En esta línea, Ferrajoli (1995: 487) contrapone la época pre-moderna, denominada arcaica y ius-privatista, a la época moderna. La primera aparecería caracterizada por la «venganza privada» (que acostumbra a ser denominada «venganza de sangre» o incluso «precio de la sangre») y la segunda fase se caracteriza por la «pena pública».

(18) FERRAJOLI parece asumir que en el «estado de naturaleza» ya existía dominación de ahí que imperase la ley del «más» fuerte en ausencia de regulación; podríamos asumir con HARRIS (1993: 13) que en el «estado de naturaleza» imperaba el igualitarismo.

(19) Como se advirtió rápidamente, realizar esta crítica de forma global era además de errónea científicamente –¿cuál es el «poder disciplinario» de la pena de multa?–, contraproducente, desde un punto de vista de política criminal, pues conducía a un inmovilismo absoluto. Véase ampliamente COHEN (1987); un resumen en LARRAURI (1991: 59-60).

«Es bien cierto que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada. (...) En este sentido bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza. El primer paso de esta historia se produce cuando la venganza se regula como derecho-deber privado, incumbente a la parte ofendida y a su grupo de parentesco según los principios de la venganza de la sangre y la regla del talión. El segundo paso, bastante más decisivo, tiene lugar cuando se produce una disociación entre juez y parte ofendida, y la justicia privada –las represalias, los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas– no sólo se deja sin tutela sino que se prohíbe. El derecho penal nace precisamente en este momento: cuando la relación bilateral parte ofendida/ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que se sitúa en una posición de tercero o imparcial una autoridad judicial» (Ferrajoli, 1995: 333).

Si bien Ferrajoli (1995: 287, nota 31; 346, nota 16 y 17; 522, nota 93) documenta su visión histórica, ésta no es la única versión de la que hoy disponemos. Al respecto me gustaría introducir algunas reflexiones, aún inacabadas, que he extraído de la lectura de diversos estudios penales históricos (20).

En primer lugar no acierto a comprender en qué sentido se utiliza el concepto de venganza privada. Si con ello se pretende expresar la «entrega del delincuente a la víctima», debo manifestar que no alcanzo a vislumbrar en que época ello sucede.

Más bien, desde la época de Grecia (s. VII a.C.) lo que nos muestran los estudios históricos es la intervención de poderes públicos en los conflictos que afectaban a las partes. Así, por ejemplo, la existencia de la asamblea de ciudadanos en Grecia, de consejos locales de ancianos en las civilizaciones antiguas de Mesopotamia, Asiria o Israel, o las asambleas de magistrados del Imperio Romano (Peters, 1998: 4-14) (21).

(20) Me baso en los siguientes textos: para Inglaterra HAY (1975), LENMAN-PARKER (1980), PETERS (1998) y SPIERENBURG (1998); para España TOMÁS Y VALIENTE (1992) y PETIT (1991); para Portugal HESPANHA (1987; 1990); respecto de Alemania FREHSEE (1987).

(21) Es cierto que PETERS (1998: 14) también advierte que la dureza de las penas previstas en las Doce Tablas «(...) sugieren que estos castigos surgieron originariamente como sustitutivos de la venganza privada».

Como no pretendo cerrar prematuramente la discusión, plantearé abiertamente las dos dudas que me acompañan: a) ¿Hubo una época en la que rigió la autotutela sin ningún tipo de intervención de un tercero ajeno al conflicto?; b) ¿Era este tipo de respuesta privada más violenta que la que ejecutaría posteriormente una autoridad pública?

El derecho penal era «privado» en la medida en que reconocía un *poder de disposición a la víctima* para iniciar el proceso o para finalizarlo (mediante, por ejemplo, el perdón). El derecho penal era también «privado» por el carácter de algunas penas como, por ejemplo, la composición o indemnización dirigido a la víctima, o incluso las ergastulas (cárcel privada).

Pero ya se estudie el proceso o se consideren las penas, lo que en todo caso se requería era la intervención y aprobación de una autoridad pública (Spierenburg, 1998: 45). En consecuencia, parece erróneo asumir una contraposición entre público y privado y pareciera más apropiado partir de una ambigüedad en los límites existentes entre lo, que hoy denominamos, «público» y «privado».

La segunda duda que me surge al leer la exposición histórica de Ferrajoli se refiere a la época en la cual se sitúa el apogeo de la «venganza privada». En ocasiones la «venganza privada» parece retrotraerse a épocas remotas indocumentadas, pero, en otras, se sitúa en la época pre-moderna.

Si guiendo a Hespanha (1990: 181) me parece que el término de «venganza privada» es inapropiado para describir la época previa a la formación del Estado Moderno. Por «venganza privada» parece aludirse al poder de la víctima, del ofendido. Sin embargo, la característica del poder punitivo en la Edad Media es su dispersión en un conjunto de poderes, repartidos entre los distintos señores feudales, la Iglesia, la comunidad local, el padre de familia o el ejército. Reducir estos *poderes penales dispersos* al título de venganza privada no permite comprender como funcionan los poderes punitivos en una época previa a la aparición del Estado moderno (22).

Mi tercera duda se refiere en esta ocasión al tipo de respuestas que acostumbran a considerarse como «venganza». El término venganza privada parece utilizarse como sinónimo de respuestas sangrientas («represalias, duelos, linchamientos, ejecuciones sumarias o ajustes de cuenta»). Sin embargo, en mi opinión, *es erróneo equiparar penas «privadas» con «venganza de la sangre»*.

Por los textos que he podido consultar la víctima dispone, además de la posibilidad de matar a su ofensor (desde luego no en todos los delitos, e incluso en estos no a toda persona que los realizara), de la posibilidad de exigir compensación, de la posibilidad de encerrar en

(22) Como pone también de manifiesto PETIT (1991: 21, 34, 54) en su estudio sobre el derecho penal en la Hispania visigoda de los siglos VI-VII, «Real o señorial el *ius puniendi* es oficial, lo que ahora interesa entender como excluyente de toda idea de venganza privada en el derecho de la sociedad hispanotoledana»(1991: 14).

una cárcel, de la posibilidad de perdonar con o sin precio, o de la posibilidad de recurrir a terceros, como un notario, o el líder de la comunidad, para evitar el proceso (Lenman-Parker, 1980: 18-22).

Pienso que la lista expuesta por Ferrajoli, además del equívoco de denominar a este tipo de reacciones «privadas», tiende a enfatizar el carácter «sangriento» de cualquier tipo de reacción privada, ignorando que la respuesta privada, entendiéndola por tal la que reconoce un poder de disposición a la víctima, no revestía siempre el carácter letal que parece atribuírsele (23).

La cuarta y última duda que me surge, muy vinculada a la anterior, cuando leo la evolución histórica expuesta por Ferrajoli es que este autor parece presumir que el tránsito de «venganza privada» a «pena pública» conllevó una *disminución de la violencia*.

En esta línea es significativo que la respuesta privada sea caracterizada siempre como «venganza» (de la sangre) y, por el contrario, la venganza pública merezca el título de «pena» a pesar de su carácter brutal. Me parecería más correcto destacar que, en ambos casos, estamos frente a respuestas que son más o menos brutales en atención a la época histórica y no en atención a quien la ejerce.

Además, pienso, no se debe desconocer la dificultad de comparar «el grado de crueldad» pues ello depende, como manifiesta Spierenburg (1998), de múltiples factores como, por ejemplo, las sensibilidades de una época histórica, la relación existente con el cuerpo, la importancia de determinados valores o bienes y también, en últimas, del grado de aplicación de las penas previstas en los textos legales (Hespanha, 1987: 518-519; 1990: 195-196; Hay, 1975: 23; Lenman-Parker, 1980: 12-14) (24).

(23) Ambos puntos que intento mostrar, esto es, la ambigüedad del concepto «privado», debido a la intervención de los poderes públicos y el equívoco del término «venganza» pueden verse por ejemplo en TOMÁS Y VALIENTE (1992: 46-47). La primera institución que este autor examina bajo el rótulo de «venganza privada» es el perdón (sic). Por otro lado, el perdón era «privado» pero existía un proceso, una pena, y el monarca podía incluso negarle efecto si la persona era condenada a la pena de galeras.

(24) A título de ejemplo el estudio de PETIT (1991: 33-34; 41-60) del derecho penal en la Hispania visigoda (s.VI-VII) muestra la existencia de las siguientes penas: castigos espirituales (penitencia, excomunión, anatema, reclusión en el monasterio); castigos corporales (azotes, pena de muerte, amputación y decalvación); castigos económicos (multas o composiciones, reparación, confiscación); penas diversas (reducción a esclavitud, entrega del reo a la familia, deportación, infamia, pérdida de jerarquía y amonestación). Como se puede observar el listado de penas aparece hoy como penas atroces, pero, aun manifestando sus cautelas por este tipo de comparaciones, Petit (1991: 41) concluye: «Así, si aceptamos que la frecuencia de penas corporales vale como índice de la crueldad de un sistema penal concreto, la conclusión relativa al visigodo hablaría a favor de su "humanismo" (...)».

La tesis implícita de que la privatización del derecho penal era más violenta se ve contradecida cuando se comparan el modelo retributivo (germánico) basado en la restitución y el modelo punitivo (romano). El choque de ambos sistemas, entre aproximadamente los siglos xii y xix y el triunfo último del modelo punitivo (Lenman-Parker, 1980: 23-32) (25), no creo que deba ser presentado ni como un proceso pacífico ni guiado por el interés de pacificar a la víctima.

No creo que el proceso de expropiación del poder punitivo, residente en las comunidades feudales y en el cual la justicia real jugó un papel decisivo, al favorecer la concentración del poder punitivo, pueda ser presentado como un proceso guiado por el objetivo de pacificar la sociedad, sino de robustecimiento del poder y de los intereses de la monarquía frente a la nobleza local díscola o frente al propio poder eclesiástico (Tomás y Valiente, 1969: 23-46).

No creo tampoco que pueda presentarse como un proceso pacífico, porque para que el derecho penal real pudiera imponerse debió usar la violencia para desproveer a los poderes periféricos del *ius puniendi*; debió amenazar con penas tanto más elevadas cuanto más ineficaces; debió constituir nuevos delitos que protegiesen al monarca; debió cambiar el carácter de las penas, abandonando cualquier atisbo de justicia retributiva, para que estas sirvieran los intereses del Imperio (Gacto, 1990: 516-517).

En definitiva, el tránsito progresivo de un derecho penal «privado» disperso a un derecho «público» concentrado debiera destacar que este proceso fue violento y que comportó *la expropiación del poder de castigar del ofendido*, que se plasmaba en su poder de denunciar, en su poder de castigar y perdonar y en su poder de orientar la pena a la satisfacción de sus intereses.

II.2 La violencia arbitraria (26)

Planteados algunos de los interrogantes que me surgen al leer la visión histórica de Ferrajoli, podría, no obstante, replicarse que el

(25) Para evitar alargarme excesivamente he presentado la contraposición de ambos modelos sin ulteriores matices. Es conveniente leer el interesante estudio de LENMAN-PARKER (1980) acerca de cómo va fraguándose la distinción entre los aspectos compensatorios y punitivos hasta el surgimiento de dos órdenes jurídicos diversos.

(26) He decidido utilizar este concepto porque creo expresa mejor lo que queremos evitar. Como se verá a lo largo del apartado, no son «privadas», porque lo que preocupa fundamentalmente a FERRAJOLI es la violencia ejercida por fuerzas del propio Estado, paramilitares, no sometidas a ningún control jurídico. Consecuentemente, no son «venganza», pues no creo que sólo actúen como respuesta a delitos, en defecto de que lo haga el sistema penal.

problema es que en la actualidad se produzcan, en defecto de pena, violencias arbitrarias.

Ante todo debiera recordarse que la negativa del abolicionismo a adoptar una lógica punitiva no equivale a «no hacer nada». Si bien el riesgo de reacción popular es verosímil en los supuestos en los que no existiera ninguna reacción, se puede pensar en dar respuestas, reguladas por el derecho, denunciadoras, reparadoras o neutralizadoras.

No encuentro argumentos convincentes para rebatir el porqué estas respuestas están en inferioridad de condiciones para evitar una respuesta popular de carácter incontrolado.

Es cierto que se podría alegar que la víctima «no se conformará». Pero esta línea de razonamiento nos muestra claramente el problema de acudir a las ansias punitivas para justificar la necesidad de la pena. Por un lado, cuando menos desde una teoría de la justicia, no aceptaríamos como válida este tipo de argumentación para defender determinadas penas o la imposición de una pena (27). No aceptaríamos como argumento «lo que puede pasar si», porque presumimos que el Estado debe contrarrestar y no plegarse a estas demandas (Jäger, cit. por Frehsee, 1987: 99).

Por otro lado, en la misma línea, Nelken (1993: 282) cuestiona si es suficiente para justificar la pena la posibilidad de que, en su defecto, se produjera una reacción informal. Así se pregunta si es lícito derivar la pena –deber de castigar– de la existencia de un mal –la venganza– y si ello no representa caer en la tan temida falacia de Hume.

«Por qué –se podría objetar– no afrontar el problema de la venganza, en vez de presuponer la existencia y consiguiente necesidad de la pena» (Nelken, 1993: 293).

En definitiva, me parece que una cuestión es, como he manifestado anteriormente, requerir una respuesta, otra distinta es mantener que ésta debe adoptar una determinada forma (p.ej. punitiva o incluso determinando la pena concreta de prisión) (28). Pienso que una respuesta pública de carácter denunciador, reparador o neutralizador, puede ser suficiente para evitar el surgimiento de venganzas (29). Más aún, la demostración de la existencia de ansias punitivas no suministraría, en mi opinión, un argumento suficiente para justificar la pena.

(27) Aludo con ello al eterno problema con que tropieza el utilitarismo cuando se le plantea la hipótesis de condenar al inocente para evitar males sociales mayores.

(28) Ello es admitido en ocasiones por el propio FERRAJOLI (1995: 412) cuando afirma que la venganza privada no se satisface actualmente con la cárcel sino con los medios de comunicación y la rapidez del proceso.

(29) Cuando el Consejo de Europa en 1984 aprobó el Convenio para la Compensación a las Víctimas de Delitos Violentos recogió la misma justificación, la nece-

Aun cuando no me parece convincente que la existencia de violencias arbitrarias proporcione un argumento concluyente para justificar la pena podríamos, de todos modos, investigar si por lo menos la presunción es cierta, esto es, si una decidida aplicación del derecho penal evita en efecto el surgimiento de venganzas privadas.

Ello no parece demostrado. Como expone Steinert (1980: 330), los ejemplos contemporáneos de venganza privada niegan la tesis de que el derecho penal sirva para limitarlas. En este sentido, Steinert recoge las investigaciones empíricas norteamericanas que muestran que los Estados en donde más penas de muerte se ejecutan son también los Estados en donde se producen más linchamientos. Esta constatación conlleva una conclusión contraria a la hipótesis que preconiza que la pena evita estas formas de justicia privada.

Ello no es totalmente sorprendente pues la presunción de que la pena evita venganzas privadas parece ignorar que la hipótesis contraria, esto es, que las demandas punitivas se modelan de acuerdo a la respuesta del sistema penal, es igualmente plausible (30).

Como observa Frehsee (1987: 98-108), el discurso penalista tiende a partir de que hay un «espíritu de venganza» que el derecho penal debe limitar. Sin embargo, asumir unas ansias punitivas preexistentes e invariables implica desconocer que hay numerosos aspectos que aún están siendo investigados, como, por ejemplo, ¿qué grupos sociales son más susceptibles de manifestar ansias punitivas?, ¿cómo se crean o incrementan?, ¿qué expresan estas demandas punitivas? o ¿qué relación guardan con el grado de victimización?

La última pregunta es especialmente pertinente porque, como han revelado diversas investigaciones criminológicas (Sessar, 1986: 91-96; Frehsee, 1987: 147-148), la demanda de pena más severa se produce generalmente por parte de gente que no ha sido directamente victimizada (31). La propia víctima, como han mostrado estas

sidad de pacificar a la víctima. En consecuencia, la «pacificación» de la víctima sirve tanto para justificar la compensación como la punición. Y si no estamos dispuestos a que sean las (presuntas) ansias punitivas de la víctima las que decidan la respuesta, la opción debiera hacerse en base a otros valores.

(30) JEAN PIERRE MATUS me proporcionó un ejemplo que pienso puede contribuir a ilustrar este aspecto. En los países en los que la pena de muerte está prohibida, las discusiones acerca de qué hacer frente a los casos más graves asumen como límite máximo la cadena perpetua (o la prevista legalmente). Por el contrario, en los países en los que está vigente la pena de muerte, frente a los casos más indignantes publicados, la población tiende a reclamar su aplicación.

(31) En la demanda de penas severas influyen sin duda múltiples factores: el tipo de delito, el conocimiento del delincuente, la cercanía en el tiempo y las alternativas existentes son sólo algunos de ellos.

mismas investigaciones, en ocasiones quiere renunciar a la pena a cambio de una reparación, pero es precisamente el Estado y la concepción de la pena pública la que fuerza su imposición. En estos casos parece difícil sostener la afirmación que el derecho penal representa una disminución de la violencia respecto de la respuesta privada.

Hasta el momento, como he destacado, Ferrajoli (1995: 332-333) constantemente defiende la necesidad del derecho penal para evitar la venganza informal, salvaje, arbitraria, equiparándola a venganza privada. Sin embargo, en su réplica a las críticas de Nelken, Ferrajoli (1993: 489) matiza que él no identifica prevención de la punición informal o excesiva con venganza privada:

«Yo he sostenido al propio tiempo una tesis más compleja y más simple: que el segundo objetivo justificante de la pena es la prevención de punición «arbitraria» e «informal», como por ejemplo la venganza, pero también como, y diría que sobre todo, las reacciones de tipo policial e ilimitado que sucederían por parte de fuerzas y de la autoridad estatal si el derecho penal no existiese».

En consecuencia, a tenor de los ejemplos utilizados por Ferrajoli (1993:489-490) de ejecuciones sumarias, torturas, malos tratos, parece que el derecho penal se justifica por lo que el Estado haría en ausencia de un sistema de garantías.

Fundamentalmente el derecho penal sirve para evitar reacciones excesivas por parte del propio Estado. El argumento así varía, frente a un poder penal concentrado desregulado en manos del propio Estado (y no la imagen de la venganza privada), es mejor un poder sometido a garantías. Desde luego.

La primera paradoja que surge es si es válida este tipo de argumentación. A mí no me parecería convincente que un argumento en favor de la pena de muerte fuera que en caso contrario podríamos ser víctimas de los escuadrones de la muerte.

La segunda paradoja es, de nuevo, que admitir la necesidad de someter el poder del Estado a límites garantizados normativamente no conlleva asumir todo el modelo punitivo. La regulación jurídica de todo poder es defendible, pero ello no implica que además no se puedan plantear cambios respecto de la forma en que está articulado este poder.

Y la tercera es, si no presume demasiado para el derecho penal el pensar que este es el instrumento adecuado para evitar violencias arbitrarias. Si observamos los ejemplos contemporáneos en los cuales se suceden ejemplos de «guerra sucia» y partiendo de la complejidad de

las razones, puede especularse que ello obedece a un defecto de aplicación del derecho penal, pero el examen de otros episodios de violencia arbitraria nos muestra que tienen poco que ver con la aplicación o no del derecho penal (32).

Por ello, una estrategia alternativa, pero no excluyente, a la necesidad de regular, sometiendo a límites, consiste en reducir el poder punitivo del Estado. La concreción de esta posibilidad quizá sería posible abogando por un modelo de justicia restauradora, que vetase determinados tipos de penas como la prisión (por su carácter exclusivamente punitivo) y concediese un mayor protagonismo a la víctima (para juzgar y para determinar la respuesta) (33). Este poder reducido debería ser, obviamente, sometido a garantías.

RECAPITULACIÓN: No creo que el modelo de «derecho penal restitutivo» pueda ser presentado como «venganza privada». Asimismo me parece cuestionable que el modelo de «derecho penal punitivo» surgiera para limitar la «venganza privada». Tampoco me parece convincente argüir que en nuestras sociedades contemporáneas la única forma de evitar violencias arbitrarias sea mediante la imposición de una pena. Pienso que se requiere una respuesta, pero no es obligado que esta respuesta esté presidida por la lógica punitiva en vez de denunciatoria, reparadora, protectora o neutralizadora.

Si los argumentos expuestos hasta el momento son plausibles, la consecuencia es que el miedo a las «venganzas privadas» o reacciones estatales incontroladas, no suministran una justificación al modelo de derecho penal basado en la punición del delincuente.

En mi opinión, una justicia restauradora (van Ness, 1990) está en condiciones de evitar también este riesgo, en la medida que cumple los dos requisitos que pienso son esenciales, la de someter el poder a una regulación jurídica y la de otorgar una respuesta que, al tiempo de orientarse a la resolución del conflicto, permita denunciar el daño social realizado (Günther, 1989: 45-48) y atribuir responsabilidades.

(32) En otro contexto, MELOSSI (1991: 20,26) denomina «jurista ingenuo» a quien manifiesta esta confianza en las leyes, sin atender a su relevancia o funcionamiento.

(33) Aquí persiste el interrogante planteado en la Introducción: y ¿porqué es ello distinto del derecho penal? Pienso que un modelo de justicia restauradora es distinto del derecho penal porque, a pesar de admitir medidas coactivas, se orienta a la reparación de la víctima o neutralización del conflicto y no a punir al delincuente.

III. GARANTISMO Y JUSTIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL: (LA PREVENCIÓN DE DELITOS)

«En palabras breves y claras: La prevención general funciona respecto de los que no la «necesitan». Respecto de los que la «necesitan» no funciona. Esta conclusión se deriva del marco de referencia comunicativo. La estructura de signos donde aterriza y se interpreta el mensaje preventivo y el contexto de interpretación donde se recoge y traduce el mensaje, es de una naturaleza tal que la señal no es efectiva y el mensaje no se entiende en la forma que el emisor pretendía. En un contexto de problemas complejos relacionados con el alcohol, la familia, la situación laboral y educativa, que, conjuntamente, constituyen la estructura relevante de signos y el contexto de interpretación, la señal no se interpreta como una (amenaza de) sanción preventiva o mensaje educativo. Más bien se interpreta por ejemplo como más opresión, más intento de moralización o más expresión de rechazo».

Thomas Mathiesen (1990: 68)

En el apartado anterior he concluido que, en mi opinión, el riesgo de venganzas privadas no es apto para proporcionar una justificación del derecho penal. Si el razonamiento expuesto en el apartado precedente es aceptado, ¿existiría alguna otra justificación de la pena? La opinión de Ferrajoli es afirmativa, como se deduce de su polémica con Nelken.

Nelken (1993: 294-295) cuestiona el modelo de justificación del derecho penal de Ferrajoli en aquellos ámbitos que podríamos denominar «delitos sin venganza». Así, por ejemplo, Nelken observa la ausencia de reacción en algunas situaciones debido a que la gente no los reprueba (piénsese en el denominado delito de cuello blanco); en otras porque no se es consciente de que ha sido víctima de un delito (piénsese en los delitos contra los consumidores, en los delitos contra el medio ambiente); en otros casos porque la víctima del delito goza de escasa consideración social (piénsese en aquellos delitos realizados contra grupos minoritarios) (34).

En su respuesta, Ferrajoli (1993: 494) admite que en bastantes casos no existiría reacción privada, pero en estos recurre al fin de la prevención de delitos para justificar la existencia de derecho penal. Cuando falla uno, resurge el otro, como criterio exclusivo de justificación.

(34) También ZAFFARONI (1990: 83) destaca la falta de respuesta «privada» que ha seguido a la comisión de auténticos genocidios por las dictaduras del siglo XX.

El recurso a la prevención se me antoja objetable por dos argumentos que anticipo: a) las investigaciones criminológicas no han podido hasta el momento suministrar un apoyo irrefutable al hecho de que la pena previene (o no); b) en consecuencia, la prueba empírica que Ferrajoli requiere para declarar la pena justificada es de imposible realización.

III.1 El mito de la prevención general (35)

El título pretende alertar acerca de que ninguna investigación criminológica, de la que tengo conocimiento, ha conseguido contestar de forma definitiva a la pregunta de si la pena previene delitos. Si pensamos en el importante rol que juega la prevención de delitos en la justificación del derecho penal, es motivo de asombro que ninguna de las numerosas investigaciones realizadas haya sido capaz de aportar una conclusión irrefutable a la pregunta planteada.

En efecto, una de las cuestiones más dudosas y discutidas es la capacidad del derecho penal para prevenir delitos y la posibilidad de comprobar empíricamente que cualquier disminución del delito obedece a la existencia o severidad de una pena en vez de a factores sociales, culturales, económicos o de otra índole.

Como manifestó el panel de la *National Academy of Sciences* (Blumstein-Cohen-Nagin, 1978: 5-7), favorable a la presunción de la prevención de las penas, cualquier intento de extraer una conclusión incuestionable tropieza con las siguientes dificultades: errores en la medición de la tasa de delitos, confusión entre los efectos incapacitadores y preventivos y la imposibilidad de aislar los diversos factores concurrentes de forma simultánea.

Anticipo que la imposibilidad de alcanzar una conclusión cierta en este aspecto tiene consecuencias para la teoría garantista, pues, como veremos posteriormente, Ferrajoli (1995: 325) requiere la prueba del cumplimiento de la finalidad –prevención de delitos– para declarar la pena justificada.

Debido a que carecemos de una prueba concluyente, lo que sí podemos es repasar lo que hemos aprendido a través de diversas

(35) Me centro ahora exclusivamente en la pena de prisión y no en «la pena». Pienso que si consigo convencer de que la pena de prisión no es preventiva habría conseguido también el mismo objetivo respecto de las penas de inferior severidad. La objeción a esta conclusión podría surgir si alguien demostrase que la pena de multa tiene unos efectos preventivos inferiores pero sus costes son también inferiores. En este caso, de acuerdo a una doctrina de justificación utilitarista, la pena de multa quedaría justificada.

investigaciones criminológicas y que sirve para sembrar algunas dudas acerca de la presumida función preventiva de la pena. De estos conocimientos extraigo:

En primer lugar para que el derecho penal prevenga debe ser conocido. Indudablemente los delitos que coinciden con normas morales y sociales enseñadas por todos los subsistemas normativos son conocidos, así se suele pensar siempre en «homicidios, violaciones o robos».

Sin embargo, paradójicamente, los delitos más utilizados para justificar el derecho penal, son precisamente los que menos amenaza de pena requieren, al estar «prohibidos» por normas religiosas, sociales o culturales. Respecto de ellos la hipótesis es que la pena poco aporta (36).

Respecto de los delitos que no están respaldados por otro tipo de norma, ya por su carácter novedoso o por tratarse exclusivamente de infracciones de normas técnicas, es posible que en la lista de factores que explican su no comisión la amenaza de pena tenga una mayor relevancia. Pero, generalmente, estos son los delitos que acostumbran a citarse como ejemplos en los que es posible proceder a una descriminalización y en los cuales un adecuado control administrativo sería suficiente (37).

Asimismo «conocer» la ley no equivale a estar en grado de identificar todo acto como delito. Las víctimas pueden conocer la ley, pero no identificar este acto concreto como delictivo y definirlo como un inconveniente, accidente o tragedia. Cualquier definición alternativa, más probable como más se aleja el comportamiento de los delitos que mayor publicidad reciben o como más se aleja la persona del estereotipo de delincuente, implica que el hecho no será denunciado. Respecto de los hechos que permanecen en la oscuridad («cifra oscura») la capacidad preventiva del derecho penal se ve anulada (38).

(36) En estos casos la mejor explicación de porqué la persona infringe la norma apunta no a la disconformidad con los valores sino, además de otros factores, a la interpretación de cuando está justificado vulnerarlos.

(37) Desconozco porqué en determinados ámbitos (de, por ejemplo, bienes colectivos) se está más dispuesto a aceptar la descriminalización. Quizá debido a que es difícil observar la línea causal entre acción y daño social, o debido a que se piensa que la realización del daño no es intencional, o debido a que asumimos que «todos» podríamos realizar estos delitos y para «nosotros» una sanción administrativa sería suficiente. En cualquier caso, lo que se observa es que la posibilidad de descriminalizar dice poca relación con el daño objetivo de una determinada acción y más, creo, con personalidades asociadas a tipos de delito.

(38) Aun cuando no faltan opiniones que paradójicamente manifiestan que en determinados ámbitos es precisamente la no aplicación del derecho penal lo que tiene efectos preventivos. El argumento es que su aplicación constante permitiría descubrir la alta cifra oscura y cuestionar el valor que se pretende proteger (Popitz, 1968).

Por otro lado, algunos infractores pueden «conocer» la ley pero pensar que en este caso su actuar no es delictivo (por no incluirse en el tipo penal o creerlo justificado) (39), viéndose también en estos casos anulado el efecto preventivo.

Además, ¿qué debe ser conocido la ley o cómo se aplica en la realidad? porque una ley severa no tiene efecto preventivo si todos sabemos que los policías o los jueces no están en disposición de aplicarla o la aplican de forma distinta a la contenida en el texto legal.

Por último, ¿qué eficacia tiene el conocimiento y existencia del derecho penal en aquellos delitos en los cuales las normas penales no coinciden con las normas sociales? Pensemos en la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas o en la conducción temeraria en la que las normas sociales del grupo subcultural valoran precisamente la conducta que la norma penal criminaliza; o en el castigo de las drogas cuyos magras reducciones en el consumo más parecen asociarse con cambios de valores en las culturas juveniles y fenómenos ajenos a la represión penal.

Todos estos interrogantes acerca de la relación entre conocimiento del derecho penal y comportamiento son investigados por la criminología y si algo sabemos es que esta relación dista de ser una relación causal, lineal y directa.

En segundo lugar, la imagen de que el castigo previene parte, como se ha dicho tantas veces, del *homo economicus*. Puede prevenir en efecto a la clase media, en base al razonamiento de coste de la pena/beneficio del delito, pero de todos modos ello no es decisivo pues la clase media no es el grupo social que preocupa al derecho penal, ya que la clase media tampoco delinque porque obtiene, en expresión conocida en la criminología, una «recompensa de la obediencia» («*a stake in conformity*») (Toby, 1957 cit. por Vold-Bernard, 1986: 234).

Pero precisamente no previene a quien no obtiene las suficientes recompensas de la conformidad, no previene a quien ha hecho este comportamiento tantas veces sin ser aprehendido que si finalmente lo es asume el precio como un «gaje del oficio», no previene a quien ya ha estado en la cárcel y sabe como sobrevivir en ella, no previene a quien en su grupo subcultural ser aprehendido no representa un des- crédito.

(39) Evidentemente muchos infractores conocen perfectamente el carácter prohibido de su actuar, pero en este caso la amenaza penal es sólo una variable de las múltiples que se toman en consideración antes de actuar. Variable que, como expondré posteriormente, puede ser neutralizada.

Además, el efecto intimidatorio se neutraliza con «técnicas de neutralización» (Matza, 1964: 69), que suministran justificaciones para realizar el delito a pesar de saber que está prohibido (todos lo hacen, dice el delincuente de cuello blanco, son todos unos delincuentes, dice el joven neonazi) (40).

La investigación alemana más reciente de la que tengo conocimiento (Schuman, 1987; 1993) respecto de la capacidad de la pena para impedir ataques racistas de neonazis a personas inmigrantes, concluyó que lo que finalmente afecta a los hábitos de los jóvenes es un cambio en la valoración moral de su comportamiento, la ruptura de contactos con su grupo social (*peer group*) y el riesgo de ser *detenido* en el sentido de mayor dificultad para realizar el hecho o en el sentido de exposición pública.

De los tres factores sólo el último tiene algo que ver con el derecho penal (41), pero tiene un pequeño problema, como advierte Schuman, requiere de una sociedad civil activa que denuncie y de una policía decididamente antirracista.

El mito de la prevención asume asimismo la imagen de un autor reflexivo que, además de no corresponderse siempre con la realidad, es excesivamente simplificada. Pareciera que la pena es el factor decisivo en el actuar humano. Se ignora que además de la ausencia de obstáculos, siendo la perspectiva del castigo sólo uno de ellos, en la realización de delitos deben confluír cuando menos los elementos de motivación (¿qué interés positivo hay en realizar el delito?), habilidad (no todo el mundo está en condiciones de hacer todo delito) y oportunidad (la ausencia de vigilancia y un objetivo apetecible) (Sheley, 1983: 512-515).

Por último, en general se acepta la opinión de Beccaria de que la prevención no requiere de una determinada severidad de la pena. En consecuencia se afirma que la eficacia preventiva depende más de la certeza de su aplicación, que de su severidad.

Debo manifestar que el frecuente recurso a Beccaria para, rechazando la severidad, salvaguardar el castigo, sólo es convincente a pri-

(40) La aplicación de la pena en aras de intimidar también tiene costes. En el ejemplo de los grupos juveniles, crea mártires y héroes y contribuye a reforzar los vínculos con el grupo y aislarlos de la sociedad. En el ejemplo de delincuentes individuales, la violencia de la pena les suministra una justificación adicional para «cuando salga hacerla más fuerte».

(41) Señalo que sólo tiene algo que ver con el derecho penal porque lo que se discute no es prescindir de toda medida coactiva. En este sentido no se reniega de la intervención de la policía cuya función es evitar la realización de delitos. Lo que se discute es si después de la detención policial, la pena es la respuesta más adecuada.

mera vista. Ya que, cuando se reflexiona más detenidamente, la «certeza» requiere de más aplicación del derecho penal, requeriría que *cada vez* que se realice un delito el sistema penal (policía, jueces, pena) reaccionase. Sinceramente no me parece una perspectiva muy halagüeña (42).

Por otra parte hay que reconocer que el recurso a la certeza no se contrapone necesariamente a la severidad, ya que un lector escéptico punitivo siempre podría replicar que por muy certera que sea la aplicación de la pena esta será ineficaz si a esta aplicación no se le vincula una cierta severidad.

Por último, ni siquiera la capacidad preventiva de la certeza de la pena ha sido capaz de ser verificada empíricamente. Una de las investigaciones que tuve ocasión de leer en Estados Unidos me hizo dudar de la corrección de la intuición, que yo también había aceptado, de Beccaria.

Un experimento realizado en 1983 en Minneapolis llevó al convencimiento de que en casos poco graves de violencia doméstica (pena de hasta un año) el arresto inmediato de la persona conseguía disminuir la violencia familiar.

Ello comportó que frente a la anterior discrecionalidad que disponía la policía para arrestar o no, se dictaran en 11 Estados leyes obligando al arresto del marido agresor. Al cabo de poco tiempo otras tres investigaciones mostraron que el arresto de la persona producía una intensificación de la violencia, lo cual llevó finalmente a que el mismo investigador, que había sugerido el arresto, recomendará que no se adoptase esta política legislativa (Sherman, 1992: 187).

De todo ello no se deriva que no podamos defender la necesidad de una intervención policial inmediata, de protección, pero si después es mejor la intervención penal o una intervención de carácter mediador o de tipo psicológico, no creo que pueda derivarse de que es más eficaz, sino de que creemos preferible.

En fin, se me puede objetar que los conocimientos que expongo están basados en investigaciones realizadas por gente escéptica respecto del fin de la prevención general, pero la dificultad de extraer conclusiones irrefutables es precisamente uno de los aspectos que intento mostrar: que la prevención general es la más perfecta de las ideologías porque empíricamente ni se deja confirmar ni se deja desmentir y, en consecuencia, siempre se puede recurrir a ella para legitimar el derecho penal.

(42) A no ser que el argumento de la certeza se refiera a la suficiencia de una sanción cierta en vez de una pena severa.

Como observa Mathiesen (1990: 51):

«(...) El carácter paradigmático de la teoría de la prevención general sirve para que eventos incluso contradictorios se interpreten de acuerdo a esta teoría, para que la carga de la prueba se sitúe en aquellos que la cuestionan y para que argumentos basados en el sentido común se acepten como la más sólida o única evidencia en su apoyo».

Llegados a este punto se me plantea el interrogante de qué posee el mito de la prevención general para ser tan persistente, a pesar de no haber sido nunca objeto de comprobación empírica indiscutible. Pienso que nuestra intuición tiene algo en que basarse y que, a salvo de posteriores estudios, me permito especular:

a) El núcleo de verdad de la prevención general: el hecho de que el comportamiento se modifica por incentivos.

Sin embargo, ello es distinto de requerir una pena o una determinada severidad. Los (des) incentivos pueden ser medidas preventivas (desde las de carácter situacional hasta las de carácter educativo, social o político). Los (des) incentivos pueden ser medidas coactivas de carácter neutralizador o reparador, que tienen como objetivo evitar la reiteración del conflicto.

En resumen, de la premisa que el comportamiento humano es modificable por incentivos, no se deriva como consecuencia ineludible que el castigo sea la medida más eficaz frente a todos los comportamientos que pretendemos evitar.

b) La introspección: tenemos una tendencia a realizar una introspección y pensar que si a «nosotros» nos intimida, la prisión intimidará a todos.

Curiosamente, cuando nos preguntan por qué no realizamos determinados delitos «nosotros» tendemos a aportar razones morales, pero pensamos que «ellos» desisten por miedo a la pena.

Pero, si la discusión se sitúa en tipos de personas, lo que muestran las investigaciones que asumen tipos distintos de personalidad propensas a delinquir (Wilson-Herrnstein, 1985: 43-56), es que «ellos» viven al día, el presente y no hacen cálculos futurísticos. Si viven el presente ¿cómo podemos esperar que la pena, que implica un cálculo incierto –si me arrestan– y de futuro puede evitar un comportamiento de presente?

El método de la introspección también subvalora la pluralidad de la sociedad (en clases, en géneros, en edades, o en culturas), que influye no necesariamente en la existencia de distintos valores, pero

quizá sí en la definición de los contextos en los que estos pueden ser infringidos.

Es probable además que esta misma pluralidad influya en cómo se percibe el castigo. La persona convencida de la legitimidad de su actuar, por razones ideológicas o culturales (43), no ve el castigo como una «pena» si su grupo social le apoya.

La persona acostumbrada (y obligada) a realizar acciones delictivas vive en un contexto de dificultades tal que «nosotros» no podemos imaginar y en consecuencia es razonable pensar que ello influye en el presunto cálculo de costes y beneficios.

La realización del delito puede comportar muchos beneficios que «nosotros» obtenemos al comportarnos convencionalmente y que por tanto no incluimos en el cálculo; los perjuicios de la pena pueden verse disminuidos cuando se contrastan con las condiciones de vida existentes en el exterior, condiciones de vida que para «nosotros» son más favorables, lo cual puede también aumentar el temor a los perjuicios.

c) El castigo paterno: en ocasiones nuestro sentido común proviene de las experiencias que hemos tenido de pequeños. Así baste recordar que en un influyente artículo, Gimbernat (1976: 64-65) explicaba el efecto preventivo de la pena comparándolo al del padre que castiga.

No obstante, debe advertirse rápidamente que el Estado no es nuestro padre. El castigo a los niños impuesto por el padre es inmediato y está impuesto por alguien con el que no queremos romper la relación. Ninguna de las dos condiciones se dan con el Estado.

El efecto del castigo de nuestro padre, como advierten las teorías criminológicas basadas en el aprendizaje (Akers, 1994: 98) o las teorías del control (Gottfredson-Hirschi, 1990: 99) (44), se deriva de que actuamos de una u otra forma porque queremos conservar su cariño,

(43) Mientras se acepta el escaso impacto de la pena en lo que se denomina «delincuencia de convicción», han empezado a aparecer estudios provenientes del multiculturalismo que muestran la falta de efectos preventivos de determinadas penas en comunidades indígenas. Respecto del Canadá, véase Loo (1996: 110-116).

(44) Ambas teorías aceptan el papel del castigo en la modificación del comportamiento. Aun así obsérvese como AKERS (1994: 98) remarca que ello depende de cómo se experimente el castigo: «El castigo puede ser directo (positivo), mediante el cual se vinculan consecuencias dolorosas o desagradables al comportamiento; o indirecto (negativo), en el cual se deniega una consecuencia agradable o recompensa. (...) Sin embargo, el que estos efectos se experimenten de forma positiva o negativa depende de las expectativas previamente aprendidas». Como observa PFHOL (1994: 333) desconocemos exactamente el rol de las familias o de los amigos en la neutralización de los efectos de la pena, al enfatizar la baja probabilidad del castigo o al prometer un alto status para los que delincan.

es decir, en función no sólo de si anticipamos o no castigo, sino en función de que somos receptivos a la reacción que él tenga.

Sin embargo, no nos importa si el Estado se «enfada» con nosotros si previamente estamos ya alienados del Estado, es decir, le hemos negado toda legitimidad. Entre las poblaciones marginadas hay muchos motivos para negar legitimidad al castigo, el observar la desigualdad social y la distinta aplicación de la ley es uno de ellos.

d) Por último, quizá también influye en la permanencia del mito de la prevención la denominada «prueba contrafáctica», esto es, lo que haríamos si no existiese el derecho penal. Aquí de nuevo la introspección juega un rol importante.

De todos modos, negar el castigo no implica negar todas las medidas coactivas. Los abolicionistas no sugieren que desaparezca la policía; el centro de su ataque se dirige a medidas coactivas orientadas a castigar en vez de a reparar.

En consecuencia, el derecho penal no «desaparece» sino que orienta su fuerza coactiva a encontrar respuestas que permitan reparar o neutralizar el conflicto. La necesidad de justificar estas medidas coactivas tampoco «desaparece» pero se articula en función de su capacidad para resolver el conflicto. Los jueces tampoco «desaparecen» aun cuando se es partidario de dar mayor autonomía a la víctima y de articular una justicia más participativa.

No desconozco que los argumentos expuestos hasta el momento no son precisamente originales. Al fin y al cabo Ferrajoli (1995: 334) admite la *inidoneidad* del derecho penal para satisfacer la prevención de delitos. Pero precisamente por ello el reproche de Nelken (1993: 290) parece acertado, al recriminarle que no basta admitir la dificultad de prevenir delitos mediante la pena, si de ello no se extrae conclusión alguna:

«Al discutir la finalidad de la prevención, por ejemplo, [Ferrajoli] se declara escéptico de la posibilidad de determinar de forma realista los efectos preventivos de las diversas penas. En notas, cita diversos escritos que ponen de manifiesto esta dificultad; pero no hay ningún atisbo de una discusión adecuada de como ello convierte a la prevención en una finalidad irrealista de la pena, ni se opone, sobre la base de estos escritos, a la finalidad de la prevención».

III.2 La (no) justificación de la pena

En el apartado anterior he expuesto que, hasta el momento, ninguna investigación ha sido capaz de aportar una demostración cierta de la capacidad preventiva de la pena. También he anticipado que la

falta de comprobación empírica es un problema para la justificación de la pena en la teoría de Ferrajoli.

En efecto, si he comprendido correctamente, Ferrajoli no afirma que sea suficiente alegar el fin de prevenir delitos para justificar el derecho penal.

«El defecto epistemológico que suele viciar las justificaciones de la pena sugeridas por las doctrinas de justificación –y en particular por las doctrinas utilitaristas– es la confusión entre los dos niveles de discurso que acaban de ser distinguidos (45). A causa de esta confusión las doctrinas normativas de justificación son casi siempre presentadas directamente como justificaciones. De ello resultan justificaciones apriorísticas: (...) El resultado es una *falacia normativista* del todo idéntica a la de la confusión de los fines con las funciones en la que incurren las doctrinas ideológicas normativistas. Las justificaciones, en efecto, se obtienen *a posteriori*, sobre la base de la correspondencia comprobada entre los fines justificadores y las funciones efectivamente realizadas. Cuando una justificación es apriorística, es decir, prescinde de la observación de los hechos justificados, queda degradada a ideología normativista o idealista». (Ferrajoli, 1995: 325-326).

En resumen, para evitar ser una «ideología normativista», no basta alegar el fin de prevención de delitos para que la pena esté justificada, sino que debe demostrarse que esta finalidad es efectivamente cumplida, esto es, que hay una correspondencia entre el fin que se pretende alcanzar y la función que cumple la pena (46).

No obstante, la prueba empírica que se debería realizar para declarar no justificada una pena es actualmente imposible. Como observa Baratta (1986: 85):

«Por lo que se refiere a la teoría de la prevención general negativa, los resultados de las investigaciones realizadas sobre el control empírico de la misma pueden resumirse del siguiente modo: la realización efectiva de la función disuasoria de la pena no está empíricamente demostrada. *Se puede incluso pensar razonablemente, en base a*

(45) Se refiere a la diferencia entre doctrina de justificación y justificación: «Sobre esta base podemos caracterizar las *doctrinas de justificación* como discursos normativos acerca de la justificación o acerca de los fines justificadores, y las *justificaciones* (o *no justificaciones*) como discursos asertivos acerca de la correspondencia (o no correspondencia) entre los fines normativamente asumidos y las funciones asertivamente explicadas y reconocidas» (FERRAJOLI, 1995: 325).

(46) Por ello FERRAJOLI (1995: 344) remarca que el garantismo es no sólo un criterio de justificación sino también de deslegitimación del derecho penal.

consideraciones metodológicas, que dicha teoría no es ni siquiera demostrable» (subrayado añadido).

Ferrajoli (1995:334; 347, nota 18; 473) admite la dificultad, de dicha prueba empírica. La dificultad aumenta, como él mismo reconoce (Ferrajoli, 1995:336), hasta la *imposibilidad* cuando a la exigencia de demostrar la eficacia preventiva de la pena se le añade el cálculo de que la violencia ejercida por la pena sea menor de la que hubiera resultado por la suma de delitos y venganzas.

Pues bien, si la comprobación empírica de la capacidad preventiva del derecho penal es difícil o actualmente imposible ¿cómo afirmar que la pena sólo se justifica *a posteriori*, en base a investigaciones empíricas que demuestren su efectividad? (Ferrajoli, 1995: 325, 327-328, 337, 344).

Las «pruebas empíricas» que permitirían la justificación de la pena acaban no siendo susceptibles de comprobación y con ello corren el riesgo de legitimarla independientemente de su utilidad en la prevención de delitos (47).

Una segunda dificultad que me provoca la teoría de Ferrajoli son las consecuencias que se pueden extraer de esta falta de comprobación empírica. Asumamos que, a falta de una demostración empírica irrefutable, los argumentos plausibles expuestos en el apartado anterior son admitidos como «prueba».

Debido a que la pena de prisión no ha probado su capacidad preventiva ¿no debiera ser ello suficiente ya para deslegitimarla, esto es, para declararla no justificada (obviamente de acuerdo a *esta* doctrina de justificación)?.

Sin embargo, parece que ello no es correcto pues «infringe la ley de Hume» (48).

«En un vicio ideológico simétrico a [la falacia normativista] que afecta a muchas doctrinas de justificación de la pena incurren por otra parte también muchas doctrinas abolicionistas, que discuten el fundamento axiológico de las primeras con el argumento asertivo de que la

(47) Además de la difícil comprobación empírica de la eficacia preventiva de la pena, permítaseme insistir en que adicionalmente debería comprobarse que esta es el medio menos lesivo del que se dispone para conseguir dicho fin.

(48) «Con arreglo a la ley de HUME, mientras las teorías explicativas no pueden ser corroboradas ni desmentidas mediante argumentos normativos extraídos de opciones o juicios de valor, sino sólo mediante la observación y descripción de lo que de hecho sucede, las doctrinas normativas no pueden ser respaldadas ni refutadas con argumentos fácticos tomados de la observación, sino sólo mediante su conformidad o desconformidad respecto a valores» (FERRAJOLI, 1995: 324).

pena no satisface los fines que se le señalan: por ejemplo, no previene los delitos, no reeduca a los condenados o incluso tiene una función criminógena opuesta a los fines que se indican como su justificación. Críticas de este tipo están en línea de principio viciadas a su vez por la *falacia naturalista*, al ser imposible derivar de argumentos asertivos tanto el rechazo como la aceptación de proposiciones prescriptivas». Ferrajoli (1995: 326)

Debo manifestar mi gran dificultad en entender el porqué de la constatación de que la pena de prisión no previene no se puede extraer la consecuencia de que ésta no está justificada (de acuerdo a una teoría que precisamente la defiende por ser preventiva) (49).

Si el argumento es que del hecho de que la pena de prisión no previene no puede extraerse la consecuencia de que no esté justificada pues «bien aplicada» podría tener efectos preventivos, debieran especificarse cuáles son los requisitos necesarios para que esté «bien aplicada». Si el argumento fuera el de que la prisión no previene no puede extraerse la conclusión de que ninguna pena previene, debiera especificarse qué penas concretas aparecen justificadas de acuerdo a los principios de eficacia (en la prevención) y necesidad (por ser las menos lesivas) y cuáles no.

Por último, Ferrajoli (1995: 326) admite que hay un caso en que la «falacia naturalista» es admisible:

«(...) cuando argumentan no sólo la no realización, sino la irrealizabilidad empírica del fin indicado como justificador. (...) puesto que es condición de sentido de cualquier norma la posibilidad alética de que sea observada (además de violada), si comprobamos que el fin prescrito no puede materialmente ser realizado y a pesar de ello asumimos su posible realización como criterio normativo de justificación, ello quiere decir que la tesis de la posible realización, contradictoria con la de la irrealizabilidad, ha sido derivada de la norma violando la ley de Hume».

En definitiva, cuando se plantean *objetivos irrealizables* (no sólo irrealizados pero siempre realizables) (50) es válido infringir la ley de Hume. En este caso, la pena, que no previene ni puede prevenir, queda deslegitimada.

(49) Para exponer de forma explícita mi confusión acerca de la «falacia naturalista»: entiendo que, de acuerdo a la «ley de Hume», no sería correcto derivar del hecho de que la pena de prisión no previene la incorrección de la doctrina de justificación utilitarista. Me cuesta más entender porqué infringe la ley de Hume derivar del hecho de que la pena de prisión no previene que esta pena no está justificada.

(50) Véase también FERRAJOLI (1995: 345, nota 1).

No acabo de entender cómo podré saber cuando me encuentro frente a un objetivo *nunca* realizado o frente a uno irrealizable (51). Ni atisbo a comprender cómo se podría convencer al lector escéptico pero punitivo. En efecto, aun cuando se consiguiese demostrar que la pena no previene ¿cómo podríamos rebatir a quien nos cuestionase que ello es debido a que no se aplica de forma suficiente? El lector escéptico punitivo siempre podría concluir que, en efecto, la pena de prisión no previene pero podría prevenir, si fuese más aplicada o de mayor duración (52).

Veamos esta dificultad en los ejemplos que expone Ferrajoli de pena totalmente ineficaz y por tanto deslegitimada:

«(...) en el aborto o el consumo de estupefacientes si se admite que las penas, como parece demostrado por investigaciones empíricas comparadas, son completamente ineficaces para prevenirlos.» (Ferrajoli, 1995: 280).

O también:

«(...) el aborto, el adulterio, el concubinato, la mendicidad, la evasión de presos o la tóxico-dependencia: su prohibición es inútil en la medida que se demuestre que está abocada a no surtir efecto». Ferrajoli (1995: 473)

A mí me cuesta creer que las investigaciones empíricas comparadas hayan puesto de manifiesto que la prohibición del aborto o del consumo de drogas no es efectiva (¿y la del hurto?), pero sí puedo creer que sus valores le lleven a considerar ilegítimo que estos comportamientos se combatan con el recurso a la pena.

Pero entonces la discusión debería situarse, en mi opinión, a este nivel, esto es, argumentar que el fin de la prevención de delitos es irrealizable por medio de la pena, ya que esta siempre comportará un grado de sufrimiento mayor que otros medios alternativos de prevención. De lo contrario, si se pretende permanecer en el nivel empírico, el lector escéptico punitivo no resultará convencido de que si la pena

(51) FERRAJOLI (1995: 345, nota 3) se manifiesta en contra de la opinión de Baratta (1986: 84) que acusa de ideologías a las teorías no demostradas. FERRAJOLI entiende, por el contrario, que los fines han de ser no sólo no realizados sino irrealizables.

(52) Esta es también la dificultad con la que tropieza la crítica a la resocialización. No es el único argumento en contra de la resocialización, pero es un argumento plausible el hecho de que la pena de prisión presente unos índices elevados de reincidencia. Plausible pero no irrefutable, para aquellos que creen que «mejores prisiones» o «mejores programas de tratamiento» sí tendrían capacidad resocializadora. En este sentido FIANDACA (1993: 271) acusa a FERRAJOLI de incurrir respecto al fin preventivo especial en la falacia de HUME.

fuera aplicada en estos ámbitos, en que predomina la cifra oscura, de manera más certera o más severa, podría tener efectos preventivos.

En últimas, la prevención no aporta argumentos concluyentes, ni para justificar el derecho penal ni, lamentablemente, como pretendería Ferrajoli, para limitarlo (53).

RECAPITULACIÓN: Es imposible demostrar que la pena privativa de libertad cumpla su función de prevenir delitos. La justificación preventiva del castigo asume la imagen de una persona motivada fundamentalmente por el temor, en vez de la imagen de una persona motivada por numerosos factores y donde la pena aporta argumentos en favor de la no realización del delito (54). Consecuencia de esta imagen, otorga excesiva importancia al mecanismo de la pena para influir en el comportamiento humano.

Hay argumentos plausibles que cuestionan que la prisión sea capaz de prevenir delitos, pero no hay una demostración empírica irrefutable. Si alguien exige demostrar que no previene y «nunca puede prevenir» para deslegitimar la pena de prisión, debiera especificar en qué condiciones se cree que la prevención sería posible y por qué es el medio menos lesivo para conseguir este fin.

PD. Este artículo no pretende exasperar las discrepancias entre abolicionismo y garantismo. Comparto la preocupación básica de Ferrajoli de someter el poder punitivo a estrictos controles jurídicos. Lo único que me separa de él es que no creo que este objetivo deba comportar necesariamente la legitimación del actual modelo punitivo, de sus justificaciones, ni de sus penas. Por ello he pretendido, en primer lugar, señalar que, aun cuando se acepte la doctrina de justificación propuesta por Ferrajoli, puede defenderse que la pena de prisión es una pena inhumana, contraria a los derechos humanos. En segundo lugar, he pretendido cuestionar la utilidad de la pena —entendida como castigo del delincuente— para evitar violencias arbitrarias o prevenir delitos. En tercer lugar, he procurado precisar que ello no implica caer en la ilusión de prescindir de todo tipo de medidas coactivas, pero que

(53) Por ello mis dos objeciones fundamentales a la teoría utilitarista, como doctrina de justificación, consisten en que no creo que consiga oponer un límite eficaz, basado en principios utilitaristas, a la severidad de las penas y que hace aparecer como empírico lo que es valorativo.

(54) La concepción de la pena como una respuesta que aporta argumentos morales y un pequeño desincentivo prudencial para evitar la realización de delitos la he extraído de von Hirsch (1995: 12-14).

estas pueden recibir otra justificación y ser evaluadas en función de su capacidad para reparar el conflicto (55).

BIBLIOGRAFÍA

- AKERS, R. (1994) *Criminological Theories*. Los Angeles, Roxbury Publishing Company.
- BARATA, A. (1986) «Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal» en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona, P.P.U.
- BIANCHI, H. (1985) *Justice as Sanctuary. Toward a New System of Crime Control*. Bloomington, Indiana University Press, 1994.
- BLUMARWIN, A.—COHEN, J.—NAGIN, D. (eds) (1978) *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*. National Academy of Sciences, Washington, D.C.
- CHRISTIE, N. (1976) «Conflicts as Property» en *British Journal of Criminology*, vol. 17, núm. 1. Hay traducción al español en *De los delitos y de las víctimas*. Maier, J. (comp) Buenos Aires, Ad-Hoc, 1992.
- , (1981) *Limits to Pain*. Oxford, Martin Robertson, 2.ª ed., 1992. Existe traducción al castellano, *Los límites del dolor*, México, F.C.E., 1984.
- CID, J. (1996a) «Garantías y sanciones (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)» en *Revista de Administración Pública*, mayo-agosto.
- , (1996b) «Despenalización y tutela de bienes colectivos» en *Prevenió*, núm. 12, marzo.
- COHEN, S. (1985) *Visions of Social Control*. Hay traducción al castellano *Visiones de Control Social*, Barcelona, P.P.U., 1988.
- , (1986) «El Derecho Penal Mínimo», en *Poder y Control*, núm. 0. Barcelona, P.P.U.
- , (1987) «Taking decentralization seriously: Values, visions and policies» en *Against Criminology*, Oxford, Transaction Books, 1988. Hay traducción al castellano en *Nuevo Foro Penal*, 1989, núm. 45.
- FERRAJOLI, L. (1989) *Derecho y Razón*. Madrid, Trotta, 1995.
- FIANDAGA, G. (1993) «Quando proibire e perché punire? Ragioni di «concordia discors» con Luigi Ferrajoli» en GIANFORMAGGIO, L. (ed) *Le ragioni del garantismo, discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino, Giappichelli.
- FOUCAULT, M. (1984) *Vigilar y Castigar*. Madrid, Siglo XXI, 4.ª ed.
- FREHSEE, D. (1987) *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*. Berlin: Duncker & Humblot.

(55) Por ello me he atrevido a sugerir que el discurso abolicionista después de reclamar la «abolición de la prisión» y la «abolición del sistema penal» debiera afrontar ahora en el plano teórico una tercera fase que he denominado «justicia restauradora».

- FUNES, J. (1994) (director) *Mediació i Justícia Juvenil*. Barcelona, Generalitat de Catalunya. Departament de justícia.
- GACTO, E. (1990) «Aproximación a la historia del derecho penal español» en CLAVERO-GROSSI-TOMÁS Y VALIENTE (eds) *Hispania*. Milano, Giuffrè editore, Tomo I.
- GIMBERNAT, E. (1976) *Estudios de Derecho Penal*. Madrid, Civitas.
- GOTTFREDSON, M.–HIRSCHI, T. (1990) *A General Theory of Crime*. Stanford, Stanford University Press.
- GÜNTHER, K. (1989) «Natürlich sind wir für die Abschaffung des Strafrechts! Sind wir es wirklich?» en GAMB, G.–KIMMERLE, G. (Hsg) *Vorschrift und Autonomie: zur Zivilisationsgeschichte der Moral*. Tübingen: Diskord.
- HARRIS, M. (1985) *Jefes, cabecillas, abusones*. Madrid, Alianza Cien.
- HAY, D. (1975) «Property, Authority and the Criminal Law» en *Albion's Fatal Tree. Crime and Society in Eighteenth-Century England*. HAY, D.–LINEBAUGH, P.–RULE, J. G.–THOMPSON, E. P.–WINSLOW, C. London, Penguin Books.
- HESPANHA, A. (1987) «Da "Iustitia" à "Disciplina". Textos, Poder e Política Penal No Antico Regime» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 57.
- , (1990) «Da "Iustitia" à "Disciplina"» en *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*. TOMÁS Y VALIENTE-CLAVERO-HESPANHA-BERMEJO-GACTO-ÁLVAREZ ALONSO (eds). Madrid, Alianza Universidad.
- HULSMAN, L.–BERNAT CELIS, J. (1982) *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa*. Barcelona, Ariel, 1984.
- , (1986) «Critical Criminology and the Concept of Crime» en *Contemporary Crisis*, vol 10, n.º 1. Hay traducción al español en *Poder y Control*, 1986, n.º 0, Barcelona, P.P.U. y en *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989.
- , (1991) «Alternatives to Criminal Justice: Decriminalization and Depenalization» en *Abolitionism in History*, Varsovia.
- KAISER, G. (1987) «Abolitionismus –Alternative zum Strafrecht?» en Küper, W. (Hsg) *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*. Berlin, Walter de Gruyter.
- LARRAURI, E. (1987) «Abolicionismo del derecho penal: las propuestas del movimiento abolicionista» en *Poder y Control*, núm. 3.
- , (1991) «Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*.
- , (1997) «La reparación» en J. CID-E. LARRAURI (coords) *Penas Alternativas a la Prisión*. Barcelona, Bosch.
- LENMAN, B.–PARKER, G. (1980) «The State, the community and the criminal law in Early Modern Europe» en *The social history of crime in Western Europe since 1500*. GATRELL-LENMAN-PARKER (eds). London, Europe Publications.
- LOO, T. (1996) «Savage Mercy: Native Culture and the Modification of Capital Punishment in Nineteenth-Century British Columbia» en Strange C. (ed) *Qualities of Mercy: Justice, Punishment, and Discretion*. Vancouver, UBC Press.

- MARTÍNEZ, M. (1990) *La abolición del sistema penal*. Bogotá, Temis.
- MATHIESEN, T. (1986) «The politics of abolition» en *Contemporary Crisis*, vol. 10, núm. 1. Hay traducción al español en *Abolicionismo Penal*, Buenos Aires, Ediar, 1989.
- , (1990) *Prison on Trial*. London, Sage.
- MATZA, D. (1964) *Delinquency and Drift*. New York, John Wiley & Sons.
- MELOSSI, D. (1991) «Ideología e diritto penale. Garantismo giuridico e criminologia critica como nuove ideologie dell subalternità?» en *Dei Delitti e delle Pene*. Vol. I. Torino, Edizioni Gruppo Abele.
- NELKEN, D. (1993) «Le giustificazioni della pena ed i diritti dell'imputato» en GIANFORMAGGIO, L. (ed.) *Le ragioni del garantismo, discutendo con Luigi Ferrajoli*. Torino, Giappichelli.
- NINO, C. (1980) *Introducción al Análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- , (1991) «La huida frente a las penas. A propósito del último libro de Eugenio R. Zaffaroni» en *No Hay Derecho*. Año 2, núm. 4, Buenos Aires.
- PAVARINI, M. (1985) «Introduzione» a Nils Christie *Abolire le pene?* Torino, Edizioni Gruppo Abele.
- PÉREZ PINZÓN, A. O. (1989) *La perspectiva abolicionista*. Bogotá, Temis.
- PETERS, E. (1998) «Prison before the Prison: The Ancient and Medieval Worlds» en MORRIS, N.—ROTHMAN, D. (eds.) *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*. Oxford, Oxford University Press.
- PETIT, C. (1991) «Crimen y castigo en el reino visigodo de Toledo» en *Recuils de Jean Bodin: La peine* (vol. 56, ii), Bruxelles, de Boeck Université.
- PFOHL, S. (1985) *Images of Deviance and Social Control*. New York, McGraw-Hill, 2.^a ed., 1994.
- POPITZ, H. (1968) *Über die Präventivwirkung des Nichtswissen. Dunkelziffer, Norm und Strafe*. Tübingen.
- SÁNCHEZ ROMERO, C.—HOUED VEGA, M. A. (1992) *La abolición del sistema penal*. San José, Costa Rica, Editec.
- SCHEEERER, S. (1986) «Limits to criminal Law?» en BIANCHI-V. SWAANINGEN (eds.) *Abolitionism*. Amsterdam, Free University Press.
- SCHUMAN, K. (1989) *Positive Generalprävention*. Heidelberg, C. F. Müller.
- , (1993) «Schutz der Ausländer vor rechtsradikaler Gewalt durch Instrumente des Strafrechts?» en *Kein schärfer Schwert, denn das für Freiheit streitet!* FS für Thomas Mathiesen. Bielefeld, AJZ.
- SESSAR, K.—BEURSKENS, A.—BOERS, K (1986) «Wiedergutmachung als Konfliktregelungsparadigma?» en *Kriminologisches Journal*.
- SHELEY, J. (1983) «Critical Elements of Criminal Behavior Explanation» en *The Sociological Quarterly* 24.
- SHERMAN, L. W. (1992) *Policing Domestic Violence*. New York, The Free Press.
- SILVA, J. (1996) «Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo» en *Actualidad Penal*, núm. 15/8.

- SPIERENBURG, P. (1998) «The Body and the State: Early Modern Europe» en MORRIS, N.–ROTHMAN, D. (eds.) *The Oxford History of the Prison. The Practice of Punishment in Western Society*. Oxford, Oxford University Press.
- STEINERT, H. (1980) «Kleine Ermutigung für den kritischen Strafrechtler, sich vom «Strafbedürfnis der Bevölkerung» (und seinen Produzenten) nicht einschüchtern zu lassen» en LÜDERSSEN, K.–SACK, F. (Hsg.) *Seminar: Abweichendes Verhalten IV. Kriminalpolitik und Strafrecht*. Frankfurt, Suhrkamp.
- THOMAS, J.–BOEHLEFELD, S. (1993) «Rethinking Abolitionism: «What do we do with Henry?» Review of de Haan, *The Politics of Redress*» en MACLEAN, B.–PEPINSKY, H. *We Who Would Take no Prisoners: Selections from the Fifth International Conference on Penal Abolition*. Vancouver, Collective Press.
- TOMÁS Y VALIENTE, F. (1969) *El Derecho penal de la monarquía absoluta (Siglos XVI, XVII, XVIII)*. Madrid, Tecnos, 2.ª ed., 1992.
- VAN NESS, D. (1993) «New Wine and Old Wineskins: Four Challenges of Restorative Justice» en *Criminal Law Forum*, vol. 4, núm.2.
- VAN SWAANINGEN, R. (1986) «What is abolitionism?» en BIANCHI–V. SWAANINGEN (eds.) *Abolitionism*. Amsterdam, Free University Press.
- , (1997) *Critical Criminology. Visions from Europe*. London, Sage.
- VOLD, G.–BERNARD, T. (1958) *Theoretical Criminology*. Oxford, Oxford University Press, 1986. 3.ª ed.
- VON HIRSCH, A. (1993) *Censure and Sanctions*. Oxford, Clarendon press, 1995. Existe traducción al castellano *Censurar y Castigar*, Madrid, Trotta, 1998.
- WILSON, J. Q.–HERRNSTEIN, R. J. (1985) *Crime and Human Nature. The Definitive Study of the Causes of Crime*. New York, Simon & Schuster.
- YOUNG, J. (1998) «Breaking Windows: Situating the New Criminology» en WALTON, P.–YOUNG, J. *The New Criminology Revisited*. London, Macmillan.
- ZAFFARONI, E. R. (1990) *En busca de las penas perdidas*. Bogotá, Temis.
- , (1991) «¿Vale la pena? Una réplica a Carlos S. Nino, de un agnóstico del derecho penal» en *No Hay Derecho*. Año 2, núm. 5, Buenos Aires.

La reincidencia en el Código Penal de 1995

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

Prof. Titular de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. Introducción.-II. Breve evolución legislativa.-III. ¿Constitucionalidad de la agravante de reincidencia?.-IV. Interpretación de la reincidencia conforme a la redacción dada por el Código penal de 1995.-1. Mismo Título del Código penal.-2. Misma naturaleza.

I. INTRODUCCIÓN

Siendo más que discutible el mantenimiento de la agravante de reincidencia en el texto punitivo, el Código penal de 1995 ha optado por su conservación si bien ha recortado su operatividad al darle una nueva redacción y al suprimir la reincidencia genérica. Como ha señalado Prats Canut, la historia de la reincidencia es la historia de su limitación, parece como si hubiese una mala conciencia en relación a la misma que, por criterios difíciles de sostener desde la óptica preventiva del Derecho Penal, pero que encuentran su ubicación en el terreno de los sentimientos de inseguridad u otros más o menos atávicos, hace que no se dé el paso de renunciar a dicha institución, pero que sí al menos se intente su limitación a un círculo reducido de supuestos (1).

(1) PRATS CANUT, *Comentarios al Nuevo Código penal*, dirigidos por Quintero Olivares, Aranzadi, 1996, p. 256.

El artículo 22.8 del nuevo texto legal establece como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal: «Ser reincidente», especificando que ha de entenderse por tal: «Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo».

El Código penal de 1995 ya no hace lo que su antecesor, el Código penal de 1973, que identificaba la especie delictiva con el estricto criterio de estar situadas las infracciones en el mismo Capítulo, utilizando así el criterio de la identidad relativa de carácter formal.

El presente estudio no está orientado al análisis del fundamento de la agravante de reincidencia o de su posible constitucionalidad, aspectos ambos que se exponen someramente, por haber sido tratados de forma extensa por parte de la doctrina, sino, principalmente, a los problemas interpretativos que puede plantear la nueva configuración dada a la agravante de reincidencia por el Código penal de 1995 y que, como veremos, van a dejar un amplio margen de discrecionalidad al juez.

II. BREVE EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La falta de un criterio uniforme del legislador español en materia de reincidencia se plasma en las diferentes reformas de que ha sido objeto esta agravante, reformas tendentes a limitar los efectos agravatorios de la reincidencia. En este sentido, la reincidencia se ha modificado por las Leyes de 28 de noviembre de 1974, 28 de diciembre de 1978, 25 de junio de 1983 y finalmente, por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, que le ha dado un nuevo contenido.

Haciendo un somero repaso por nuestros textos punitivos (2) se advierte como la agravante de reincidencia está presente en la legislación penal española desde nuestro primer Código penal de 1822 que regulaba, como dos circunstancias distintas, la reincidencia, especí-

(2) Un estudio histórico sobre la reincidencia en los distintos Códigos penales, puede verse en ASUA BATARRITA, *La reincidencia, su evolución legal, doctrinal y jurisprudencial en los Códigos penales del siglo XIX*, Bilbao, 1982, y GONZÁLEZ CUÉLLAR GARCÍA, *La reincidencia*, en «Comentarios a la legislación penal», tomo II, 1983, pp. 1 ss.

fica, denominada reincidencia, y la genérica, innominada, salvo en el Código penal de 1928 y a partir de 1944, hasta la reforma de 1983, en que se le da el nombre de reiteración. Posteriormente el Código penal de 1850 en su artículo 10.18.^a hacía consistir la reincidencia en cometer un delito de la misma especie. El término de la «misma especie» era poco preciso y dio lugar a diversas interpretaciones. Para unos había de entenderse como los comprendidos en el mismo Título, para otros, como los comprendidos en el mismo Capítulo y, para otros, como los castigados en el mismo artículo.

Todas estas dudas desaparecerían con el Código penal de 1870 que refiere la reincidencia al «mismo Título». El Código penal de 1870 establecía en su artículo 10.18.^a: «Hay reincidencia cuando al ser juzgado el culpable por un delito, estuviere ejecutoriamente condenado por otro comprendido en el mismo Título de este Código» (3). Su sucesor, el Código penal de 1928, mantenía, en su artículo 67.3, un criterio similar al concepto de reincidencia que se contenía en el Código de 1870 y que pasaría a configurar el artículo 10.14 del Código penal de 1932. Concepto que se mantendría en los posteriores Códigos penales de 1944, 1963 y 1973, si bien fue objeto de retoques o reformas sucesivas, primero mediante la Ley 39/1974, de 28 de noviembre, que introduce varias modificaciones en el Código penal, entre ellas, introduce el concepto de «doble reincidencia» y sustituye la expresión «otro u otros delitos» por la palabra «algún».

Más tarde, la Ley 81/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código penal en materia de reincidencia y reiteración, volvió a la anterior dicción de «otro u otros delitos».

Un paso más da la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal que dejó sin contenido la circunstancia agravante núm. 14 del artículo 10 y dio nueva redacción a la núm. 15 que bajo la denominación de «reincidencia» comprendía la agravante genérica (reiteración) y la específica (reincidencia) (4). En la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica se podía leer: «Mayor alcance tiene, sin duda, la simplificación de la formulación legal de la reincidencia, pues no sólo se funde en una sola descripción la reincidencia y la reiteración, sino

(3) Un estudio de la reincidencia en el Código penal de 1870, puede verse en GROIZARD, *El Código penal de 1870. Concordado y comentado*, tomo I, Salamanca, 1895.

(4) Un estudio de las modificaciones introducidas por la Reforma de 1983 en materia de reincidencia, puede verse en QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La Reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, pp. 90 ss.

que, además, se suprimen los efectos agravatorios de la multirreincidencia. Distintas son las razones que aconsejan esta importante reforma, pero se pueden condensar en las siguientes: la exasperación del castigo del delito futuro, de por sí contrario al principio «non bis in idem», puesto que conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión, se ha mostrado además como poco eficaz solución en el tratamiento de la profesionalidad o habitualidad delictiva; a ello se une la intolerabilidad de mantener una regla que permite llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito, posibilidad que pugna con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho».

Y así llegamos al Código penal vigente, el Código penal de 1995 que ha modificado sustancialmente la agravante de reincidencia al reducirla a sólo la específica y ampliándola, al referirla al mismo Título, en vez de a Capítulo, a que aludía el Código penal derogado, pero a la vez, restringiéndola, al exigir que el delito sea de la misma naturaleza.

Por su parte, los Proyectos de Código penal también han sometido a evolución el concepto de reincidencia. De esta forma, en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980, la reincidencia aparecía regulada en el artículo 28.11: «Hay reincidencia específica cuando al delinquir el culpable hubiera sido ejecutoriamente condenado por el mismo o semejante especie de delito, salvo que se hubieran cancelado sus antecedentes penales».

El Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código penal de 1982, en su artículo 10.15.^a establecía que «Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiera sido ejecutoriamente condenado por otro delito de la misma o semejante especie». Como ha señalado Ruiz Vadillo, la reincidencia se hacía depender de la condena anterior y ejecutoria por otro delito de la misma o semejante especie, prescindiendo de si estaba o no el delito anterior incluido en el mismo título (5).

Un giro en la evolución de la reincidencia lo daría la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código penal de 1983 que se atrevió a suprimir la reincidencia del catálogo de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal. Es la primera y única vez que el legislador español se ha atrevido a dar tan importante paso.

(5) Cfr. RUIZ VADILLO, *Algunas observaciones al Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código penal*, Madrid, 1982, pp. 15 y 16.

La Propuesta de 1983 sustituye la reincidencia, como circunstancia que agrava la pena automáticamente, por la habitualidad, como estado peligroso, que deja de tener influencia sobre la pena, siendo el presupuesto de una medida de seguridad, que, sin embargo, sólo se aplica tras hacerse un juicio de pronóstico sobre la futura peligrosidad criminal del sujeto (artículo 87), de manera que la medida no procede en todos los casos en los que se dan los requisitos objetivos de la habitualidad. Por tanto, en la Propuesta de 1983 a la vez que desaparece como tal la circunstancia agravante de reincidencia, se articulan una serie de mecanismos (internamiento en un centro de terapia social, pedagógico especial, reeducador, etc.) para prevenir los supuestos más graves de peligrosidad criminal (delincuentes habituales, toxicómanos, etc.)

Sin embargo, la desaparición de la reincidencia del texto punitivo no pasó desapercibida y pronto surgieron las críticas de un sector de la doctrina penal española. Así Cerezo Mir consideraba que la supresión de la agravante de reincidencia suponía un grave error desde el punto de vista político-criminal, por cuanto implica una mayor culpabilidad, una mayor reprochabilidad personal de la conducta antijurídica (6).

Más tarde, el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992 preveía la reincidencia en el párrafo 7.º del artículo 21: «Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Capítulo de este Código, y sea de la misma naturaleza. También hay reincidencia si la condena ejecutoria anterior lo fuera por otro delito al que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquélla señale pena menor».

Tanto el Grupo Parlamentario de IU/IC como el Grupo Mixto (UV) presentaron enmiendas para la supresión del párrafo 7 del artículo 21. Así por ejemplo, el Grupo Parlamentario IU/IC motivaba la supresión en que «ninguna de las razones que se han ale-

(6) CEREZO MIR, *Observaciones a la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», monográfico núm. 6, p. 244. En el mismo sentido, MANZANARES/CREMADES, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1996, p. 14. A favor de la reincidencia se pronunció también el Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de 1992 donde apuntaba la posibilidad de que el órgano jurisdiccional dispusiera de un cierto margen en la aplicación de la reincidencia específica, aunque fuera más limitado que en el ámbito de la genérica. Vid. *Anteproyecto del Código penal de 1992 e Informe y votos agregados del Consejo General del Poder Judicial*, en «Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial», p. 216.

gado para castigar la reincidencia resulta convincente desde el prisma de un Estado social y democrático de Derecho. El Derecho penal de un tal Estado no puede castigar más que conductas externas, nunca personalidades ni formas de ser. La «perversidad» que pueda concurrir en el reincidente no puede, pues, ser objeto de la pena. Tampoco puede tratarse con una pena la «peligrosidad» mayor que pueda demostrar aquél, pues la peligrosidad del sujeto debe afrontarse dentro de los límites estrictos, mediante las medidas de seguridad».

A continuación, el Proyecto de Código penal de 1994 extendería, sin ninguna explicación lógica y convincente, la operatividad de la reincidencia. Así en el párrafo 1.º del artículo 23 se castigaba la reincidencia específica: «cometer un nuevo delito comprendido en el mismo capítulo «que sea de la misma naturaleza». En el 2.º párrafo se contemplaba la reincidencia genérica o heterogénea: «por otro delito al que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquélla señale pena menor».

El Proyecto del 94 suponía, pues, un grave retroceso en la línea de modernización acometida por nuestro legislador desde 1983. No obstante las enmiendas núm. 666 de IU/IC y núm. 133 del Grupo Mixto (UV) propugnaron su supresión, no así la enmienda núm. 251 del Grupo Popular que proponía mantener sólo la reincidencia específica.

III. ¿CONSTITUCIONALIDAD DE LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA?

Los graves efectos que produce la reincidencia junto a la carencia de fundamento nos llevan a plantearnos la posible constitucionalidad o inconstitucionalidad de dicha agravante.

Entre los graves efectos se pueden señalar: En primer lugar, el agravamiento de la pena de acuerdo con lo previsto en el artículo 66.3 del Código penal; en segundo lugar, la imposibilidad de aplicar la condena condicional, salvo el caso de que se trate de delito de imprudencia (art. 81.1 del Código penal); en tercer lugar, la imposibilidad de la rehabilitación en el momento dado (art. 136.2.2 del Código penal); en cuarto lugar, el impedir la aplicación del indulto, salvo casos excepcionales (art. 2.3 de la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se establecen reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, modificada por Ley 1/1988, de 14 de enero); en quinto lugar, la reincidencia puede dar lugar a la aplicación de medidas de seguridad (arts. 95

y ss. del Código penal) y, por último, la prohibición de contratar con el Estado [art. 20.a) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas] así como otros efectos administrativos de menor entidad.

Dados los graves efectos que despliega, la subsistencia de la reincidencia puede ser cuestionada si no se encuentra un sólido fundamento de la misma. Sin embargo, la disparidad de criterios expuestos por la doctrina para tratar de fundamentar esta agravante nos hace pensar que no es posible fundamentar ni justificar racionalmente su existencia.

Por parte de la doctrina se han realizado varios ensayos de fundamentar la agravante de reincidencia, unos basados en la mayor culpabilidad, otros, en la mayor capacidad criminal, otros, en la mayor peligrosidad del sujeto, otros, en la actitud del sujeto que insiste en la desobediencia a las normas penales, otros en que es causa de agravación del injusto, etc. Esta disparidad de criterios ha llevado a algún sector de la doctrina a pedir su desaparición del Código penal por carecer de fundamento. En este sentido se pronuncia Rodríguez Mourullo para quien de «lege ferenda», «parece aconsejable la supresión de la reincidencia y reiteración como circunstancias agravantes de la pena y la previsión de un adecuado tratamiento preventivo —medidas de corrección y seguridad— ajustado no a las actuales nociones formalistas, sino a realidades criminológicas» (7).

Esa falta de uniformidad en la materia también ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia que, a pesar de los esfuerzos realizados, no ha conseguido un criterio único y válido para fundamentar la existencia de la agravante de reincidencia. El Tribunal Supremo ha fundamentado la agravante de reincidencia unas veces en la insuficiencia de las penas impuestas por los anteriores delitos, otras, en la mayor peligrosidad del autor; en la mayor culpabilidad, en la perversidad del reo, etc.

Tampoco el legislador ha seguido un criterio uniforme como lo demuestran las sucesivas reformas de que ha sido objeto este instituto.

(7) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal* (con Córdoba Roda y Casabó Ruiz), Tomo I, Barcelona, 1972, p. 744; En el mismo sentido COBO/VIVES, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, 1996, p. 815; MIR PUIG, *La reincidencia en el Código penal*, Barcelona, 1974, p. 546, para quien sería deseable la supresión de las circunstancias de agravación de la pena en que la reincidencia se manifiesta en nuestro Derecho penal.

Algunos autores (8) han ido más lejos al sostener la inconstitucionalidad de la circunstancia agravante de reincidencia en base, fundamentalmente, a las siguientes razones:

Primero: La circunstancia agravante de reincidencia conculca el principio de proporcionalidad de las penas que encuentra protección constitucional en el artículo 15 de la CE.

Segundo: La agravante de reincidencia se opone al artículo 25.1 de la CE por vulnerar el principio «ne bis in idem», exigencia del principio de legalidad.

Tercero: Su enfrentamiento al artículo 10.1 de la CE al desvirtuarse con esta agravante el Derecho penal de culpabilidad por el hecho en pro de un Derecho penal de culpabilidad por conducción de vida, enfrentado también al principio de legalidad.

Cuarto: Su oposición con el artículo 25.2 de la CE por ser aplicada la agravación de la pena de forma automática.

Quinto: Su enfrentamiento con el artículo 24.2 de la CE porque tal aplicación de la reincidencia, de forma automática, comporta una presunción de peligrosidad que agrava la pena con ausencia de actividad probatoria alguna (9).

Asimismo, a favor de esta doctrina y considerando la inconstitucionalidad de la reincidencia, algún Tribunal ha inaplicado directamente este precepto. Así la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 6 de junio de 1989 declara la derogación de la agravación por reincidencia por aplicación directa de la Constitución y considerarla contraria a lo preceptuado en los artículos 9.3, 25.1 y 2, 15, 10.1, 16.1, 24.2 y 14 de la Constitución. Para la Audiencia de Granada la inconstitucionalidad se opone al principio «ne bis in idem», al de cul-

(8) En este sentido, GARZÓN REAL/MANJON-CABEZA, *Reincidencia y Constitución*, en «Actualidad Penal», 1991-1, para quienes de la inconstitucionalidad de la reincidencia como agravante no puede haber duda. Asimismo, entre otros, ZUGALDIA ESPINAR, *Sobre la inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia*, en «Poder Judicial», núm. 13, 1989, pp. 85 ss.; JAREÑO LEAL, *Reincidencia, arbitrio judicial y principio de legalidad (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1990)*, en «Poder Judicial», núm. 22, 1991, pp. 245 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed. puesta al día por HORMAZÁBAL MALAREE, Barcelona, 1994, p. 544, para quien la reincidencia es claramente inconstitucional al ir en contra del principio de responsabilidad (o culpabilidad) por el hecho. A favor de su constitucionalidad, entre otros, JAÉN VALLEJO, *Reincidencia y Derecho penal de culpabilidad*, en «Política Criminal y Reforma Penal». Homenaje a la memoria del Prof. Del Rosal, Madrid, 1993, pp. 715 ss.

(9) Un estudio detallado sobre estas alegaciones, puede verse en ZUGALDIA ESPINAR, *ob. cit.*, pp. 85 ss.

pabilidad por el hecho, en el sentido de que lleva a un Derecho penal de autor, al de proporcionalidad, lo que implica una pena inhumana y degradante y que deja de estar dirigida a los fines resocializadores para pasar a ser una pena ejemplificadora, es contraria también a la presunción de inocencia, pues se presume sin posibilidad de prueba en contrario la peligrosidad del delincuente y, finalmente, al principio de igualdad, pues se discrimina al delincuente reincidente al agravársele la pena siempre sin necesidad de razonar tal proceder.

El Tribunal Supremo no ha llegado nunca tan lejos, pero sí ha llegado a descartar una aplicación automática de la agravante de reincidencia en su célebre sentencia de 6 de abril de 1990 donde establece que «Los Tribunales sólo deberán agravar la pena por razón de reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al artículo 61.2 del CP cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite».

Pero, la cuestión de si la reincidencia es conforme o no a la Constitución, ha sido definitivamente resuelta tanto por el Tribunal Supremo (10) como por el Tribunal Constitucional que ha rechazado la inconstitucionalidad pretendida de la agravante, principalmente en sus SSTC 150/1991, de 4 de julio y 152/1992, de 10 de octubre, donde afirma que la reincidencia no es contraria a la Constitución por no infringir los principios de proporcionalidad y culpabilidad que están implícitos en los artículos 1.1; 10.1 y 25.2 CE; no constituye una pena degradante contraria al artículo 15.1 CE; no viola los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE; ni el de igualdad del artículo 14 CE; ni tampoco los de presunción de inocencia y tutela judicial efectiva del artículo 24 CE y «ne bis in idem» del artículo 25.1 CE.

Los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional para declarar compatible la agravante de reincidencia con la Constitución no han dado sus frutos ni han impedido que parte de la doctrina siga todavía considerando su carácter claramente inconstitucional.

La eficacia de la agravante de reincidencia ha sido puesta en duda no sólo en España, sino también en otros países, como Alemania que

(10) Vid. entre otras, las sentencias de 1 de julio de 1992 donde el Tribunal Supremo afirma expresamente que la apreciación de «reincidencia» y consiguiente agravación punitiva del hecho delictivo por la concurrencia de dicha circunstancia, no conlleva, en forma alguna, el conculcamiento de los principios de «culpabilidad», «proporcionalidad» de la pena, «seguridad jurídica», «interdicción de la arbitrariedad», «legalidad», «tipicidad» y «prohibición del bis in idem»; sentencias de 4 de junio de 1993, 24 de febrero de 1993 donde el Tribunal Supremo considera superada la doctrina contenida en la STS de 6 de abril de 1990.

suprimió esta agravante en 1986. En este país la 23.^a Ley de Reforma Penal de 13 de abril de 1986 derogó la agravante genérica de reincidencia, por considerarse contraria al principio de culpabilidad. La supresión del parágrafo 48 del Código penal, según la doctrina alemana, era necesaria pues la capacidad de resistir a la tentación de cometer nuevos hechos punibles no crece con el número de condenas anteriores, sino que disminuye. Un principio de culpabilidad, como ha señalado Roxin, consecuentemente cumplido apoya, por ello, la exigencia de renunciar a una agravación de la pena para los reincidentes (11).

En Alemania la supresión de la agravante de reincidencia se fundamentó básicamente en: *a*) el exceso de reacción que constituía el aumento de la escala aun para el caso de los delitos de bagatela; *b*) el carácter dudoso de la reincidencia como razón de elevación de la culpabilidad; *c*) el esquematismo en la presunción de que las condenas y cumplimiento anterior de la pena tenían efecto de advertencia, y *d*) la esterilidad preventivo-especial del parágrafo 48 del Código penal alemán (12).

Desde mi punto de vista, al no ser posible justificar racionalmente la reincidencia, por suponer una ruptura del principio de culpabilidad, y al no creer que su mantenimiento tenga una utilidad práctica, considero que lo lógico hubiera sido aprovechar la entrada en vigor del Código penal de 1995 para suprimir la agravante de reincidencia como sucedió en la legislación penal alemana. Este es el camino que hay que andar y para ello ya se ha dado un primer paso con la supresión de la reincidencia genérica o heterogénea.

IV. INTERPRETACIÓN DE LA REINCIDENCIA CONFORME A LA REDACCIÓN DADA POR EL CÓDIGO PENAL DE 1995

El Código penal de 1995 ha modificado sustancialmente la agravante de reincidencia. En el nuevo texto penal se requiere, para apreciar la agravante de reincidencia, una previa condena ejecutoria de un delito comprendido en el mismo Título del Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

(11) ROXIN, *¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 30, 1986, p. 676,

(12) Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo II, 7.^a ed., Heidelberg, 1987, p. 607.

El párrafo 8 del artículo 22 del nuevo Código penal dispone: «Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza». La declaración de reincidencia, por tanto, tiene lugar cuando los delitos anteriormente condenados y el cometido con posterioridad se hallan en una determinada relación: Han de estar comprendidos «en el mismo Título de este Código» y ser «de la misma naturaleza».

El primer requisito «mismo Título del Código penal», no constituye novedad alguna ya que el legislador español desde el Código penal de 1870, exceptuando el Código penal de 1848 y la reforma de 1983, ha exigido que los delitos estén incurso en el mismo Título.

El segundo de los requisitos, «de la misma naturaleza», implica que si los delitos son de distinta naturaleza y están en el mismo Título, no hay reincidencia. Se exige pues, por parte del legislador, una identidad de carácter material.

1. Mismo Título del Código penal

Para el Código penal de 1995, a efectos de reincidencia, se exige la identidad de Título entre la anterior infracción y el nuevo delito. Se vuelve, pues, al criterio tradicional de los anteriores Códigos penales.

El cambio operado en el Código penal de 1995 respecto al Código penal de 1973 en lo relativo a la referencia al Capítulo por la del Título, se explica por el hecho de que en el Código aparecen delitos de idéntica naturaleza que se ubican en diferentes capítulos, así ocurre por ejemplo, con el delito de calumnias sito en el Capítulo I del Título XI y el delito de injurias ubicado en el Capítulo II del mismo Título XI, y si no se hubiese operado el cambio se estaría privilegiando unas especies delictivas sobre otras. Pero, ello no obsta a que existan casos en que el sistema del nuevo Código conduzca a resultados sin justificación aparente, tal es el caso de las estafas y apropiaciones indebidas cometidas por funcionario público que se tipifican en el artículo 438 (Título XIX del Código penal), mientras que los tipos de referencia se regulan en los artículos 248 a 254 (Título XIII del Código penal). Ello significa que al no estar en el mismo Título, no se puede aplicar la reincidencia.

Este criterio puramente formalista exige por parte del Juez la tarea previa de comprobar que el delito anterior se encuentra ubicado en el mismo Título. Este requisito formal, que había sido criticado en relación a los Códigos anteriores, pues la identidad de Título no supone que los delitos tengan similar naturaleza, se salva con la redacción

que le da el Código penal de 1995 a la agravante de reincidencia al exigir, además, que los delitos sean de la misma naturaleza.

2. Misma naturaleza

Para apreciar la reincidencia no basta con que el delito anterior y el actual estén en el mismo Título sino que se exige además que sean de la misma naturaleza. Si los delitos son de distinta naturaleza y están en el mismo Título, no hay reincidencia. Se exige, pues, además una identidad de carácter material.

Sin embargo, el requisito de «la misma naturaleza» puede dar lugar a conflictos interpretativos al tratarse de una exigencia un tanto imprecisa (13). Primero, porque será necesario el estudio de la naturaleza del delito para conocer la semejanza o diferencia y, segundo, porque a veces aparecen agrupados en un mismo Título delitos que no guardan relación de conexión ni de semejanza.

El problema primero y fundamental, por tanto, estriba en saber qué ha de entenderse por la expresión de «la misma naturaleza». En primer lugar se puede entender que dicha expresión hace referencia a la necesaria homogeneidad entre el bien jurídico protegido en uno y otro tipo de delito. Ello exigiría conocer el bien jurídico protegido en el delito anterior y en el posterior, si el bien jurídico es el mismo no habría duda en aplicar la agravante de reincidencia.

Desde este punto de vista Cuerda Arnau considera que la interpretación debe ir orientada a exigir la identidad o similitud de tipo o la identidad del bien jurídico violado (14).

Pues bien, aunque aceptemos el criterio de la identidad de bien jurídico protegido hay que tener presente que el Código exige que además los delitos estén en el mismo Título, por ello aunque existan delitos que ataquen bienes jurídicos idénticos como por ejemplo la vida humana, como sucede con el homicidio del Jefe de un Estado extranjero y el homicidio, al estar comprendidos estos delitos en Títulos distintos, el 1.º en el Título XXIV y el 2.º en el Título I, no se puede apreciar la agravante de reincidencia a pesar de encontrarnos con delitos de la misma naturaleza. Ello constituye la importante restricción que en materia de reincidencia introduce el Código penal de 1995.

(13) En el mismo sentido, Vid. LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1997, p. 171.

(14) CUERDA ARNAU, *Comentarios al Código penal de 1995*, coordinados por VIVES ANTÓN, vol. I, Valencia, 1996, p. 265.

Pero, a su vez, si consideramos que la expresión de «la misma naturaleza» hace referencia exclusivamente a la identidad del bien jurídico protegido, tenemos que tener presente que no cabe presumir que todos los delitos de un mismo Título están referidos a un mismo bien jurídico porque si partimos de la identidad de bien jurídico en todos los delitos de un mismo Título, la referencia a la equiparación material que hace el artículo 22.8 del Código penal sería superflua. La ubicación sistemática en un mismo Título es un indicio y, en todo caso, un requisito necesario, pero no suficiente.

El problema reside precisamente en este punto: si no todos los delitos comprendidos en un mismo Título lesionan el mismo bien jurídico tendrá que ser el Juez quien, caso por caso, interprete la homogeneidad o no del bien jurídico y quien en última instancia decidirá sobre la apreciación de la agravante de reincidencia. Por ejemplo y ante un supuesto concreto, un sujeto comete un delito de receptación y posteriormente un delito de robo ¿Se le puede apreciar la reincidencia? Basta abrir el Código penal para comprobar que ambos delitos, receptación y robo están encuadrados en el mismo Título, lo que ya no está tan claro es que ambos delitos lesionen el mismo bien jurídico. La solución vendría dada de la siguiente manera: el juez que considere que en ambos delitos se protege el patrimonio aplicara la agravante de reincidencia, pero si considera que en el robo, lo que se protege es el patrimonio, y que en la receptación, nos encontramos con un delito contra la Administración de Justicia, no aplicara la agravante de reincidencia por carecer ambos delitos de la misma naturaleza. Lo mismo puede suceder con un delito de hurto y el delito de daños en cosa propia, o la estafa y el descubrimiento y revelación de secretos de empresa que estando bajo el mismo Título no atacan al mismo bien jurídico.

Es decir, que al no existir unanimidad en la doctrina ni en la jurisprudencia acerca del bien jurídico protegido en algunos determinados delitos, la interpretación quedará exclusivamente en manos del Juez.

Pero la cuestión, llega aun más lejos, supongamos el supuesto en que no exista duda alguna sobre la identidad del bien jurídico protegido, como sería el caso de un delito de hurto y un robo con violencia en las personas ¿se aplicaría la reincidencia tan solo por la identidad del bien jurídico? O dicho con otras palabras, ¿se puede entender que basta la identidad del bien jurídico (el patrimonio, atacado por ambos tipos delictivos) para considerar que estamos ante delitos de la misma naturaleza?, o ¿habrá que tener en cuenta otros factores como la gravedad de las penas o los modos o medios de llevar a cabo la acción?

En este sentido, introduciendo factores correctores, Prats Canut entiende que cabe hacer algunas precisiones en orden a la equiparación material de los delitos en correlación y que junto al criterio del bien jurídico debe introducirse el dato de la ponderación de la gravedad de las conductas y exigir que cuando se habla de misma naturaleza, se refiere a identidad de bien jurídico e identidad de gravedad, es decir, hacer una equiparación de las penas de los dos delitos. Para el autor citado, no parece razonable establecer criterios de agravación por comportamientos anteriores que, si bien han ofendido el mismo bien jurídico, eran de escasa relevancia o, en cualquier caso, no alcanzaban los niveles de gravedad del hecho sometido a la consideración del juez que debe valorar la concurrencia de la circunstancia (15).

Pero, puesto que el legislador no da un criterio fijo, proporcionado por la misma ley, para que no quede al arbitrio del juez la apreciación de la homogeneidad de las infracciones, yo añadiría un tercer criterio más de corrección: el ataque al bien jurídico ha de ser del mismo modo, por ejemplo, utilizando violencia en las personas. Criterio que viene reforzado por la lectura de la Disposición transitoria 7.^a, según la cual: «A efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico».

Por tanto, y siguiendo la tendencia restrictiva presente en la evolución del concepto de reincidencia, considero que para apreciar la agravante de reincidencia, el Juez o Tribunal ha de jugar con tres factores a la hora de interpretar la expresión de «la misma naturaleza»: Primero, mismo bien jurídico protegido; Segundo, identidad de gravedad de las conductas; y, Tercero, misma forma o modo de ataque al bien jurídico.

Así, no habría duda en aplicar la agravante de reincidencia a un sujeto que primero ha cometido un delito de extorsión y posteriormente un delito de robo con violencia en las personas porque se dan los tres factores de corrección: mismo bien jurídico (patrimonio), misma gravedad de las conductas (prisión de 1 a 5 años para la extorsión y prisión de 2 a 5 años para el robo con violencia en las personas) y ataque del mismo modo (uso de la violencia sobre las personas).

Tampoco habría duda alguna en no apreciar la agravante de reincidencia en el supuesto del binomio hurto-robo con violencia en las personas, pues si bien es cierto que ambas conductas lesionan el

(15) PRATS CANUT, *ob. cit.*, pp. 257 y 258.

mismo bien jurídico protegido no cumple, sin embargo, con los otros dos requisitos necesarios: identidad de gravedad (el hurto castigado con una pena de prisión de 6 a 18 meses y el robo con una pena de prisión de 2 a 5 años) y mismo modo de ataque (el hurto se lleva a cabo sin violencia en las personas).

Estos u otros criterios habrían de consolidarse de forma inmediata porque de lo contrario será el Juez a quien corresponda hacer una valoración material de ambos delitos lo que supone gozar de una gran parcela de arbitrio y porque una libre interpretación a lo único que puede conducir es a una aplicación discriminatoria de la agravante de reincidencia. Arbitrariedad, por otro lado, que la ley no autoriza. Como ha señalado Ruiz Vadillo, si el nuevo Código penal muestra una tendencia claramente restrictiva en materia de reincidencia, esta tendencia debería pesar mucho en la interpretación que los Jueces y Tribunales hagan respecto de la misma (16).

Asimismo, esta tendencia restrictiva debe llevar, mientras no se fijen unas pautas de interpretación, a que todas las situaciones de dudas hayan de resolverse siempre a favor del reo.

(16) RUIZ VADILLO, *Código penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1977, p. 878.

Las revoluciones científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal

ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

*A la memoria de mi compañero,
José Manuel Valle Muñiz (*)*

I

El pensamiento estructural-funcionalista, que domina la sociología jurídica alemana actual, ha irrumpido también en la ciencia jurídico-penal alemana, fundamentalmente por obra de Jakobs, y sus ecos empiezan a oírse en nuestro país. Puede afirmarse, incluso, que el neonormativismo funcionalista constituye la última gran revolución científica en el ámbito jurídico-penal: una revolución que parece transformar los paradigmas científicos comúnmente aceptados en la dogmática penal desde los años sesenta.

A partir de esta fecha, como es sabido, ha imperado una concepción ecléctica de todo el Derecho Penal, que se corresponde con lo que podríamos llamar el post-finalismo. Así, por ejemplo, es común definir el Derecho Penal como un instrumento de control jurídico-social, primario y formalizado, que se articula como un sistema normativo que establece como presupuesto el delito y como consecuencias la pena o

(*) Este trabajo fue enviado a Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales en junio de 1998.

la medida de seguridad (1). Su legitimación viene predeterminada por la función que está abocado a cumplir en un Estado Social y Democrático de Derecho. Dicha función actualmente se muestra como una síntesis dialéctica de tres fines distintos que, de modo gráfico, se podrían representar como los tres vértices de un triángulo (2). En el vértice superior se encuentra la pena, cuya misión primordial es la prevención general (intimidatoria) y especial de delitos, mientras que los vértices inferiores están conformados por la mínima intervención y las máximas garantías del Derecho Penal. Estos extremos integrarían el programa de un Derecho Penal garantista (3). En este contexto, la norma jurídico-penal se concibe como un imperativo que dirige sus prohibiciones y mandatos a los ciudadanos con el fin de motivarlos para que no realicen conductas (acciones u omisiones) que suponen un riesgo objetivo de lesión para los bienes jurídicos merecedores de protección penal. Ello conduce a una concepción personal de lo injusto –a mi juicio, fundamentada sólo por el desvalor de acción– y a una concepción de la culpabilidad o atribuibilidad definida sobre la base de la teoría de la motivación, que opera como presupuesto de la pena y como límite a las exigencias de prevención.

Pero esta concepción del Derecho Penal, en general, aunque con matices, firmemente asentada en la doctrina española y también en la alemana, está siendo puesta en tela de juicio por el funcionalismo sistémico. Para comprender este cambio de paradigma científico, lo nuevo y lo viejo que encierra, convendría hacer un pequeño balance del estado actual de la dogmática penal en sus aspectos más importan-

(1) *Vide* por todos, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *Fundamentos de Derecho Penal*. 3.ª ed. Valencia. 1993; pp. 28 ss.

(2) *Vide* al respecto, SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*. Barcelona. 1992; pp. 193, 242, 278 y 281.

(3) *Vide* ampliamente, BARATTA, A.: *Criminologia critica e critica del Diritto Penale*. 1982; del mismo autor: «Cos'è criminologia critica. Dei delitti e delle pene». 1/1991; pp. 51 ss.; del mismo autor: «Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social». *Estudios Penales y Criminológicos*. XII. Santiago de Compostela. 1989; pp. 13 ss.; del mismo autor: «Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica». CPC. núm. 24. Madrid. 1984; pp. 533 ss.; del mismo autor: «Función instrumental versus función simbólica de la pena». Conferencia pronunciada en la Universidad de Granada, el día 5 de mayo de 1992 (texto mecanografiado e inédito); pp. 2 ss. *Vide* también, FERRAJOLI, L.: «El Derecho Penal mínimo». (Trad. por Bergalli). *Poder y Control*. núm. 0. 1986; pp. 25 ss.; del mismo autor: *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*. Bari. 1989; HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*. Valencia. 1989; pp. 116 ss.; PORTILLA CONTRERAS, G.: «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos». CPC. núm. 39. Madrid. 1989; pp. 723 ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: *Fundamentos...*, *cit.*, pp. 48 ss., 91 ss.

tes, a través de un breve recorrido sobre la evolución del pensamiento penal, enmarcado en su dinamismo histórico-dialéctico (4).

II

En efecto, si por revoluciones científicas entendemos, en terminología de Thomas S. Kuhn (5), la transformación de los paradigmas vigentes en un determinado momento histórico, y por paradigmas entendemos «aquellas realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica» (6), si lo concebimos así, a mi juicio, no cabe duda que en la historia de la dogmática penal podemos encontrar fundamentalmente cinco revoluciones científicas, que se han sucedido dialécticamente desde finales del siglo pasado hasta la actualidad. Los artífices más significados de cada una de ellas, como es sabido, son Binding, V. Liszt –y Mezger–, Welzel, Roxin y Jakobs.

1. **La primera revolución científica**, en el sentido señalado, es obra del creador de la teoría de las normas, es decir, de Karl Binding (7), y estuvo influenciada por el idealismo alemán, que pretendió dar una fundamentación moral al Derecho Penal. Binding se inspiró en las teorías de la pena de Kant y Hegel para legitimar la pena en la pura retribución por el mal cometido. Defendió, por tanto, una concepción absoluta de la pena, libre de toda consideración utilitaria, para que impere la justicia y el derecho: en palabras de este autor, para que impere «el sometimiento del delincuente a la magnificencia del Derecho», a la «victoriosa fuerza del Derecho» (8).

(4) *Vide* al respecto, por todos, SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 48 ss.; YÁÑEZ PÉREZ, S.: «La evolución del sistema del Derecho Penal». CPC. núm. 54. Madrid. 1994; pp. 1153 ss. (esp. pp. 1176 ss.); JAÉN VALLEJO, M.: «Los puntos de partida de la dogmática penal». ADPCP. Madrid. 1995; pp. 57 ss.; BORJA JIMÉNEZ, E.: «Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España». CPC. núm. 63. Madrid. 1997; pp. 595 ss.

(5) *Vide* KUHN, T.S.: La estructura de las revoluciones científicas. (Traducción de Agustín Contín. Cuarta reimpresión en español). Madrid. 1979; pp. 20 ss. (esp. 27 y 28).

(6) Cfr. KUHN: La estructura..., *cit.*, p. 13.

(7) Sobre el pensamiento de Binding y su posterior repercusión en la dogmática penal es fundamental la obra de, KAUFMANN, A.: Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna. (Trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés). Buenos Aires. 1977.

(8) Cfr. BINDING, K.: Die Normen und ihre Übertretung. I. 4.º ed. 1922; p. 419.

Binding fundamentó la teoría del delito en un concepto de norma proveniente de la teoría de los imperativos (9). Este autor distinguió entre norma y ley penal: las normas son un imperativo dirigido a los ciudadanos, que preceden conceptualmente a la ley penal, y pertenecen al Derecho Público general. Por el contrario, la ley penal es un mandato hipotético dirigido al juez para que ejerza el derecho subjetivo del Estado a sancionar al sujeto que ha cumplido con el presupuesto de la ley penal (10).

Por tanto, la norma se concreta en órdenes prohibitivas o preceptivas, cuyo objeto está constituido sólo por acciones u omisiones y no por el resultado de las mismas. Von Ferneck decía que «el resultado le es al Derecho, en realidad, indiferente» (11). Desde esta perspectiva, el bien jurídico carece de valor, es algo inherente a la norma y su lesión no puede entenderse diferenciado de la norma, de su desobediencia. En efecto, Binding considera que la norma tiene como principal tarea la de fundamentar los deberes eminentemente personales de acción u omisión; por ello, su contenido no puede ser otro que exigir el cumplimiento del deber de obediencia o sumisión al Derecho soberano (12). Pero, el motivo último de la prohibición reside en el efecto de la acción prohibida, en su resultado perjudicial para la vida del Derecho y, a la inversa, mediante el mandato de una acción debe lograrse un resultado ventajoso. Por ello, como las normas también cumplen una función protectora de bienes jurídicos, se establece la exigencia a las personas de «organizar sus acciones de manera tal que no pueda producirse tal perjuicio» (13).

Pero, el fundamento y fin de las normas es la inadmisibilidad jurídica de las acciones u omisiones. La prohibición se dicta porque la conducta prohibida se presenta como inadmisibles para el orden jurídico; el mandato porque la realización de lo mandado se presenta como indispensable, es decir, que su omisión es inadmisibles. Por lo tanto, el presupuesto para la formulación de toda norma lo constituye «el conocimiento de la inadmisibilidad de determinadas formas de comportamiento humano en relación a las necesidades del orden jurídico» (14).

(9) *Vide* por todos, KAUFMANN: Teoría de las normas..., *cit.*, pássim.; MIR PUIG, S.: Introducción a las bases del Derecho Penal. Barcelona. 1976; pp. 209 ss.; BACIGALUPO, E.: «La función del concepto de norma en la dogmática penal», RFDUC. Monográfico, núm. 11. Madrid. 1986; pp. 62 ss.; SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 316 ss.

(10) *Vide* BINDING: Die Normen...I, *cit.*, pp. 4 ss.

(11) Cfr. HOLD VON FERNECK: Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. I. Jena. 1903; p. 387.

(12) *Ibidem*, pp. 96 y 97.

(13) *Ibidem*, p. 54.

(14) Cfr. BINDING: Die Normen...II, p. 229.

En congruencia con esta concepción de la norma definió el delito como la infracción culpable de la norma, como «la lesión de un derecho subjetivo del Estado al sometimiento» (15). Ofreció un concepto unitario de delito, en donde aparecían como momentos inseparables la antijuricidad y la culpabilidad subjetiva, considerando que sólo a efectos sistemáticos es posible separar ambos elementos. Con esta finalidad exclusivamente distinguió el aspecto del hecho (tipo objetivo), consistente en la modificación del mundo exterior por causa de una conducta humana que contradice la norma, y el aspecto de la culpabilidad (tipo subjetivo), consistente en la capacidad de culpabilidad y en la voluntad culpable dirigida a la creación de aquel hecho, es decir, la atribución del hecho a la culpabilidad (16).

2. Frente a esta concepción del Derecho Penal, a finales del siglo pasado, surge con gran fuerza la **segunda revolución científica**, auspiciada por la transformación del Estado liberal al Estado social y, sobre todo, por la impronta de la filosofía positivista, que se materializó en dos líneas metodológicas contrapuestas: el positivismo jurídico y el positivismo criminológico (17). El artífice máximo del nuevo paradigma científico fue Franz von Liszt que, además, provocó la llamada «lucha de Escuelas» entre la dirección moderna que él representaba y la clásica de Binding.

Von Liszt se enmarca en el pensamiento de las teorías relativas, que fundamentan la pena en su necesidad para la protección de la sociedad a través de la prevención de futuros delitos, como expuso con gran brillantez en el Programa de la Universidad de Marburgo en 1882 (*Der Zweckgedanke im Strafrecht*) (18). La pena tiene una finalidad preventivo-especial o individual, incidiendo sobre la persona que ya ha delinquido con el propósito de evitar la recaída en el delito. Por ello, en atención a las categorías de delincuentes que muestra la criminología, la pena puede desempeñar una triple función: la admonición, la resocialización y la inocuización de los delincuentes. Este planteamiento preventivo-especial llegó, incluso, a tener plasmación legal en el Proyecto de Código Penal alemán de 1922, que fue

(15) Cfr. BINDING: *Die Normen...*, I, p. 298.

(16) *Vide* al respecto, KAUFMANN: *Teoría de las normas...*, *cit.*, pp. 22 ss.

(17) *Vide* por todos, BACIGALUPO, E.: *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 4.ª ed. Madrid. 1997; pp. 29 ss.

(18) *Vide* VON LISZT, F.: *La idea del fin en el Derecho Penal*. Programa de la Universidad de Marburgo. 1882. (Introducción y nota biográfica de José Miguel Zugaldía Espinar. Trad. por Carlos Pérez del Valle). Colección Los Argonautas. núm. 2. Granada. 1995.

redactado de puño y letra por el entonces Ministro de Justicia de la República de Weimar (19).

En suma, la pena necesaria es la que permite defender a la sociedad de la lesión de sus bienes jurídicos, de un estado de cosas determinado, y, con este propósito, es preciso dirigir la pena al autor determinado a dicha lesión y no al hecho mismo. En esta concepción del Derecho Penal carece de importancia el aspecto imperativo de las normas: lo que importa es la significación del hecho para la sociedad. La norma se concibe como un juicio de valor sobre un determinado estado de cosas considerado como positivo y digno de protección. Von Liszt decía que «la antijuricidad contiene un juicio de desvalor sobre el hecho, y la culpabilidad, un juicio de desvalor sobre el autor» (20). De ello se deducía, con claridad, que antijurídica era la lesión de un bien jurídico y culpable el autor que exteriorizaba una personalidad asocial.

De esta forma surge la concepción causal del ilícito y la concepción determinista de la culpabilidad, asentadas sobre la base del positivismo naturalista, que trasladó a la ciencia penal los métodos propios de las ciencias empíricas. La acción se entendía naturalísticamente como movimiento corporal o modificación causal del mundo externo perceptible por los sentidos. La antijuricidad material se agotaba en la causación de una lesión del bien jurídico, que se concebía naturalísticamente como un interés de la vida a constatar de forma empírica.

Finalmente, este método positivista no pudo dar una concepción unitaria o completa de la culpabilidad. Se defendió la teoría psicológica de la culpabilidad, cuya esencia radicaba en constituir un nexo de unión psicológico entre el hecho antijurídico y su autor, apreciándose dos especies distintas en función de su intensidad (dolo y culpa). En realidad, podría decirse que la culpabilidad era el parangón en el plano subjetivo de lo que la relación de causalidad representaba en el plano objetivo (21).

(19) *Vide* al respecto, MUÑOZ CONDE, F.: «Política criminal y dogmática jurídica copenal en la República de Weimar». Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero. Córdoba. 1996; pp. 509 ss.

(20) Cfr. VON LISZT, F.: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 16.^a/17.^a ed. 1908; p. 116.

(21) *Vide* por todos, MIR PUIG: *Introducción a las bases...*, *cit.*, pp. 229 y 230; MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona. 1975; pp. 168 ss.; del mismo autor: «Política criminal...», *cit.*, pp. 520 ss.; MORILLAS CUEVA, L.: *Metodología y ciencia penal*. Granada. 1990; pp. 166 y 167; PÉREZ MANZANO, M.: *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*. Madrid. 1990; pp. 73 ss.; SCHÜNEMANN, B.: «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal». En, *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Madrid. 1991; pp. 43 ss.;

Sin embargo, esta concepción del Derecho Penal no llegó a imponerse de forma plena, sino que fue revisada parcialmente por el neokantismo, pero sin llegar a superarla. No en vano se ha afirmado que la filosofía del Derecho neokantiano fue una «teoría complementaria del positivismo» (22). Se produjo un cambio metodológico, realizado en el ámbito filosófico y penal por Gustav Radbruch, pero el objeto de conocimiento científico seguía siendo el mismo. Ello condujo a una concepción ecléctica del Derecho Penal, representada fundamentalmente por Edmund Mezger. Por ello, se ha afirmado que «no se quiso derrumbar el edificio del delito construido por el positivismo naturalista de von Liszt y Beling, sino sólo introducir correcciones en el mismo. Es por ello que el concepto neoclásico del delito aparece como una mezcla de dos componentes difícilmente conciliables: orígenes positivistas y revisión neokantiana, naturalismo y referencia a valores» (23). Y en el ámbito de la pena supuso la conjunción de la prevención con la retribución. El resultado de todo ello fue un concepto de norma que sintetizaba en sí el juicio de valor y el imperativo. Así, para E. Schmidt y E. Mezger la norma tendría dos momentos: sería una norma objetiva de valoración del hecho y, a la vez, una norma subjetiva de motivación para el autor. La primera tiene relevancia en el momento de la antijuricidad y la segunda en el momento de la culpabilidad (24).

3. **La tercera revolución científica** tuvo como protagonista a Hans Welzel, que provocó una profunda reacción contra el pensamiento de von Liszt. Se produce una quiebra en la línea de desarrollo del pensamiento penal alemán, que es explicable si se la sitúa en su contexto histórico. La evolución de la dogmática penal no puede entenderse sin tener en cuenta la existencia de la II Guerra Mundial y el régimen fascista que le precedió (25). Tras este deplorable suceso,

SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 383 y 384; VIVES ANTÓN, T. S.: Fundamentos del sistema penal. Valencia. 1996; pp. 409 ss.

(22) Cfr. WELZEL, H.: Introducción a la Filosofía del Derecho. Madrid. 1971. pp. 198 y 199. *Vide* también, VIVES ANTÓN: Fundamentos..., *cit.*, pp. 413 y 414.

(23) Cfr. MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, pp. 241 y 242. *Vide* también, MUÑOZ CONDE: Introducción..., *cit.*, pp. 110 ss., 171 y 172; del mismo autor: «Política criminal...», *cit.*, p. 510 (nota 7); CEREZO MIR, J.: «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica». Problemas Fundamentales del Derecho Penal. Madrid. 1982; p. 39; SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, p. 370.

(24) *Vide* por todos, KAUFMANN: Teoría de las normas..., *cit.*, pp. 101 ss.; BACIGALUPO: «La función...», *cit.*, p. 66; PÉREZ MANZANO: Culpabilidad..., *cit.*, p. 78; VIVES ANTÓN: Fundamentos..., *cit.*, pp. 419 ss.

(25) *Vide* por todos, FROMMEL, E.: «Los orígenes ideológicos de la teoría de la acción de Welzel». ADPCP. Madrid. 1989; pp. 621 ss.; HASSEMER: «La Ciencia Jurídico Penal en la República Federal Alemana». ADPCP. Madrid. 1993; pp. 35 ss.

en Alemania, se culpó al positivismo penal y, por tanto, indirectamente a von Liszt, de la amarga experiencia del nacional socialismo. En aquél momento, «no se entró a distinguir el irracionalismo nazi del positivismo de base científica que proponía von Liszt. Todo un movimiento filosófico se puso entonces en marcha con la finalidad de superar la experiencia que significó el Estado antijurídico del régimen nacionalsocialista y repeler el puro pensamiento orientado a una finalidad tal como quedaba expresado en la cínica divisa del III Reich, según la cual Derecho sería solamente aquello que es útil para el pueblo alemán. Se pretendió una decidida revinculación del Derecho con la ética, con la moral. En la base se encontraba aquí, enfrentándose con muchas de las tendencias anteriores provenientes de la escuela de von Liszt, el enérgico reconocimiento del principio de culpabilidad de la persona a la que debe protegerse de una reducción a mero objeto de medidas intimidantes o correccionales» (26).

Como veremos, hubo que esperar a los años sesenta para subsanar esta injusticia histórica con V. Liszt. Pero lo que importa resaltar ahora, para comprender el cambio de paradigma científico de Welzel, es que, terminada la contienda mundial, la dogmática alemana, para alejarse del autoritarismo nazi, en vez de dar un paso adelante, desarrollando las ideas del social-demócrata, que era V. Liszt, se decidió por el paso atrás: por la vuelta a la filosofía del siglo XIX, a Kant y Hegel, máximos representantes de las teorías absolutas. En el campo estrictamente penal, la vuelta tenía que producirse necesariamente a K. Binding, en cuya teoría de las normas se encuentra el más fiel exponente de las teorías absolutas de la pena (27).

Esta explicación histórica permite comprender por qué Welzel quiso retribuir con la pena la culpabilidad del autor por el mal causado, sin atribuirle de forma directa fines preventivos (28), aunque posiblemente ya estuviera dando un nuevo sentido a la retribución (29).

(26) Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M.: «Recensión a la "Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna", de ARMIN KAUFMANN». ADPCP. Madrid. 1978; p. 812.

(27) Vide ZUGALDÍA ESPINAR: «Recensión...», *cit.*, p. 813; del mismo autor: «¿Otra vez la vuelta a VON LISZT?». EN, FRANZ VON LISZT: La idea del fin en el Derecho Penal. Programa de la Universidad de Marburgo. 1882. (Trad. por Carlos Pérez del Valle). Colección Los Argonautas, núm. 2. Granada. 1995; p. 31. Difiere en parte, SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, p. 203.

(28) Vide WELZEL, H.: Derecho Penal alemán. Parte General. 11.ª ed. (4.ª ed. castellana). (Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez). Santiago de Chile. 1993; pp. 281 ss.

(29) En este sentido, Vide PÉREZ MANZANO: Culpabilidad..., *cit.*, pp. 25 ss.; SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 204, 205, 227 ss.

De este modo, al analizar las teorías relativas de la pena, señaló que estas teorías «estaban capacitadas para explicar la necesidad estatal y el modo de obrar de la pena, pero *no para justificarla* ni para diferenciarla de otras medidas sociales de protección» (30). Los efectos prácticos de la pena pueden demostrar que es útil para el fin propuesto, «pero no pueden legitimarla como justificada. La sola justificación del fin no basta, ya que la finalidad como tal no santifica el medio» (31). Por ello, las teorías preventivo generales sólo son admisibles –justificables– en la medida que el efecto inhibitor de la pena se refiera a «la formación o fortalecimiento del juicio ético, se trata del efecto de una retribución justa, y solamente de la retribución justa» (32). En sentido más amplio, la prevención general es «la verificación del derecho como orden ético y sólo en forma secundaria es intimidación». De este modo, Welzel concluye que «es conveniente la intimidación sólo en el marco de la justa retribución» (33).

Pero el cambio científico de Welzel no versó sólo sobre la teoría de la pena, sino también, y muy especialmente, sobre la teoría de la norma y los presupuestos metodológicos de la ciencia jurídico-penal. Estos dos últimos aspectos fueron determinantes de la gran influencia ejercida por el finalismo en el desarrollo posterior de la dogmática penal. Welzel creó un *nuevo sistema* para el Derecho Penal.

En el plano metodológico el finalismo surge como reacción frente al relativismo gnoseológico del neokantismo, presentándose como superación de éste. El fundamento metodológico de la teoría del delito desarrollada por el finalismo radica en el paso del subjetivismo metodológico neokantiano al objetivismo (34). Por ello, se ha afirmado que la sustitución del relativismo valorativo por la afirmación de verdades eternas y de estructuras lógico-objetivas es la clave de la importancia del método en la dogmática penal, llegando a afirmar que el análisis del objeto del Derecho Penal viene presidido por exigencias metodológicas y no a la inversa. Pero la importancia dada al método no significa –al contrario que el pensamiento neokantiano– que la función del método sea la de configurar la materia: el objeto no ha de determinarse

(30) Cfr. WELZEL: Derecho Penal..., *cit.*, p. 284 (subrayado añadido).

(31) *Ibidem*, p. 285.

(32) *Ibidem*, p. 285.

(33) *Ibidem*, p. 286.

(34) *Vide* al respecto, MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, pp. 245 ss. (esp. 247); MUÑOZ CONDE: Introducción..., *cit.*, pp. 172 ss.; CEREZO MIR: «La naturaleza de las cosas...», *cit.*, pp. 39 y 40; del mismo autor: «El finalismo, hoy». ADPCP. Madrid. 1993; pp. 5 y 6; SCHÜNEMANN: «Introducción al razonamiento sistemático...», *cit.*, p. 54; SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, p. 60.

según el método, sino el método según el objeto. Ello debe ser así porque en ningún caso nos es dado algo amorfo que requiera ser configurado ulteriormente, sino que es nuestro saber del objeto lo primero que es amorfo y paulatinamente se va configurando (35).

Por ello, sería erróneo pensar que la base de la doctrina finalista la constituye el concepto de acción: lo fundamental es su metodología ontologicista. Las estructuras lógico-objetivas, la naturaleza de las cosas vinculan tanto a la dogmática, como al legislador (36). Hay dos órdenes de lo real y no de la mente humana: el orden del suceder, del que se ocupan las ciencias naturales, y el orden del pensar, que es objeto de la dogmática.

El concepto final de acción es una consecuencia de este método, aunque muy importante en su concepción del delito. La dogmática jurídico-penal «se ocupa de la misma acción humana que las ciencias naturales, pero se interesa por un aspecto distinto de ella: mientras que a las ciencias naturales importa la acción humana como fenómeno sujeto a las leyes causales (como hecho “natural”), la ciencia jurídico-penal aborda la acción en su especificidad espiritual, esto es, como definida por la idea de finalidad conforme a sentido, por la “conciencia de sentido» (37). De esta forma surge la concepción personal del ilícito, que sitúa el desvalor de acción personal en el centro de imputación de lo injusto penal.

Lo mismo sucede con la culpabilidad, cuya esencia radica en el poder actuar de otro modo, que –según Welzel (38)– constituye una estructura lógico-objetiva anclada en la esencia del hombre, como ser responsable caracterizado por la capacidad de autodeterminación final con arreglo a sentido. Estos son los dos pilares fundamentales de su teoría del delito. Pero, como advierte Mir Puig, «el finalismo es un reflejo en la dogmática jurídico-penal de una actitud epistemológica» (39).

(35) *Vide* al respecto, MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, pp. 234, 247 ss. (esp. 252 y 253); SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, p. 59; JAÉN VALLEJO: «Los puntos de partida...», *cit.*, pp. 59 ss.; VIVES ANTÓN: Fundamentos..., *cit.*, pp. 426 y 427.

(36) *Vide* al respecto, MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, pp. 247 ss. (esp. 255 y 256); MUÑOZ CONDE: Introducción..., *cit.*, pp. 172 ss.; del mismo autor: «De lo vivo y de lo muerto en la obra de Armin Kaufmann». ADPCP. Madrid. 1991; pp. 329 ss.; CEREZO MIR, J.: «La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española». Problemas fundamentales del Derecho Penal. Madrid. 1982; pp. 105 ss.; del mismo autor: «La naturaleza de las cosas...», *cit.*, pp. 49 ss.; SCHÜNEMANN: «Introducción al razonamiento sistemático...», *cit.*, pp. 54 ss.; HASSEMER: «La Ciencia Jurídica Penal...», *cit.*, pp. 44 ss.; SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 57 ss.

(37) Cfr. MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, p. 253.

(38) *Vide* WELZEL: Introducción..., pp. 253 y 257.

(39) Cfr. MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, p. 249.

De esta construcción es fácil derivar la vuelta a la teoría de los imperativos para asentar el concepto de norma. No en vano, este importante giro que se observa en la ciencia penal alemana, a mediados del presente siglo, se ve reforzado por un dato histórico que, según creo, fue decisivo para el posterior desarrollo de la misma. La vuelta a Binding se confirma con la publicación de una obra de Kaufmann y las importantes consecuencias que obtiene este autor sobre lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de Binding (40). De este modo, decía Welzel que «las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones y los mandatos del Derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro. Las normas sólo pueden mandar o prohibir una conducta final» (41). Ello le permitió fundamentar su concepción personal del ilícito, donde la idea del bien jurídico pasa a un segundo plano. En este sentido, afirmó que «lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo lo injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. *La antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal*» (42).

En suma, si unimos su concepción de la pena y de la norma, sin poder olvidar su punto de partida metodológico, se entiende perfectamente que Welzel atribuya al Derecho Penal la misión de asegurar la vigencia de los valores ético-sociales positivos de acción (43).

De esta forma, tras este breve recorrido histórico, llegamos a la última fase de la evolución de las ideas penales, que puede enmarcarse en el período comprendido desde los años sesenta hasta la actualidad. Sin duda alguna, ha sido y es una época muy fructífera en donde se han producido las dos últimas revoluciones científicas, en el sentido expuesto, que coexisten y están en pugna actualmente. A este período se le puede llamar etapa post-finalista (44). Pero de Welzel sólo ha que-

(40) Vide KAUFMANN: Teoría de las normas..., *cit.*, pássim. Vide también, MUÑOZ CONDE: «De lo vivo...», *cit.*, pp. 329 ss.

(41) Cfr. WELZEL: Derecho Penal..., *cit.*, p. 44.

(42) *Ibidem*, p. 74.

(43) Vide WELZEL: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 1 y 35.

(44) Vide al respecto, TIEDEMANN, K.: «Estado actual y tendencias de la ciencia jurídico-penal y de la criminología en la República Federal alemana». CPC. núm. 14.

dado su sistema del delito (45), fundamentalmente la concepción personal de lo injusto, que es seguida por las dos direcciones mayoritarias existentes en la actualidad. Aparte de otras concepciones del Derecho Penal que se enmarcan todavía en el neokantismo, en el finalismo ortodoxo o que no pueden adscribirse plenamente a las anteriores, ahora interesa destacar que las dos direcciones indicadas responden a una sistemática teleológica o funcionalista del Derecho Penal, dado que la elaboración conceptual se realiza con miras a los fines que persigue el Derecho Penal como instrumento de control social. Así, como advierte Silva Sánchez, «el factor decisivo en la metodología dogmática dominante viene constituido por las consideraciones teleológico-valorativas (...). A la vez, la orientación de las decisiones dogmáticas a fines y valoraciones político-criminales se ha revelado, paradójicamente, como la única forma de atribuir un contenido racional al sistema ante las inseguridades que produce la argumentación ontológica en una sociedad plural y pluricultural» (46). Podría hablarse de un funcionalismo moderado o racional, que en su elaboración atiende a criterios de política criminal y cuyo máximo representante es Roxin, y de un funcionalismo radical, que en su elaboración atiende a los fines de prevención general positiva y cuyo máximo representante es Jakobs (47). Este autor ha llevado a cabo la última renormativización del Derecho Penal frente al naturalismo-psicológico imperante, dado que según los normativistas (extremos) Welzel no llegó a superar el naturalismo, sino que sólo lo modificó (48), mientras que Roxin también parece ser –según esta opinión– un naturalista-psicológico (moderado), en cuanto que combina las consideraciones ontológicas con las teleológicas, frente a Jakobs y sus partidarios que operan en un plano exclusivamente normativo (49).

Madrid. 1981; pp. 265 ss.; BORJA JIMÉNEZ: «Algunos planteamientos dogmáticos...», *cit.*, pp. 596 ss.

(45) *Vide* por todos, TIEDEMANN: «Estado actual...», *cit.*, p. 267; CEREZO: «El finalismo...», *cit.*, pp. 9 y 10; SCHÜNEMANN: «Introducción al razonamiento sistemático...», *cit.*, pp. 54 y 58.

(46) *Cfr.* SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 66 y 67.

(47) *Vide* SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Introducción». En, *El sistema moderno del Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Madrid. 1991; pp. 19 ss.; del mismo autor: Aproximación..., *cit.*, pp. 68 ss.; BORJA JIMÉNEZ: «Algunos planteamientos dogmáticos...», *cit.*, pp. 604 ss. *Vide* también, VIVES ANTÓN: Fundamentos..., *cit.*, pp. 429 y 435; aunque este autor prefiere hablar de funcionalismo teleológico, para referirse al funcionalismo moderado de Roxin, y de funcionalismo estratégico, para referirse al funcionalismo radical de JAKOBS.

(48) En este sentido, *Vide* LESCH, H. H.: «Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung». ZStW. 105. 1993; p. 293.

(49) *Vide* al respecto, SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, pp. 68 ss.

4. **La cuarta revolución científica** no puede decirse que sea obra de un autor determinado, pero, sin duda, uno de sus artífices máximos fue Roxin, que aún hoy sigue fiel a sus planteamientos originarios y puede considerarse como el representante más autorizado en la actualidad. En efecto, en los años sesenta se produjo todo un movimiento de reforma en la ciencia penal alemana, auspiciado por el gran auge del ideal resocializador tanto en Europa como en América del Norte, que provocó lo que se ha conocido como la «despedida de Kant y Hegel» y la «vuelta a V. Liszt».

Este movimiento se evidenció, en 1966, con la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo de CP elaborado por catorce profesores de Derecho Penal frente al Proyecto oficial de 1962 (50). Aquél tuvo como modelo más inmediato, precisamente, el Proyecto de 1922 redactado por Radbruch (51). Dicho movimiento de reforma se caracterizaba, en palabras de Roxin, por destacar cada vez de modo más fuerte la prevención especial a costa de la idea de compensación de la culpabilidad y de la prevención general. Con lo que se impone por sí misma la pregunta de si Franz von Liszt, que pese a ser nuestro autor más importante de Política Criminal, fue desterrado en la posguerra al mausoleo del recuerdo histórico, puede celebrar ahora –cincuenta años después de su muerte– una victoria tardía; y, por tanto, si la reforma cuyo comienzo científico debe fijarse en el programa marburgués de v. Liszt, ha alcanzado tras casi cien años de rodeos fracasados la meta que v. Liszt le marcó. Hace treinta años, cuando v. Liszt parecía «muerto y sin posibilidad de resucitar», preguntaba Radbruch presintiendo algo posible: «¿Pero soportará ese espíritu inquieto yacer tranquilamente en la tumba bajo la losa de la fama histórica con la que se le ha cubierto cuidadosamente? ¿No resucitará de nuevo un día sin que nos demos cuenta y se paseará entre nosotros con influencia viva?» (52).

Sin embargo, hay que destacar que en este momento histórico ya no se propugnan las teorías de la pena en sentido puro, sino que se

(50) Vide al respecto, ROXIN, C.: «Franz Von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo». En, *Problemas básicos del Derecho Penal*. (Trad. por Luzón Peña). Madrid. 1976; pp. 37 ss.; HASSEMER: «La Ciencia Jurídico Penal...», *cit.*, pp. 50 y 51.

(51) En este sentido, Vide MAURACH, R. y ZIPF, H.: *Derecho Penal. Parte General. I. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible*. (Trad. de la 7.ª ed. alemana, por J. Bofill Genzch y E. Aimone Gibson). Buenos Aires. 1994; p. 102; MUÑOZ CONDE: «Política criminal...», *cit.*, pp. 510 y 514 (nota 21).

(52) Cfr. ROXIN: «Franz Von Liszt...», *cit.*, pp. 37 y 38. De otra opinión, sin embargo, MUÑOZ CONDE: «Política criminal...», *cit.*, pp. 514 ss.

mantienen posiciones eclécticas. Desde entonces, puede considerarse que han prevalecido las teorías relativas de la pena, aquéllas que justifican su existencia y, por tanto, la del propio Derecho Penal, en su necesidad para la prevención de futuros delitos. De todos es conocida aquella frase del Proyecto Alternativo —que ha hecho historia— según la cual «la pena es una amarga necesidad en una sociedad de seres imperfectos como son los hombres». Pero, al mismo tiempo, se exigía el respeto a la dignidad humana para evitar los excesos del poder punitivo del Estado. Ello condujo a una nueva significación de la idea de culpabilidad, que pasó a convertirse en un límite al efecto preventivo de la pena.

El ejemplo más paradigmático de este movimiento lo constituye, sin duda, la teoría dialéctica de la unión propuesta por Roxin (53), que ha alcanzado un alto grado de consenso científico. Esta teoría debe su nombre y, quizá, su posible atractivo a que se limita a articular los fines de la pena en las fases de su existencia, asignándole una función distinta, pero de tal modo que cada una de ellas presupone la anterior. Así, muy en resumen, en la fase de conminación típica, la función de la pena es la protección de bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, a través de la prevención general. En el segundo momento, de imposición y medición de la pena, corresponde, en primer lugar, complementar la función anterior mediante la confirmación de la seriedad de la amenaza abstracta con la imposición de la pena. Pero, en su medición, el juez está sometido a otra limitación (externa a la propia prevención): la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor. Por tanto, en la fase de individualización judicial la función de la pena es la confirmación de la prevención general hasta el límite máximo de la culpabilidad. Y, en último término, en la fase de ejecución, la pena servirá a la confirmación de los fines anteriores, pero bajo el punto de vista de la prevención especial, de forma que tienda prioritariamente a la resocialización del delincuente (54).

Esta construcción de Roxin, sobre la teoría de la pena, creo que debe enmarcarse dentro de su planteamiento metodológico, de mayor calado y significado teórico, sobre la interacción entre política criminal y dogmática jurídico-penal, como los pilares básicos para construir el sistema del Derecho Penal. Con gran acierto afirmó que el método jurídico «tiene que partir de que las concretas categorías del delito —tipicidad, antijuricidad y culpabilidad— deben sistematizarse,

(53) *Vide* al respecto, ROXIN, C.: «Sentido y límites de la pena estatal». En, *Problemas básicos del Derecho Penal*. Madrid. 1976; pp. 11 ss.

(54) *Vide* nota anterior.

desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal» (55).

5. **La última revolución científica** empieza a gestarse en los años setenta y una década más tarde ocupa ya un lugar destacado en la dogmática penal alemana. Este mérito se debe fundamentalmente a Jakobs, bajo el auspicio del pensamiento estructural funcionalista de la moderna sociología jurídica alemana. En realidad, no sería exagerado afirmar que uno de los méritos de Jakobs consiste en adaptar el Derecho Penal contemporáneo a la teoría de los sistemas de N. Luhmann, conmoviendo las propias bases del Derecho Penal, es decir, la teoría de la pena y del delito a través de su teoría general de la imputación normativa (56).

Jakobs no se hace esperar, ya en el prólogo de su tratado lo deja bien claro: si las consecuencias del Derecho Penal no se quieren entender como sucesos de la naturaleza, sino como hechos sociales con significado, hay que comenzar afirmando –y en palabras de su maestro– que el Derecho Penal tiene la función de «asegurar los valores ético-sociales de acción». A partir de aquí se separa de la dogmática ontologista de su maestro, dado que la esencia y estructura de los conceptos de la dogmática tradicional carece de significado si no se vinculan a los fines del Derecho Penal. Este cambio de enfoque metodológico, que parte de la misión del Derecho Penal y no de la esencia de los objetos de la dogmática, conduce a una (re)normativización de los conceptos, frente al naturalismo-psicológico de Welzel. En esta concepción normativista, un sujeto no es aquél que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquél que puede ser responsable por éste. Los conceptos no ofrecen modelos de regulación al Derecho Penal, sino que sólo surgen en el contexto de las regulaciones del Derecho Penal (57).

(55) Cfr. ROXIN, C.: Política criminal y sistema del Derecho Penal. (Trad. por Muñoz Conde). Barcelona. 1972; p. 40. *Vide* al respecto, SCHÜNEMANN: «Introducción al razonamiento sistemático...», *cit.*, pp. 63 ss.; VIVES ANTÓN: Fundamentos..., *cit.*, pp. 437 ss.; BORJA JIMÉNEZ: «Algunos planteamientos dogmáticos...», *cit.*, pp. 611 ss.

(56) *Vide* al respecto, BARATTA: «Integración-prevención...», *cit.*, pp. 533 ss.; VIVES ANTÓN: Fundamentos..., *cit.*, pp. 442 ss.; JAÉN VALLEJO: «Los puntos de partida...», *cit.*, pp. 67 ss.; BORJA JIMÉNEZ: «Algunos planteamientos dogmáticos...», *cit.*, pp. 604 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M.: Consideraciones sobre la teoría de la imputación de GÜNTHER JAKOBS. Introducción a los Estudios de Derecho Penal de JAKOBS. Madrid. 1997; pp. 22 ss. Sobre el funcionalismo sistémico de Parsons y Luhmann, *Vide* por todos, MIR PUIG: Introducción a las bases..., *cit.*, pp. 295 ss.; LUZÓN PEÑA, D.: Medición de la pena y sustitutivos penales. Madrid. 1979; pp. 9 ss.

(57) *Vide* JAKOBS, G.: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. (Trad. por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo). Madrid. 1995; pp. IX y X.

Desde esta perspectiva neonormativista, los dos pilares básicos del sistema teleológico del Derecho Penal que se propone están constituidos por la función preventivo-general de integración asignada a la pena y por las normas jurídico-penales como objeto de protección.

Como es sabido, la teoría de *la prevención general positiva* entiende que la pena se fundamenta en su necesidad para recordar constantemente la vigencia de las normas penales, así como para consolidar los valores que hay tras ellas. Y ello porque contrapone al delito, que es expresión simbólica de una falta de fidelidad al Derecho, la contrapartida simbólica de la pena. Así, en palabras de Jakobs, «la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma. Se trata de un problema normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación» (58).

Pero, este suceso perturbador no es entendido y referido a las consecuencias externas de la conducta, pues no es misión de la pena evitar la lesión de bienes jurídicos, sino que se concibe en su significado jurídico-social: la perturbación es la propia infracción de la norma, es la contradicción a la norma por medio de una conducta. Por ello, el fin de la pena es reafirmar la vigencia de la norma. En resumen, «misión de la pena es –según Jakobs– el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma» (59).

El segundo pilar básico en la concepción normativista del Derecho Penal lo constituye el objeto que permite la legitimación material del Derecho Penal; lo que Jakobs denomina el nivel de referencia de la protección jurídico-penal, es decir, *las normas como bienes jurídico-penales*. Esta legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de sociedad y el Estado, y ello se consigue garantizando las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso, se debe afirmar como el bien a proteger es la firmeza de las expectativas nor-

(58) Cfr. JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, p. 8.

(59) Cfr. JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, p. 14. En este sentido, se ha pronunciado recientemente, BACIGALUPO: Principios..., *cit.*, pp. 15 ss.

mativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; a este bien lo llama bien jurídico-penal (60).

Desde esta perspectiva se afirma que la lesión de un bien jurídico-penal no es, por ejemplo, la causación de una muerte, sino la oposición a la norma que subyace en el homicidio evitable. La norma obliga a «elegir la organización a la que no siguen daños, pero el autor se organiza de modo que causa daño imputablemente: su proyecto de conformación del mundo se opone al de la norma. Sólo este punto de vista eleva el bien jurídico-penal a la esfera en que se desarrolla la interacción social que interesa al Derecho Penal: la esfera de la significación del comportamiento (delictivo) en tanto que negación del significado de normas y el reforzamiento de preservar el significado de la norma por medio de la reacción punitiva. Bien jurídico-penal en el ámbito de los delitos contra la propiedad, según este modelo, no es la cosa ajena o la relación del propietario con su cosa como unidad funcional de acciones y satisfacción de necesidades, o para la consecución de fines, sino la validez del contenido de la norma de que debe protegerse la propiedad» (61).

No obstante, la norma, como bien jurídico-penal, tiene a su vez un objeto de protección, que se denomina bien jurídico y se refiere a una situación o hecho valorado positivamente: son las condiciones que posibilitan la participación en la interacción social. A estas condiciones se refiere Jakobs con el concepto de unidad funcional. Con este «concepto se pone de manifiesto que no cualquier objeto de regulación de una norma es un bien jurídico, sino sólo aquel que ha de desempeñar alguna función para la sociedad o para uno de sus subsistemas, incluido el ciudadano» (62). No se abandona, por tanto, la idea del bien jurídico, en cuanto que se reconoce que éste puede ser objeto de regulación de una norma, pero no todo objeto regulado es un bien jurídico, ya que existen normas que no están referidas a bienes jurídicos, como sucede, por ejemplo, en los delitos de infracción de un deber especial en virtud de competencia institucional (63).

(60) *Vide* JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 44 ss. *Vid* también, BACIGALUPO: Principios..., *cit.*, p. 20; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: Consideraciones sobre la teoría de la imputación..., *cit.*, pp. 22 ss.

(61) *Cfr.* JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 46 y 47.

(62) *Cfr.* JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, p. 52.

(63) *Vide* JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 52 ss. *Vide* también, HASSEMER/MUÑOZ CONDE: Introducción..., *cit.*, pp. 110 ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: Consideraciones sobre la teoría de la imputación..., *cit.*, pp. 34 ss.

Pero un comportamiento no es socialmente dañoso sólo cuando se ha producido completamente la lesión del bien jurídico, o el autor ha abandonado irreversiblemente su papel, o cuando concurre por completo un suceso perturbador de la paz jurídica, sino que también hay que incluir los casos de anticipación, como, por ejemplo, la tentativa o los delitos de peligro abstracto (64). En definitiva, como concluye Jakobs, «bien jurídico-penal es la validez fáctica de las normas, que garantizan que se puede esperar el respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica. Esta validez se ve menoscabada cuando por el comportamiento del autor se pone de manifiesto la correspondiente falta de consideración». Por consiguiente, «la validez fáctica de la norma sólo se ve menoscabada cuando el autor se arroga una organización que no le está asignada» (65).

Esta concepción del Derecho Penal tiene su desarrollo lógico en la teoría del delito, que los normativistas llaman teoría general de la imputación y que tiene por misión determinar a qué persona y bajo qué presupuestos puede castigarse para lograr la estabilización de la norma: ha de castigarse, se afirma, al sujeto que se ha comportado de forma contraria a la norma y culpablemente. Por tanto, los conceptos básicos de la teoría de la imputación jurídico-penal son el comportamiento del sujeto, la infracción de la norma y la culpabilidad (66).

La sistemática del delito sigue siendo la propuesta por Welzel, aunque todos los elementos del delito se someten a una profunda redefinición. Así, por ejemplo, se defiende una concepción personal de lo injusto, en donde la acción como finalidad externa, desconectada de las vivencias subjetivas, se considera elemento esencial del mismo. La acción es la causación del resultado individualmente evitable, es decir, la causación de todos los movimientos corporales cognoscibles en su conformación y de sus consecuencias. Afirma Jakobs que «el conocimiento de la ejecución de la acción y de sus consecuencias (en el dolo) o la cognoscibilidad individual (en la imprudencia), como condiciones de la evitabilidad, pertenecen a la acción, y, por tanto, al injusto» (67). Se mantiene el concepto final de acción, pero se desplaza el punto de vista desde la finalidad en relación con el resultado a las condiciones de evitabilidad del resultado. Cuando habla de resultado, no se está refiriendo al resultado material o externo en sentido naturalista, sino al resultado específicamente jurídico-penal, es decir, al quebrantamiento de la norma.

(64) Vide JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 58 ss.

(65) Cfr. JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, p. 58.

(66) Vide JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, p. 156.

(67) Cfr. JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, p. 174.

De este planteamiento se deducen importantes consecuencias, como, por ejemplo, que el resultado material pasa a segundo lugar y, en algunos casos, complementa lo injusto. Dicho con un ejemplo gráfico: «las uvas pasas pueden ser parte de un pastel, sin que todo pastel deba contener pasas. Formulado con otras palabras: el resultado complementa la acción de tentativa, convirtiéndola en acción de consumación, así como convirtiendo el injusto de tentativa en injusto de consumación» (68).

Este planteamiento también conduce a una redefinición del concepto de dolo, que se establece exclusivamente sobre una base cognoscitiva y no volitiva. Jakobs define el dolo como «conocimiento de la acción junto con sus consecuencias» (69). La voluntad no forma parte del dolo, sino que es un elemento más de la acción y, por tanto, común a los delitos dolosos e imprudentes. Como señala Silva Sánchez, «lo específico del dolo frente a la imprudencia es que el sujeto que actúa dolosamente *conoce* el significado de la conducta que realiza voluntariamente y el sujeto imprudente desconoce en toda su dimensión ese significado» (70). El objeto del dolo viene constituido, como afirma Frisch (71), por la conducta penalmente típica en tanto que ésta contiene un riesgo relevante de lesión de bienes jurídico-penales. Dolo es, por tanto, el conocimiento de la alta probabilidad del peligro que encierra la acción, desde el punto de vista *ex ante*, para los bienes jurídico-penales.

También en el ámbito de la culpabilidad plantea novedades importantes el pensamiento de Jakobs, pues, si bien mantiene esta tradicional categoría, como presupuesto necesario de la punibilidad, sustituye su contenido convencional por la prevención general positiva (72). En un sistema teleológico del delito también la culpabilidad se determina por la idea del fin penal: «sólo el fin da contenido al concepto de culpabilidad» (73). Dicho fin no es otro que la prevención de integración, de tal forma que el hilo conductor de la culpabilidad es «la estabilización de la confianza en el ordenamiento perturbada por el comporta-

(68) *Ibidem*, p. 204.

(69) *Ibidem*, p. 316.

(70) Cfr. SILVA SÁNCHEZ: Aproximación..., *cit.*, p. 401.

(71) *Vide* FRISCH, W.: Vorsatz und Risiko. Carl Heymanns Verlag, 1983; pp. 340, 407 ss. *Vide* también, BACIGALUPO: Principios..., *cit.*, pp. 225 ss.

(72) *Vide* al respecto, JAKOBS, G.: Schuld und Prävention. Tübingen, 1976; del mismo autor: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 565 ss. *Vide* también, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: Consideraciones sobre la teoría de la imputación..., *cit.*, pp. 47 ss.

(73) Cfr. JAKOBS: Schuld..., *cit.*, p. 14.

miento delictivo». De este modo, mediante la atribución de culpabilidad y la sanción vinculada a ella, debe confirmarse la corrección de la confianza en la vigencia de la norma. Por ello, la culpabilidad, junto a la pena, opera como el medio para conseguir el fin propuesto (74).

Desde esta perspectiva, la infracción de las normas penales defrauda las expectativas de la comunidad jurídica y esta decepción se compensa o se confirma contrafácticamente la expectativa señalando que la falta no reside en ella, sino en el comportamiento defraudador, es decir, se imputa la frustración como fallo suyo al sujeto frustratario, considerándole culpable y castigándolo (75). Por ello, sólo es posible excluir la culpabilidad cuando el conflicto surgido a través del delito puede ser procesado socialmente de un modo diferente a la sanción penal. A la inversa, sólo es posible imputar culpabilidad cuando no se puede asimilar dicho conflicto de otra manera sin que se menoscabe la garantía de seguridad de la expectativa y, por tanto, la vigencia del ordenamiento lesionado. En suma, la necesidad de pena desaparece cuando es posible procesar de otro modo la defraudación de expectativas (76).

El juicio de culpabilidad, según este modelo, operaría sobre la base de dos criterios, a modo de una balanza: la necesidad de garantizar la vigencia de la norma y las determinaciones individuales del autor respecto al hecho que le incumbe para determinar si puede o no ser distanciado de él (77). Se le imputará culpabilidad cuando no pueda ser distanciado del hecho cometido que le incumbe porque, por sus determinaciones personales, es imputable, ha podido conocer lo injusto de su acción y, además, le era exigible otra conducta. Sólo la falta de alguno de estos elementos permitiría afirmar que el autor está distanciado de su conducta por sus determinaciones individuales y que, por ello, no es culpable. Pero, la necesidad de vigencia de la norma aumenta frente a las determinaciones individuales en la medida que disminuyan las posibilidades de solucionar el conflicto de otro modo mediante la imputación a su autor. En definitiva, como advierte Pérez Manzano, «criterio definitivo es, en todo caso, la posibilidad de asimilar el conflicto de otra manera sin merma de la garantía de la validez de la norma y no las determinaciones individuales» (78).

(74) Vide JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 579 ss.

(75) Vide JAKOBS: Schuld..., *cit.*, p. 10; del mismo autor: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 12 y 13.

(76) Vide JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 588 ss.

(77) Vide JAKOBS: Derecho Penal..., *cit.*, pp. 567, 579 ss., 596 ss.

(78) Cfr. PÉREZ MANZANO: Culpabilidad..., *cit.*, p. 163. Vide también, PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: Consideraciones sobre la teoría de la imputación..., *cit.*, pp. 49 ss.

He dejado para el final el aspecto más novedoso del planteamiento teórico de Jakobs que, por otra parte, es el que mayor influencia está ejerciendo en la dogmática actual. Me refiero, lógicamente, a la imputación objetiva no sólo del resultado, sino del comportamiento. Esta distinción es muy importante en su construcción, porque la imputación objetiva sigue cumpliendo su misión tradicional, mayoritariamente aceptada, de establecer los criterios normativos para imputar el resultado a la acción en los delitos de resultado material (lo que se conoce comúnmente como la realización del riesgo). Pero, no se queda sólo en eso, en la imputación objetiva del resultado, sino que la novedad reside en su pretensión de inducir estos criterios normativos a teoría general del tipo (79). En realidad, como con agudeza advierte Gimbernat, hay elementos del tipo ontológicos, como la acción y la causalidad, que son lo tangible, en cuanto que a ellos hace referencia expresa la ley, mientras que «la imputación objetiva, porque es un concepto desconocido por el legislador, es un fantasma que recorre los tipos» (80). Por ello, se ha podido decir al respecto, que Jakobs (y también Frisch) trata de «despojar de su sábana al fantasma de la imputación objetiva, para desvelar su verdadero rostro» (81). Dicho con otras palabras, bajo el título de imputación objetiva Jakobs pretende ofrecer una reformulación de la teoría del tipo objetivo.

Esta propuesta se enmarca en una dogmática dirigida, fundamentalmente, a explicar el sistema de imputación que rige en una sociedad en un momento dado (82). Como idea rectora, parte de concebir lo injusto como expresión de sentido incompatible con la norma. El tipo objetivo de lo injusto significa la constatación de una perturbación social, que es expresión de sentido en general de la contradicción de la vigencia de una determinada norma, expresada por el portador de un rol. Portadores de un rol son las personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un

(79) *Vide* críticamente, GIMBERNAT, E.: «¿Qué es la imputación objetiva?» *Estudios Penales y Criminológicos*. núm. 10. Santiago de Compostela. 1987; pp. 169 ss. (esp. 177-179). *Vide* también, SUÁREZ GONZÁLEZ, C. y CANCIO MELIÁ, M.: La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva. Estudio preliminar a la obra de JAKOBS: Imputación objetiva en Derecho Penal. Madrid. 1996; pp. 50 ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: Consideraciones sobre la teoría de la imputación..., *cit.*, p. 57.

(80) Cfr. GIMBERNAT: ¿Qué es la imputación...?», *cit.*, p. 177.

(81) Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: La reformulación de la tipicidad..., *cit.*, p. 51.

(82) *Vide* al respecto, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: La reformulación de la tipicidad..., *cit.*, pp. 50 ss., 59 ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: Consideraciones sobre la teoría de la imputación..., pp. 57 ss.

determinado estándar, definido de modo normativo. Por tanto, se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. Y ello es así, en Jakobs, porque la función de la imputación penal en la sociedad es la de posibilitar la orientación en el mundo social, garantizando las expectativas de comportamiento esenciales. Ello le lleva a afirmar, en suma, que «sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse *en un sentido general* «acción». Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho Penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídicamente relevante. Sin el esquema objetivo de interpretación no se alcanza el ámbito de lo social» (83).

Este planteamiento general es trasladado a un sistema de delito practicable a través de cuatro instituciones dogmáticas que describen determinados límites a los roles, sin cuya superación no debe imputarse un curso lesivo, aunque se haya causado de forma evitable. Estos cuatro filtros para la imputación del comportamiento son los criterios normativos de imputación objetiva, es decir, el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima (84).

Finalmente, de lo dicho puede constatarse que Jakobs, a diferencia de la doctrina mayoritaria, ha desarrollado más el primer nivel de la imputación que el segundo, es decir, más la tipicidad del comportamiento que la imputación del resultado (85). No es de extrañar que entre sus críticos se haya afirmado, como por ejemplo, Struensee, que la teoría de la imputación ya desarrolla «el efecto de un remolino que atrae hace sí y ahoga dentro de sí todo el tipo objetivo» (86). Pero, este remolino —añado yo— no se detiene y día a día se va haciendo más grande. En realidad, más que un remolino es ya un tornado que está atrayendo hacia sí, incluso, al tipo subjetivo, como lo evidencian cuestiones tan importantes como las divergencias del dolo o el acuerdo mutuo en el caso de la coautoría. En estos extremos, el tornado teórico de la imputación objetiva tiene importantes consecuencias prácticas, que redundan en una ampliación de la intervención

(83) Cfr. JAKOBS, G.: La imputación objetiva en Derecho Penal. (Trad. por M. Cancio Meliá). Madrid. 1996; p. 100.

(84) Vide JAKOBS: La imputación objetiva..., *cit.*, pp. 101 ss.

(85) Vide al respecto, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: La reformulación de la tipicidad..., *cit.*, pp. 28 ss.; PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ: Consideraciones sobre la teoría de la imputación..., *cit.*, p. 63.

(86) Cfr. STRUENSSE, E.: «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit». GA. Heidelberg. 1987; p. 97.

penal (87), difícilmente aceptable; incluso, ya se ha llegado a rechazar el concepto restrictivo de autor, abogando, en consecuencia, por un concepto extensivo (88). Es posible que el resultado final de la imputación objetiva suponga una recaída en aquello mismo que quiso evitar y criticar, y que fue precisamente el origen de su nacimiento. No debemos olvidar que surgió para limitar los excesos de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

III

Para terminar, podemos constatar como incluso la moderna teoría de la imputación objetiva nos ha llevado nuevamente a sus orígenes. En realidad, después de este breve recorrido sobre la evolución de la dogmática penal, se puede afirmar que todo el Derecho Penal contemporáneo encierra en sí una vuelta a sus orígenes. Pero, no se trata sólo de un fenómeno particular constatable en la ciencia jurídico-penal, sino que es un fenómeno de alcance más general, que afecta a todas las ciencias sociales. Ello se evidencia, según creo, mediante el recurso a la expresión de dos significados representantes de la teoría crítica de la sociedad, defendida por la Escuela de Frankfort, cuyo pensamiento comparto en lo esencial (89). En 1968, Horkheimer y Adorno, en el plano filosófico, observaron un fenómeno que denominaron gráficamente como la «dialéctica de la Ilustración» (90). En el Derecho Penal actual se observa un fenómeno similar que en Alemania ha sido calificado por Hassemer como la «dialéctica de la Modernidad» (91). Esta

(87) En este sentido, *Vide* LESCH: «Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung...», *cit.*, pp. 271 ss. *Vide* al respecto, en sentido crítico, KÜPPER, G.: «Der gemeinsame tatenschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft». ZStW. 105. 1993; pp. 295 y ss; PÉREZ ALONSO, E. J.: La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal. Granada. 1998; pp. 326 ss.

(88) En este sentido, *Vide* LESCH, H. H.: Intervención delictiva e imputación objetiva. (Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995; pp. 15 ss. (esp. 48 ss.).

(89) *Vide* PÉREZ ALONSO, E. J.: Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Madrid. 1995; pp. 49, 63 ss., 72 ss.

(90) *Vide* HORKHEIMER, M. y ADORNO, TH. W.: Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente. Frankfurt am Main. 1969.

(91) *Vide* HASSEMER, W.: «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno». ADPCP. Madrid. 1992; pp. 235 ss.; del mismo autor: «La Ciencia Jurídico Penal...», *cit.*, pp. 68 ss.

expresión constituye un caso paradigmático de la idea que se ha querido expresar en esta aproximación sobre el estado actual de la dogmática jurídico-penal.

Hassemer, que ha sido un representante muy autorizado en las últimas décadas del funcionalismo alemán, ahora, en los noventa nos dice que «ya ésta de vuelta», como el propio Derecho Penal, y reivindica los postulados del Derecho Penal Clásico, al igual que Hork-Heimer y Adorno pretenden, en el plano filosófico, preservar los valores de la Ilustración («salvar la Ilustración»). Por ello, cuando Hassemer habla de la «dialéctica de la Modernidad» quiere expresar que «el Derecho Penal se ha desarrollado hasta un punto en el cual se ha transformado en algo contraproducente, anacrónico» (92). Destaca, no obstante, que el Derecho Penal moderno «ha conducido a una humanización y a un mejor control de la actuación penal». Pero, opina que «este desarrollo ha finalizado, la modernización amenaza con producir el efecto contrario. Pienso que ha llegado el momento en que debe volver a compaginarse el desarrollo del moderno Derecho Penal con los tradicionales principios morales» (93). Si esta es, como parece, la propuesta de Hassemer, creo que es de sabios rectificar y, del mismo modo, también considero una decisión sabia que la dogmática penal española aprenda de las experiencias ajenas y, de esta forma, nos evitemos un viaje de ida y vuelta.

En conclusión, si las dos direcciones del post-finalismo que coexisten en la actualidad son las que representan fundamentalmente Roxin y Jakobs, lo que es tanto como decir –con las oportunas reservas– von Liszt y Binding, hay que afirmar que «la lucha de Escuelas», tras un largo siglo de existencia, todavía no ha acabado, ni tiene visos de finalizar: sólo ha habido victorias parciales. En 1954, Armin Kaufmann escribió una obra fundamental en la dogmática penal que llevaba por título: «Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie». Hoy, con las reservas y matizaciones necesarias, nos encontramos ante dos tareas bien distintas: sumarnos a la reedición de esta obra y apostar por «lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de Karl Binding», en la novedosa línea que nos propone Jakobs, o bien sumarnos a la elaboración de una obra que lleve por título «lo vivo y lo muerto en la concepción del Derecho Penal de Franz von Liszt», es decir, asumir en sus directrices generales una segunda vuelta a V. Liszt. Esta disyuntiva final evidencia que la dogmática jurídico-penal ha venido girando en torno al mismo eje durante los últimos

(92) Cfr. HASSEMER: «Rasgos y crisis...», *cit.*, p. 235.

(93) Cfr. HASSEMER: «Rasgos y crisis...», *cit.*, p. 236.

cien años. Como caso paradigmático de lo expuesto hay que destacar también que, precisamente, la última traducción al castellano del Programa de Marburgo de V. Liszst va precedida de una introducción que, a modo de pregunta, lleva por título: «¿Otra vez la vuelta a von Liszt?». A lo que se responde que «no hay nada nuevo bajo el sol» (94). Sin embargo, también conviene dejar constancia de que la evolución y progreso científico y humano del Derecho Penal actual es ciertamente evidente, pues, si bien se ha girado sobre el mismo eje, no se ha hecho en un plano horizontal, sino que el giro ha sido vertical, de tal forma que el paradigma dominante en cada revolución ha dejado una huella importante en la ciencia penal y ha elevado al Derecho Penal a un plano superior.

En cualquier caso, con independencia de la opción que se adopte ante la alternativa teórica que nos presenta la dogmática jurídico-penal en la actualidad, cabe concluir con el diagnóstico de que el paradigma normativista no dominará el futuro del Derecho Penal, pero sí lo condicionará, dado que ya hoy está suponiendo una importante revisión del Derecho Penal contemporáneo. Cuestiones tan importantes como la teoría de la prevención general positiva de la pena, la responsabilidad en virtud de competencia institucional, la imputación objetiva del comportamiento típico y no sólo del resultado, la posición de garante en los delitos de comisión y no sólo en los de omisión, el concepto cognitivo del dolo, etc., dejarán su impronta en el sistema penal, incluso se irán asumiendo en mayor o menor grado. Pero, los postulados filosóficos estructurales-funcionalistas que están latentes en la construcción de Jakobs no creo que lleguen a aceptarse mayoritariamente en Alemania y mucho menos en España; incluso, otros aspectos más particulares de la teoría de delito tampoco serán compartidos, como sucede en la actualidad, por ejemplo, con su concepción sobre la culpabilidad. Con esto quiero expresar que, en definitiva, Jakobs correrá la misma suerte que su maestro o la de los artífices de las demás revoluciones científicas: pasará el normativismo funcionalista de Jakobs, pero dejará su huella en el sistema penal que ha de venir en el próximo siglo.

(94) Vide ZUGALDÍA ESPINAR: «¿Otra vez la vuelta...», *cit.*, pp. 11 ss.

El delito de piratería

ALICIA RODRÍGUEZ NÚÑEZ

Profesora Titular E. U. de Derecho Penal de la UNED

SUMARIO: I. Introducción.–II. El Derecho comparado.–III. Concepto de piratería en el Derecho Internacional.–IV. Antecedentes legales del concepto de piratería en España.–V. Legislación vigente en España aplicable a los delitos de piratería.–VI. Estudio del delito de piratería en la legislación española vigente: 1. La detención y jurisdicción. 2. Concepto de piratería. 3. El bien jurídico protegido. 4. Clases de piratería. 5. La acción: a) Acto ilegal de violencia, de detención, de depredación o de intimidación. b) Acto cometido con un propósito personal. c) Tiempo y lugar. 6. Los sujetos. 7. Los medios. 8. Grados de ejecución. 9. Grados de participación. 10. Concurso. 11. Penalidad. 12. La reincidencia. 13. La extradición.–VII. Tratamiento de la piratería marítima después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995.–Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La piratería existe desde que las naves comenzaron a surcar los mares. La palabra «pirata» proviene del griego «peirates» que fue posteriormente recogida por los romanos para designar al depredador de los mares. Se pueden encontrar referencias sobre los piratas en las inscripciones asirias, caldeas o cretenses (1), sin embargo la época de oro de la piratería se inicia en el siglo xv, con la apertura de nuevas rutas comerciales, y se prolonga hasta que los Estados se hacen con armadas potentes en el siglo xviii.

(1) BRULE, P.: *La piraterie crétoise hellénistique*, Annales littéraires de l'Université de Besançon, 1978.

En 1609 Grocio publica un folleto en Leyden (Holanda) de título *De mare liberum, sive de iure quod Batavis competit ad indicana commercia disertatio*, en el que mantiene la libertad de comercio y tránsito por los mares que se encuentran más allá del mar territorial, donde el Estado ribereño tiene un derecho exclusivo de pesca y navegación. Para la defensa de esta libertad autoriza la utilización de todos los medios incluso las armas (2). A esta libertad de navegación en alta mar se opusieron entre otros Robert Callis, Gérard de Malines, Fray Serafín de Freitas, Sir John Borough y Selden (3).

Es obligado hacer una referencia a la distinción entre el pirata, el corsario (4), el filibustero y el bucanero. El corsario, que arma un barco privado para realizar objetivamente la misma actividad que el pirata, actúa bajo la cobertura de una patente de corso o carta de marca concedida por un Estado (5), que se encuentra en guerra declarada o no con otro país, y que le permite hacer uso de su bandera recompensándole cada vez que captura un barco enemigo o de los aliados de éste o un barco neutral que abastezca al enemigo (6). El corsario recibe una parte del botín para resarcirse de los gastos que le ha supuesto la empresa. El corsario se puede transformar en pirata cuando se excede de la patente y el Estado que la expidió no se responsabiliza de su actuación (7). Por el contrario, el pirata no navega bajo la bandera de ningún país y actúa en beneficio propio. Los filibusteros son los piratas de los mares del Caribe y de las Antillas, mientras que los bucaneros en un principio estaban dedicados a aprovisionar a los filibusteros, aunque terminaron uniéndose a ellos (8). Si la actividad del pirata repugna a la comunidad internacional, no es

(2) GROCIO, H.: *De la libertad de los mares*, (trad. Blanco García y García Arias), Madrid, 1956, p. 76.

(3) MIAJA, A.: *Introducción al Derecho internacional público*, Madrid, 1968, pp. 413 y ss.

(4) RONZITTI, N.: *Piratería*, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXIII, ed. Giuffré, Milán, 1983, p. 914. En contra de esta distinción: MARTOS NÚÑEZ, J. A.: *Piratería*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XIX, Barcelona, 1989, p. 762: «no existe una diferencia cualitativa entre los comportamientos del pirata respecto de los propios de los corsarios que justifique una diferencia de tratamiento penal».

(5) En España se promulgaron varias leyes regulando el corso. El Título VIII del Libro VI de la Novísima Recopilación trata «Del corso contra enemigos de la Corona».

(6) SCHIAFFINO, F.: *Della pirateria*, en *Enciclopedia del Diritto penale italiano* (a cura di Enrico Pessina), vol. XI, Milán, 1908, p. 500.

(7) RUBIN, A.: *Piracy*, en *Encyclopedia of Public International Law*, Tomo XI, Amsterdam, 1989, p. 260.

(8) TOURET, C.: *La piraterie au vingtième siècle*, Bibliothèque de Droit International, tome 106, Paris, 1992.

menos la del corsario. Alberico Gentili en su obra, publicada en 1613, *Hispanicae advocationis, libri duo*, reprueba enérgicamente las patentes de corso que han tenido una larga vida hasta que en la Declaración de París, firmada el 16 de abril de 1856, se acordó su condena (9). A pesar de este acuerdo algunos países conservaron en su legislación el derecho de represalia armando buques mercantes para defenderse de los Estados que no se adhirieron a la Declaración (10). Actualmente algunos autores opinan que en caso de guerra «los actos de latrocinio de los denominados corsarios pueden reputarse como “delitos militares”» (11) a tenor del artículo 8.5.º del Código penal militar (12).

La piratería es un delito internacional que Glaser define como todo «hecho contrario al Derecho internacional y de tal manera nocivo a los intereses protegidos por este derecho que en las relaciones entre los Estados se establece una regla atribuyéndose un carácter criminal» (13). Este Derecho internacional puede pasar a formar parte del Derecho nacional bien a través de una declaración que así lo estima, bien mediante una adecuación directa y detallada de los preceptos del Derecho nacional a las fuentes de Derecho internacional (14), con lo que se cumple con el principio de legalidad (15) que rige nuestra legislación penal. Advierte Quintano que la titularidad del Derecho penal internacional pertenece unas veces al Estado y otras a la Comunidad internacional (16). El Derecho penal internacional protege intereses que pertenecen tanto al Estado como a la Comunidad internacional (17). Esto explica que haya Estados que incluyan en sus legislaciones actos calificados de piratería que no lo son según el Derecho internacional (18).

(9) España se adhirió a la Declaración de París de 1856 el 27 de septiembre de 1907 y publicó un decreto de 20 de enero de 1908 sobre Abolición del corso.

(10) Vid. SCHIAFFINO: *Ob. cit.*, p. 500 nota 2.

(11) MARTOS NÚÑEZ, J. A.: *Piratería, Ob. cit.*, p. 762.

(12) Artículo 8 C.P.M.: son militares los que «5.º Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno.»

(13) GLASER, S.: *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Bruselas-París, 1954, p. 7.

(14) Díez SÁNCHEZ, J. J.: *El Derecho penal internacional (Ambito espacial de la Ley penal)*, Madrid, 1990, pp. 17 y ss.

(15) GLASER: *Ob. cit.*, p. 86.

(16) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, Tomo I, Madrid, 1955, p. 9.

(17) FERNÁNDEZ FLORES, J. L.: *Delitos contra las leyes y usos de la guerra, en Comentarios al Código Penal Militar* (coordinados por Blecua Fraga y Rodríguez-Villasante y Prieto), Madrid, 1988, p. 810.

(18) SCHIAFFINO: *Ob. cit.*, p. 504.

El fundamento del castigo de la piratería es garantizar la libertad de circulación de mercancías y personas en los mares y en el espacio aéreo que se encuentran fuera de la jurisdicción de los Estados, por lo que esta protección correspondería a la comunidad internacional (19), en virtud del principio de justicia universal que es la meta de toda la comunidad de Estados en su lucha contra la impunidad de cualquier delito que ponga en peligro los bienes jurídicos en los que se basa la convivencia internacional (20). Esto supone, como excepción al principio de jurisdicción del Estado de bandera o al de territorialidad, la aplicación extraterritorial de la Ley penal de los Estados, lo que puede derivar en conflictos de competencia, por lo que la lucha internacional contra la piratería, tanto marítima como aérea, ha dado lugar a la firma de Tratados multilaterales a los que España se ha adherido.

Sólo en casos excepcionales pueden ejercerse derechos de soberanía sobre alta mar y el espacio aéreo que se encuentra sobre ésta (21). La nacionalidad de un barco o de una aeronave es la de la bandera que llevan, en definitiva la del país en el que están matriculados y a cuya jurisdicción están sometidos. Según el jurista francés Charles Rousseau (22), hay dos excepciones al principio de la competencia del Estado de bandera: la *hot pursuit* (23) (derecho de persecución) y la piratería. Estas normas nacidas de la costumbre, que arbitran un derecho recíproco de policía y de jurisdicción a los Estados para reprimir la piratería, están consagradas, en nuestros días, por el derecho convencional.

(19) SCHIAFFINO: *Ob. cit.*, p. 501.

(20) DÍEZ SÁNCHEZ: *Ob. cit.*, p. 173.

(21) VON LISZT, F.: *Derecho internacional público*, (trad. Domingo Miral), Barcelona, 1929, pp. 268 y ss., recoge cuatro casos: «1. El Estado ribereño tiene el derecho de persecución (*droit de poursuite*)»; «2. En tiempos de paz, y únicamente en virtud de acuerdos especiales, los buques de guerra tienen derecho: a) a detener en mar abierto a los buques mercantes sospechosos que naveguen bajo el pabellón de alguno de los otros Estados contratantes, b) a examinar su documentación (derecho de visita en sentido amplio, comprobación de la nacionalidad) y, en caso de necesidad, c) a registrar los departamentos del buque (derecho de visita en sentido estricto, derecho de inspección) y d) a proceder a la captura si se confirma la sospecha (*droit de saisie*)»; «3. Contienen una reglamentación especial los acuerdos para la represión de la introducción de alcohol en territorio norteamericano»; «4. En tiempo de guerra los buques de guerra de los beligerantes tienen el derecho de detener y en determinadas circunstancias de apresarse no sólo los buques del enemigo, sino también los de los neutrales».

(22) ROUSSEAU, C.: *Droit international public*, tomo IV, Paris, 1980, p. 328.

(23) Convención sobre la alta mar (Ginebra, 1958), artículo 23; Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, Jamaica, 1982), artículo 111.

El *Dictionnaire de la terminologie du Droit international* define la «piratería» como: «fait de courrir les mers sans commission d'aucun Etat en commettant à des fins privées des actes de violence contre les personnes et les biens, mettant en danger la sécurité générale» (24). El *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua* nos dice que la «piratería» es «robo, presa o destrucción de los bienes de otro que hace el pirata», y «pirata» es «el ladrón que anda robando por el mar». Estas definiciones no terminan de aclarar lo que en sentido jurídico-penal se debe entender por «piratería». Para determinar los hechos que han de ser calificados como delito de piratería hay que concretar cuáles son los elementos constitutivos de este delito, que es un crimen *iuris gentium* (25), de tal manera que puedan distinguirse de los constitutivos de los delitos de terrorismo, de sedición, de actos de amotinamiento (26) que han de ser juzgados por el Estado de bandera (27), del apoderamiento ilícito de aeronaves (28) que también será juzgado por el Estado de matrícula (29), salvo las excepciones recogidas en el artículo 4.º del *Convenio sobre Infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves* (30) (que citaré posterior-

(24) *Dictionnaire de la terminologie du Droit international*, Paris, 1960, p. 452.

(25) ROUSSEAU, C.: *Ob. cit.*, p. 331; SMITH, J.C. y HOGAN, B.: *Criminal Law*, Londres, 1984, p. 766.

(26) ROUSSEAU, C.: *Ob. cit.*, p. 332.

(27) No todos los autores son de esta opinión. Ver la referencia que SCHIAFFINO hace a la opinión de Calvo que considera piratería el robo y el homicidio cuando la tripulación se apodera violentamente del buque, en: *Ob. cit.*, p. 502 nota 1; BAS-SIOUNI, M. C.: *A treatise on International Criminal Law*, vol. I, Springfield (U.S.A.), 1973, p. 457: advierte que el amotinamiento ha tenido un trato desigual y según los países ha sido considerado como piratería o no.

(28) HAILBRUNNER, K.: *Civil aviation, unlawful interference with*, en *Encyclopedia of Public International Law*, Tomo 11, Amsterdam, 1989, p. 57.

(29) Convenio sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves (concluido en Tokio el 14 de septiembre de 1963 y ratificado por España el 27 de julio de 1964), artículo 3.º: «1. El Estado de matrícula de la aeronave será competente para conocer de las infracciones y actos cometidos a bordo. ...»

(30) Convenio sobre Infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves, artículo 4.º: «El Estado contratante que no sea el de matrícula no podrá perturbar el vuelo de una aeronave a fin de ejercer su jurisdicción penal sobre una infracción cometida a bordo más que en los casos siguientes: a) la infracción produce efectos en el territorio de tal Estado. b) la infracción ha sido cometida por o contra un nacional de tal Estado o una persona que tenga su residencia permanente en el mismo. c) la infracción afecta a la seguridad de tal Estado. d) la infracción constituye una violación de los Reglamentos sobre vuelo o maniobra de las aeronaves vigentes en tal Estado. e) cuando sea necesario ejercer la jurisdicción para cumplir las obligaciones de tal Estado de conformidad con un acuerdo internacional multilateral.»

mente como Convenio de Tokio (31), en el artículo 3 del *Convenio sobre Represión del apoderamiento ilícito de aeronaves* (32) (que citaré posteriormente como Convenio de La Haya) y en el artículo 4 del *Convenio sobre Represión de actos ilícitos contra la Seguridad de la aviación* (que citaré en adelante como Convenio de Montréal (33), que recoge las mismas normas que los anteriores, o del apoderamiento ilícito de buques regulado en el *Convenio y su Protocolo sobre Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental* (que en lo sucesivo citaré como Convenio y Protocolo de Roma (34).

II. EL DERECHO COMPARADO

En el Derecho comparado se recoge la piratería con diferentes enfoques. Unos países optan por incluir la piratería en sus Códigos penales, de forma expresa o no, otros en leyes especiales y otros tienen un sistema mixto de Código penal y leyes especiales.

A modo de ejemplo citaré algunos países que siguen estas pautas. No se emplea expresamente la palabra «piratería» en sus códigos penales aunque estos actos pueden encuadrarse en otros delitos:

(31) Convenio de 14 de septiembre de 1963, ratificado el 25 de agosto de 1969 (*Boletín Oficial del Estado* de 25 de diciembre de 1969).

(32) Convenio sobre Represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (concluido en La Haya el 16 de diciembre de 1970 y ratificado por España el 6 de octubre de 1972. *Boletín Oficial del Estado* de 18 de enero de 1973), artículo 3: «3. El presente Convenio se aplicará solamente si el lugar de despegue o el de aterrizaje real de la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, esté situado fuera del territorio del Estado de su matrícula, ya se trate de una aeronave en vuelo internacional, ya en vuelo interno. 4. En los casos previstos en el artículo 5 [cuando varios Estados exploren una organización de transporte en común u Organismos internacionales de explotación utilicen aeronaves de una matrícula común o internacional], no se aplicará el presente Convenio si el lugar de despegue y el de aterrizaje real de la aeronave, a bordo de la cual se cometa el delito, están situados en el territorio de uno solo de los Estados referidos en dicho artículo. 5. No obstante lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del presente artículo, se aplicarán los artículos 6, 7, 8 y 10, cualquiera que sea el lugar de despegue o de aterrizaje real de la aeronave, si el delincuente o el presunto delincuente es hallado en el territorio de un Estado distinto del de matrícula de dicha aeronave.»

El artículo 7 recoge el principio *aut tradere aut punire*.

(33) Convenio de 23 de septiembre de 1971, ratificado el 6 de octubre de 1972 (*Boletín Oficial del Estado* de 10 de enero de 1974).

(34) Convenio y Protocolo de 10 de marzo de 1988, ratificados el 15 de junio de 1988 (*Boletín Oficial del Estado* de 24 de abril de 1992).

en Alemania podría incluirse en el párrafo 250 (1) n.º 3 StGB como un robo cualificado que puede ser juzgado por los Tribunales alemanes en virtud del párrafo 6 número 9, por el cual se podrán reprimir por las leyes alemanas «hechos que también se persiguen cuando se cometen en el extranjero, en virtud de un tratado internacional, de obligado cumplimiento para la República Federal Alemana» (35); en Portugal se configura un delito de «atentado contra la seguridad en el transporte por aire, agua o vía férrea» en el artículo 288 que podría aplicarse a los casos de piratería; Brasil recoge en el artículo 261 el «atentado contra la seguridad del transporte marítimo, fluvial o aéreo» dentro de los «Crímenes contra la seguridad de los medios de comunicación y transporte y otros servicios públicos» y preve en el párrafo 2.º una pena agravada cuando los hechos se realicen con fin de lucro. Hacen mención expresa de la piratería en sus códigos penales: Cuba en los artículos 117 y 118, que componen la sección séptima de los «Delitos contra la paz y el Derecho internacional», aunque también incluye actos que se puedan producir dentro de las aguas y del espacio aéreo territoriales y que no pueden considerarse genuinos delitos de piratería internacional; lo mismo hace Argentina que recoge la piratería nacional e internacional en los artículos 198 y 199 formando un capítulo de los «Delitos contra la seguridad pública»; México le dedica el capítulo I de los «Delitos contra el Derecho internacional» con los artículos 146 y 147, sin especificar el lugar de comisión y haciendo mención al corso.

Italia tipifica la piratería en leyes especiales (36). En los artículos 1.135 y 1.136 del *Regio decreto 30 marzo 1942, Approvazione del testo del codice della navigazione*, n. 327, se recoge expresamente la piratería marítima. El artículo 1.135 castiga la piratería, en el mismo sentido que la *Convención de Ginebra*, sin especificar el lugar de comisión, y el artículo 1.136 considera que una nave es sospechosa de piratería cuando va abusivamente armada o no lleva los documentos de a bordo. La Ley de 10 de mayo de 1976, n. 342, sobre *Repressione di delitti contro la sicurezza della navigazione aerea*, en el artículo 1 contiene una tipificación aplicable a la piratería aérea lo mismo que al apoderamiento ilícito de aeronaves, y en el artículo 3 se enumeran los casos en que ha de intervenir la justicia italiana: 1) cuando la aeronave esté matriculada en Italia; 2) cuando la aeronave aterrice en terri-

(35) OEHLER, D.: *Internationales Strafrecht*, Köln, 1983, p. 317.

(36) CONSO, G., y BARBALINARDO, G.: *Codice penale e norme complementari*, Milano, 1994.

torio italiano con el autor del delito a bordo; 3) cuando la aeronave haya sido alquilada por una entidad o persona física que tenga su domicilio en Italia; 4) cuando el autor se encuentre en territorio italiano y no se conceda su extradición.

Otros países optan por la tipificación en el Código penal y en la legislación especial. Es el caso de Francia que en el capítulo «*Des atteintes aux libertés de la personne*» del Código penal dedica la sección II «*Du détournement d'aéronef, de navire ou de tout autre moyen de transport*», cuyos artículos 224-6 y 224-7 serían aplicables en caso de piratería aérea, aunque no se exija un lugar específico para la comisión del delito; además, aun está vigente la Ley de 10 de abril de 1825 «*Pour la sûreté de la navigation et du commerce maritime*» que dedica el título primero al crimen de piratería penando varios tipos de piratería marítima, más amplios que los recogidos en la *Convención de Ginebra*, en los artículos 1 a 3.

III. CONCEPTO DE PIRATERÍA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

En el Derecho internacional sólo existen dos convenciones que definan expresamente el delito de piratería: la *Convención sobre alta mar* de 29 de abril de 1958 (que en lo sucesivo citaré como Convención de Ginebra) (37) en su artículo 15 y la *Convención sobre el Derecho del Mar* de 10 de diciembre de 1982 (que en lo sucesivo citaré como Convención de Montego Bay) (38) en su artículo 101. Estas Convenciones plasman en términos generales los principios de derecho internacional establecidos consuetudinariamente y admitidos durante siglos por los Estados.

Ronzitti (39) distingue entre piratería *iuris gentium* y piratería por analogía. La primera estaría constituida por los actos que están calificados como piratería en las normas de Derecho internacional, mientras que serían actos de piratería por analogía los calificados como piratería en los ordenamientos internos estatales pero no san-

(37) Convención sobre alta mar, firmada en Ginebra el 29 de abril de 1958 y ratificada por España el 25 de febrero de 1971 (*Boletín Oficial del Estado* de 27 de diciembre de 1971).

(38) Convención sobre Derecho del Mar, firmada en Montego Bay (Jamaica) el 10 de diciembre de 1982, aún no ratificada por España.

(39) RONZITTI: *Ob. cit.*, p. 913; en el mismo sentido se pronuncia OPPENHEIM, L.: *International Law. A treatise*, Londres, 1912, p. 347.

cionados como tal en las normas de derecho internacional, por ejemplo la piratería en aguas internas o en el mar y el espacio nacionales (40).

El concepto de piratería ha evolucionado en el Derecho de gentes. En los tiempos en que estaban legalizadas las patentes de corso, cualquier acto que excediese lo expresamente autorizado por el Estado que concedía la patente era considerado como realizado con *animo furandi* y por tanto como piratería (41). La utilización de varias patentes de diferentes Estados también se castigaba como piratería (42).

Por parte de algunos Estados, afectados por situaciones de guerra no declarada, ha habido intentos de aplicar la piratería a buques de rebeldes que luchaban contra un poder constituido cuando lo hacían con fines políticos (43), dándose varios casos durante las guerras de independencia de las colonias americanas contra España y de los Estados de América del Norte contra Gran Bretaña (44). También se calificó de piratería el contrabando de guerra realizado por buques neutrales que intentaban hacer llegar armas o mercancías prohibidas a uno de los ejércitos contendientes, cuando eran sorprendidos por el bando contrario (45).

El amotinamiento de la tripulación o de una parte de los pasajeros de un buque para matar al capitán y apoderarse de su propio barco y de las mercancías con fines privados también fue calificado como piratería (46).

Con ocasión de la *Convención sobre la supresión la esclavitud* celebrada en Ginebra de 1956, Gran Bretaña propuso que se incluyera la trata de esclavos como acto de piratería, pero la propuesta fue rechazada (47).

(40) C. P. Cuba, artículo 117; C. P. México, artículo 146; C. P. Argentina, artículo 198.

(41) RUBIN: *Ob. cit.*, p. 260

(42) Así se recogía en el artículo 245 de nuestro Código penal de 1928; Oppenheim admite que el buque neutral que lleva patentes de dos Estados beligerantes entre sí debe ser tratado como pirata, *Ob. cit.*, p. 341.

(43) ROUSSEAU, C.: *Ob. cit.*, p. 327.

(44) ROUSSEAU, C.: *Ob. cit.*, p. 327 y ss.

(45) OPPENHEIM, L.: *Ob. cit.*, p. 340.

(46) OPPENHEIM, L.: *Ob. cit.*, p. 344.

(47) «a) The act of convoying slaves on the high seas or slave raiding shall be deemed to be an act of piracy, and subject to appropriate penalties, b) Public vessels under the control of parties to this Convention shall have the same rights in relation to vessels or persons engaged in such act as they have in relation to vessels and persons engaged in acts of piracy.»

La piratería fué objeto de estudio por un Comité de juristas expertos, nombrado por el Consejo de la Sociedad de Naciones en 1926. El tema no fue considerado lo suficientemente urgente para recogerlo en la legislación internacional y se abandonó en 1927. Posteriormente la Harvard Law School elaboró un proyecto de Convención en 1932 que cuajó en la *Convención sobre la alta mar* celebrada en Ginebra en 1958 proporcionando un concepto internacional de piratería que ayuda en gran manera a clarificar los actos que constituyen este delito. Se ha mantenido prácticamente el mismo concepto de piratería en la *III Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del mar* celebrada en Montego Bay (Jamaica) en 1982.

Hay que advertir que, con frecuencia, las legislaciones recogen como delito de piratería una serie de actividades que sólo pueden ser consideradas como piratería por analogía. Así los motines navales sobrevenidos a bordo de navios de guerra no son actos de piratería, a menos que la tripulación amotinada realice actos de depredación sobre otros navios; o el apoderamiento ilícito de aeronaves en algunos casos (48). En cuanto a este último, en la legislación norteamericana se recoge con acierto la diferencia entre «*aircraft piracy*», que reúne los requisitos de la piratería del artículo 15 de la *Convención de Ginebra* y «*hijacking*» (49) que se corresponde con el apoderamiento ilícito de aeronave que no cumple los requisitos de la piratería. Me ocuparé de estas diferencias en un momento posterior.

En los delitos aéreos hago mias las palabras de Cornil (50) cuando constata la falta de claridad en la distinción de los términos «piratería aérea», «*hijacking*» o «desvío de aeronave» que figuran en los textos oficiales, y que dificulta la calificación de ciertas infracciones.

En la actualidad hay casi unanimidad al determinar que los actos de piratería son actos ilegales de violencia, que sólo pueden llevarse a cabo entre buques o aeronaves no beligerantes. En caso de guerra no declarada, la consideración de los rebeldes como piratas no ha sido admitida por la Comunidad internacional en tanto en cuanto los rebeldes no ataquen buques o aeronaves de terceros países. El Dere-

(48) Consideran, como la mayoría de la doctrina, que en ningún caso puede calificarse el apoderamiento ilícito de aeronave como piratería aérea: TAPIA SALINAS, L.: *Curso de Derecho aeronáutico*, Barcelona, 1980, p. 515; MAPELLI: *Ob. cit.*, p. 22.

(49) En U.S.A. se denominaban *hijackers* a las personas que desvalijaban a los traficantes de alcohol durante la época de la prohibición.

(50) CORNIL, P.: *Avant-propos*, en *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, número especial sobre «Attentats contre la navigation aérienne», Bruselas, diciembre 1971-enero 1972.

cho internacional se inclina por el tratamiento de estos rebeldes como prisioneros de guerra. Si los insurgentes no son reconocidos por el Estado como rebeldes, aquél no podrá solicitar ayuda de terceros países para reprimir ataques de piratería. Si el Estado reconoce a los insurgentes como rebeldes podrá defenderse considerando la situación como un estado necesidad o una legítima defensa (51). Sólo en el caso de que los insurgentes no se atengan a las reglas del Derecho de la guerra podrán ser tratados como piratas (52). Oppenheim opina que el Gobierno legítimo podrá tratar a los buques rebeldes como piratas, pero no así los terceros países mientras sus buques no sean atacados (53).

Por otra parte, también hay unanimidad en considerar que los buques o aeronaves de guerra o estatales no pueden cometer actos de piratería cuando actúan bajo el mandato de su Estado de bandera (54), pues en estos casos ese Estado será responsable de juzgar los delitos cometidos (55). Por tanto la piratería no puede ser cometida con la autorización de un Estado (56). Sin embargo en el *Acuerdo de Nyon*, firmado el 14 de septiembre de 1937 (57) por Francia, Rumania, la Unión Soviética, Bélgica, Egipto, Grecia, Gran Bretaña, Turquía y Yugoslavia, se convino que serían actos de piratería los que llevaran a cabo en el Mar Mediterráneo los submarinos, aeronaves o buques que violaran la reglas del Derecho de guerra recogidas en el *Tratado Naval de Londres* de 1930, a causa del perjuicio que se infería a la libertad del tráfico marítimo.

El pirata tiene que ser un particular que, desde una nave o una aeronave privada actúa violentamente contra otra nave o aeronave con el fin de obtener algún provecho para sí mismo. El concepto de

(51) Esta teoría es rechazada por ROUSSEAU, C.: *Droit international public*, tomo IV, cit., p. 327 y ss.

(52) BASSIOUNI: *A treatise...*, cit., pp. 461 y ss.; DIENA, J.: *Derecho internacional público*, (Trad. Trias de Bes/Quero Morales), Barcelona, 1932, p. 267 n. 108; RUBIN: *Ob. cit.*, p. 260.

(53) OPPENHEIM, L.: *Ob. cit.*, p. 342.

(54) OPPENHEIM, L.: *Ob. cit.*, p. 341.

(55) RONZITTI: *Ob. cit.*, p. 924.

(56) BASSIOUNI: *A treatise...*, cit., p. 458.

(57) Este Acuerdo tuvo lugar a raíz de la Guerra civil española de 1936-39 durante la cual submarinos, pretendidamente desconocidos, atacaban en el Mediterráneo buques mercantes de terceros países no beligerantes. Las mismas medidas se extendieron a las aeronaves en un Acuerdo complementario de 17 de septiembre de 1937.

Para RONZITTI, en línea con la mayoría de la doctrina, en los Acuerdos de Nyon sólo se quiso recoger unos actos que debían ser tratados como la piratería, pero sin suponer una extensión del concepto clásico de piratería: *Ob. cit.*, p. 914.

«propósito personal», recogido en el artículo 15 de la *Convención de Ginebra* y posteriormente en el artículo 101 de la *Convención de Montego Bay*, se ha ampliado pues ya no se reduce al simple *animus furandi*, que apuntaba a la rapiña con beneficio económico, sino que puede ser cualquier tipo de beneficio de tipo personal (58), así: el afán de notoriedad, el odio, la venganza o atraer la atención sobre problemas personales, que no tengan que ver con la disensión política, o la discriminación religiosa o racista.

No es necesario que el ataque violento se plasme en una agresión física, puede ser una amenaza de violencia física o una intimidación a través de una amenaza. Da lo mismo que la detención del transporte se realice directamente por los piratas o por el capitán o comandante bajo la presión de una amenaza a ellos mismos o a los pasajeros. No es necesario que la amenaza llegue a cumplirse para que se consuma el delito, el mero intento del ataque ilegal es suficiente.

El delito debe cometerse en un lugar que no esté sometido a la jurisdicción de ningún Estado. Esto da la posibilidad de una piratería marítima (en alta mar), aérea (en la zona aérea sobre la alta mar) e incluso terrestre (zonas de los Polos o «*terra nullius*») (59). El objeto del delito puede ser tanto otra nave o aeronave o las personas y las mercancías que se encuentran a bordo así como las personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de un Estado, por ejemplo una isla que no pertenezca a ningún país.

El objeto de la piratería es cualquier tipo de nave o aeronave y las personas y mercancías que se encuentran a bordo. Aquí no se hace distinción entre naves o aeronaves privadas, de guerra o de Estado. Las consecuencias del ataque son indiferentes para la calificación del delito, da lo mismo que los piratas detengan el buque o la aeronave o los destruyan, pidan un rescate, se apropien de las mercancías, maltraten o maten a la tripulación y los pasajeros (60).

No hay unanimidad sobre el tiempo en que se puede cometer el delito de piratería, para unos autores sólo se puede realizar en tiempo de paz (61) mientras que para otros también es admisible durante las guerras entre beligerantes (62).

En el Derecho internacional, el pirata pierde la protección de su Estado de bandera y por tanto puede ser apresado por cualquier

(58) ROUSSEAU, C.: *Ob. cit.*, p. 332.

(59) Ver ROUSSEAU, C.: *Ob. cit.*, p. 331; RONZITTI: *Ob. cit.*, p. 917.

(60) OPPENHEIM, L.: *Ob. cit.*, p. 344.

(61) GARCÍA ARIAS, L.: *Ob. cit.*, p. 332.

(62) RUBIN: *Ob. cit.*, p. 262.

Estado que podrá juzgarle o conceder su extradición (63), según establece el derecho consuetudinario y el artículo 19 de la *Convención de Ginebra*. Perder la protección del Estado de bandera no quiere decir que el buque o aeronave pirata pierda su nacionalidad que seguirá rigiéndose «por la Ley del Estado que la haya concedido» (64), pero en cuanto a los actos de piratería se le podrá aplicar la ley nacional del Estado captor si éste no concede la extradición, siguiendo el principio *aut tradere aut punire* (65). Sólo los buques o las aeronaves militares o los estatales especialmente autorizados podrán ejercer el derecho de captura por causa de piratería (66). Esto no implica que si un buque o una aeronave mercantes son atacados por piratas no puedan defenderse y pedir socorro al buque de guerra o a la aeronave militar más cercanos. Sólo los buques de guerra podrán investigar el pabellón de naves mercantes (derecho de investigación del pabellón) y visitar las naves sospechosas de piratería (derecho de visita) (67). Todas estas normas están también recogidas en la *Convención de Montego Bay* (68).

La *Convención de Ginebra*, en su artículo 16 (69), asimila a la piratería los actos cometidos «por un buque de guerra o un buque de Estado o una aeronave de Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave». Se trata de una figura asimilada que debe tener el mismo tratamiento penal que la piratería. La misma Convención recoge en el número 2 del artículo 15 otra figura asimilada: la participación dolosa en la utilización de un buque o aeronave piratas aunque no se cometan actos de piratería. El número 3 del artículo 15 eleva a la condición de autoría el incitar o ayudar dolosamente a cometer actos de piratería incluso en sus formas asimiladas (70).

(63) FAUCHILLE, P.: *Traité de Droit international public*, Paris, 1925, p. 87; GARCÍA ARIAS, L.: *La piratería, delito del Derecho de gentes*, en *Estudios de historia y doctrina del Derecho internacional*, Madrid, 1964, p. 362; HAILBRONNER, K.: *Civil aviation, unlawful interference with*, en *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, New-York, Oxford, Tokyo, 1989, p. 57 y ss.; OEHLER: *Ob. cit.*, p. 315; OPPENHEIM, L.: *Ob. cit.*, p. 341; RUBIN: *Ob. cit.*, p. 261 y ss.; RONZITTI: *Ob. cit.*, p. 919; ROUSSEAU, C.: *Ob. cit.*, p. 335 y ss.

(64) Convención de Ginebra, artículo 18.

(65) OEHLER: *Ob. cit.*, p. 416.

(66) Convención de Ginebra, artículo 21.

(67) Convención de Ginebra, artículo 22.

(68) Convención de Montego Bay, artículos 104, 105, 107 y 110.

(69) Convención de Montego Bay, artículo 102.

(70) Convención de Montego Bay, artículo 101 b) y c).

IV. ANTECEDENTES LEGALES DEL CONCEPTO DE PIRATERÍA EN ESPAÑA

En España, el delito de piratería se castiga en la Partida VII, Título XIII, Ley 1.^a (71) y posteriormente en una Ordenanza de 20 de junio de 1801 (72).

El Código penal de 1822 regula la piratería entre los delitos contra la seguridad exterior del Estado como un delito contra el derecho de gentes en el artículo 268 (73) castigándolo como un tipo agravado del delito de robo con violencia (74). El Código de 1848 (75) sigue inclu-

(71) Partida VII, título XIII, ley 1.^a: «*Rapina* en latín tanto quiere decir en romance como robo que los homes facen en las cosas ajenas que son muebles. Et son tres maneras de robo... La tercera es quando se aciende ó se derriba á sohora alguna casa ó peligra algunt navio, et los que vienen en manera de ayuda, roban o lievan las cosas que fallan hi.»

(72) Ordenanza de 20 junio 1801(Novísima Recopilación, I.IV, t. VIII, lib. VI), Artículo 27: «Las embarcaciones que se encontraren nabegando sin patente legitima de Príncipe, República ó Estado que tenga facultad de expedirla, serán detenidas, así como las que pelearen con otra bandera que la del Príncipe ó Estado de quien fuere su patente, y las que la tuvieren de diversos Príncipes y Estados; declarándose unas y otras de buena presa, y en caso de estar armadas en guerra, sus cabos y oficiales serán tenidos por piratas.»

Artículo 28: «Serán de buena presa las embarcaciones de piratas y levantados, con todos los efectos de su pertenencia que se encontraren en sus bordos; pero los que se justificase pertenecer á sugetos que no hubiesen contribuido directa ó indirectamente á la piratería, ni sean enemigos de la Corona, se les devolverán dentro de un año y un día despues de la declaración de la presa, descontando una tercera parte de su valor para gratificación de los apresadores.»

Artículo 29: «No siendo lícito a mis vasallos armar en guerra embarcación alguna sin mi licencia, ni admitir á este fin patente ó comisión de otro Príncipe ó Estado, aunque sea aliado mio; qualquiera que se encontrare corriendo el mar con semejantes despachos, ó sin alguno, será de buena presa, y su capitán o patrón castigado como pirata.»

(73) Código Penal de 1822, artículo 268: «Los piratas y los que en el mar ó en las costas ó puertos robaren ó se apropiaren algunos efectos de buque extrangero que haya naufragado ó arribado con averías, serán castigados respectivamente con arreglo al capítulo primero, título tercero de la segunda parte [De los robos]».

(74) Código Penal de 1822, artículo 730: «Serán condenados a trabajos perpetuos...Tercero: los piratas...». Este artículo se encuentra en el Capítulo Primero (De los robos) del Título III (De los delitos contra la propiedad de los particulares) de la Segunda Parte (De los delitos contra los particulares).

(75) Código Penal 1848, artículo 156: «El delito de piratería cometido contra españoles o súbditos de otra nación que no se halle en guerra con España, será castigado con la pena de cadena temporal en su grado máximo á la de muerte.»

Artículo 157: «Incurrirán en la pena de cadena perpetua á muerte los que cometan el delito de que se trata en el artículo anterior: 1.º Siempre que hubieren apresado alguna embarcación al abordaje ó haciéndola fuego. 2.º Siempre que el delito fuere

yendo los delitos de piratería entre los que atentan contra el Derecho de gentes, pero sólo protege a los españoles y a los súbditos de otra nación que no se halle en guerra con España. En el Código de 1870 se separa la piratería del resto de los delitos contra el Derecho de gentes constituyendo el capítulo IV del título I (Delitos contra la seguridad exterior de Estado) (76), manteniéndose este sistema hasta el texto refundido del Código penal de 1973. En el Código de 1870 se inicia un trato diferente de los sujetos pasivos: los «españoles o súbditos de otra nación que no se halle en guerra con España» reciben mayor protección que los «súbditos no beligerantes de otra nación que se halle en guerra con España». Diferencia que se mantiene hasta la desaparición del delito en el Código de 1995.

El Código penal de 1928, en el capítulo de los «Delitos de piratería y otros análogos», define por primera vez la piratería en su artículo 245: «Cometen delito de piratería los que sin autorización o patente del Gobierno que tenga facultad de expedirla, o con abuso de patente legítima o llevando patentes de varios Estados, dirijan, manden o tripulen uno o más barcos armados o con tripulación armada, que recorran los mares ejerciendo en ellos, en sus costas o en otras embarcaciones, robos o violencias». A pesar del Decreto de 20 de enero de 1908, sobre Abolición del corso (77), parece que se admitía la acti-

acompañado de homicidio o de alguna de las lesiones designadas en los artículos 341 y 342. 3.º Siempre que fuere acompañado de cualquiera de los atentados contra la honestidad, señalados en el capítulo II del título X de este libro. 4.º Siempre que los piratas hayan dejado algunas personas sin medios de salvarse. 5.º En todo caso el capitán o patrón piratas.»

Artículo 158: «Las disposiciones de los dos artículos anteriores son aplicables al que entregare á piratas la embarcación á cuyo bordo fuere.»

Artículo 159: «El que residiendo en los dominios españoles traficase con piratas conocidos, será castigado como su cómplice.»

(76) Los artículos 155 y 156 del Código de 1870 reproducen exactamente los artículos 156 y 157 del Código de 1848, salvo que en el artículo 155 se añade un segundo párrafo: «Cuando el delito se cometiere contra súbditos no beligerantes de otra nación que se halle en guerra con España, será castigado con la pena de presidio mayor», y que se suaviza la pena prevista para el tipo del primer párrafo, lo que hace indignarse a Narciso BUENAVENTURA SELVA que anota: «El delito de piratería es enteramente análogo al de robo en cuadrilla y en despoblado, y parece que siempre debería castigarse con igual rigor que éste, como lo hacía el Código anterior.» (*Comentarios al Código penal reformado*, Madrid, 1870, p. 81 nota 1)

(77) Con este Decreto el Estado español se adhiere a la Declaración de París de 1856. Cuando el 19 de mayo de 1856 fue invitada a adherirse España respondió que no podía «en aquel instante, por consideraciones peculiares suyas, imposibles de desatender, admitir el principio de que el corso estuviera y quedase abolido». Sin embargo el Estado español no hizo uso, a partir de esa fecha, del derecho que se reservó, en 1857, para expedir patentes de corso.

vidad del corso como lícita a la vez que se regulaba y se definía la piratería. Los delitos de piratería y otros análogos se encontraban en el capítulo IV (78) de los delitos contra la seguridad exterior del Estado.

El Código de 1932 sigue el mismo sistema al dedicar un capítulo a los delitos de piratería, dentro del título de los delitos contra la seguridad exterior del Estado. En los artículos 142 y 143 se recogen los mismos casos que en el código anterior, pero sin dar la definición de lo que ha de entenderse por piratería, situación que se perpetua mientras se castiga la piratería en nuestro Código penal común.

El Código Penal de 1944, sin modificar la ubicación, regula la piratería en los artículos 138 y 139 añadiendo en este último un párrafo: «Las penas señaladas en este artículo y en el anterior son aplicables a los delitos que se cometieren contra aviones, aeronaves o aparatos similares, o utilizando tales medios para la realización de aquéllos».

(78) Código Penal de 1928: El art. 246 reproduce el tipo del art. 155 del C.P. 1870.

Artículo 247: «Incurrirán en la pena de dieciocho años de reclusión a muerte y multa de 10.000 a 100.000 pesetas, el capitán, el patrón y tripulantes de barco que transporte contrabando de guerra para auxiliar contra España una causa enemiga o rebelde.

Incurrirán en la pena de diez a treinta años de reclusión los que realizaren cualquier otro acto de contrabando de guerra para auxiliar contra España una causa enemiga o rebelde.»

El artículo 248 ha sido recogido, en la integridad del tipo, en el artículo 139 del Código Penal de 1973 modificado por LL.OO. 8/1983 y 3/1989.

Artículo 249: «Los que entregaren a piratas una embarcación española, o armada por cuenta de la Nación, serán castigados: 1.º con la pena de veinticuatro años de reclusión a muerte, si el autor del delito fuese el capitán o patrón. 2.º Con la de diez a veinticuatro años de reclusión, cuando la entrega se efectuare por otra persona.»

Artículo 250: «El que se apodere de un barco español sobornando a la tripulación o por cualquier otro medio ilegítimo será castigado de diez a veinte años de reclusión.

Si para ejecutar el delito produjera lesiones graves o utilizara medios que impidan al capitán o patrón el mando de la embarcación, la pena será de catorce a veinticuatro años de reclusión.»

Artículo 251: «Los que desde el mar, desde el aire o desde tierra ocasionen, con señales falsas, o por otro medio doloso, el naufragio o la varada de un buque con el propósito de robarlo o de atentar contra las personas que se encuentren a bordo, serán castigados con la pena de seis a doce años de reclusión

En el caso de que el robo o los atentados mencionados llegaren a realizarse, se impondrá al culpable la pena superior inmediata, salvo que los hechos realizados estén castigados con mayor pena en este Código.»

Artículo 252: «Las prescripciones contenidas en los artículos anteriores serán aplicables igualmente cuando en la comisión de los delitos a que se refieren se utilicen las aeronaves como medio o se cometan contra ellas». Este artículo está recogido con una redacción muy similar en el último párrafo del artículo 139 del Código Penal de 1973.

El recientemente derogado Código penal, texto refundido de 1973, entre los «Delitos contra la seguridad exterior del Estado» (79), castigaba la piratería marítima y aérea en los artículos 138 y 139 (80), que formaban el capítulo de los «Delitos de piratería» (81). Estos artículos dejaban sin protección a los apátridas y a los súbditos beligerantes de países en guerra contra España (82). Los artículos 140 y 141 preveían penas agravadas cuando el autor fuera funcionario o extranjero naturalizado en España respectivamente. La ausencia de un concepto de piratería en el Código penal de 1973 llevó a algunos autores a considerar

(79) CUELLO CALÓN, E.: *Derecho penal*, parte especial, Tomo II, vol. I, Madrid, 1980, p. 11, considera que no está justificada la inclusión de la piratería en este Título, pues no tiende «a destruir o poner en peligro la independencia, la integridad, el poderío, el prestigio, la paz exterior de España y sus buenas relaciones con otros Estados»; GONZÁLEZ RUS, J. J., es partidario de hacerlo «figurar en un Título específico dedicado a los ataques contra la comunidad internacional», en *Manual de Derecho penal (Parte especial)*, (son coautores CARMONA SALGADO, C.; MORILLAS CUEVA, L.; POLAINO NAVARRETE, M.), Madrid, 1994, p. 5.; QUINTANO RIPOLLÉS, A., incluye la piratería entre los delitos de «orden interno con transcendencia internacional», en *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, Tomo I, cit., p.317.

(80) Código Penal 1973, artículo 138: «El delito de piratería cometido contra españoles o súbditos de otra nación que no se halle en guerra contra España, será castigado con la pena de reclusión mayor.

Quando el delito se cometiere contra súbditos no beligerantes de una nación que se halle en guerra con España, será castigado con la pena de presidio mayor». [hay que entender prisión mayor, después de la L.O. 8/1983]

Artículo 139: «Incurrirán en la pena de reclusión mayor en su grado máximo los que cometan los delitos de que trata en el párrafo primero del artículo anterior, y en la pena de reclusión mayor los que cometan los delitos de que habla el párrafo segundo del mismo artículo:

1.º Siempre que hubieren apresado alguna embarcación al abordaje o haciéndola fuego.

2.º Siempre que el delito fuere acompañado de asesinato u homicidio o de alguna de las lesiones designadas en los artículos 418, 419 y 421.

3.º Siempre que fuere acompañado de cualquiera de los atentados contra la honestidad señalados en el capítulo I, título IX, de este libro. [hay que entender que se refiere a los delitos contra la libertad sexual]

4.º Siempre que los piratas hayan dejado alguna persona sin medio de salvarse.

5.º En todo caso, el jefe, capitán o patrón pirata.

Las penas señaladas en este artículo y en el anterior son aplicables a los delitos que se cometieren contra aviones, aeronaves o aparatos similares o utilizando tales medios para la realización de aquéllos.»

(81) CÓRDOBA RODA, J. critica la ubicación de la piratería en un capítulo separado de los «delitos contra el Derecho de Gentes», en *Comentarios al Código penal*, tomo III, Barcelona, 1978, pp. 105 y ss.

(82) RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ: *Derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 672.

que los artículos 138 y 139, por su falta de concreción en el tipo (83), no cumplían el principio de legalidad (84). La Jurisprudencia los clasificó como leyes penales en blanco (85).

El artículo 9 de la derogada Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 22 de diciembre de 1955, daba una definición de la piratería: «Constituyen piratería los actos de depredación y violencia contra las personas realizados en el mar o desde él por individuos de la dotación de un buque que se han colocado fuera de la jurisdicción de todo Estado perteneciente a la comunidad internacional y lo emplean indistintamente contra súbditos de uno u otro país, sin tener comisión alguna legítima de guerra». Obsérvese que no se hacía distinción entre nacionales y súbditos de otros países. El artículo 10 de la misma ley penaba como reos de piratería: «a) Los individuos de la dotación de un buque y personas embarcadas en él, que faciliten a los de otro, el apoderamiento con violencia del primero o el despojo, daño o lesión de las personas que se hallaren a bordo. b) Los que desde el mar o desde tierra ocasionen, con señales falsas o por otros medios dolosos, el naufragio, varada o encallamiento de un buque con el propósito de atentar contra las personas que se hallen a bordo».

La legislación española siempre ha recogido el delito de piratería «como una de las más graves formas de delincuencia contra la propiedad» (86). Así el Código de 1822 lo castigaba como un robo con violencia y como un «delito contra la seguridad exterior del Estado» desde el Código de 1848, que lo incluyó entre los que atentaban contra el derecho de gentes. Inexplicablemente, a partir del Código de 1870 hasta el de 1973 no ha estado incluido en el capítulo de los «Delitos contra el Derecho de gentes» como parece que por sus características debería estar, pues es un delito *iuris gentium* que, según la costumbre del derecho internacional, cualquier Estado puede perseguir y castigar (87) ya que los piratas son considerados *hostes humani*

(83) MARTOS NÚÑEZ, J. A.: *La piratería*, cit., p. 761: «principio de concreción al hecho».

(84) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: *Piratería*, en «Enciclopedia jurídica básica», tomo III, ed. Civitas, 1995, p. 4885; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: *El delito de piratería acompañado de asesinato, homicidio o lesiones (art. 139, párr. 2.º)*, cit., p. 42.

(85) STS 29 marzo 1993 (Ponente Montero Fernández-Cid): «...a la norma en blanco que constituye en su caso el artículo 138 del Código penal, se debe agregar la norma integradora contenida en el artículo 15 del Convenio de Ginebra de 29 de abril de 1958...».

(86) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, p. 495.

(87) PUIG PEÑA, F.: *Derecho penal, parte especial*, III, Madrid, 1969, p. 38; QUINTANO: *Comentarios*, cit., p. 496.

generis. Sin duda el artículo 23.4 LOPG confirma que ésta sería la ubicación correcta.

Antes de la derogación del Código penal de 1973, con el sistema de legislación penal común y especial, estando la piratería aérea penada en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964, quedaban cubiertos todos los casos de piratería, tanto marítima como aérea. Desde la entrada en vigor del Código penal de 1995 ha desaparecido la regulación de la piratería marítima.

V. LEGISLACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA APLICABLE A LOS DELITOS DE PIRATERÍA

Reconoce la existencia de actos de piratería el artículo 23.4. LOPJ cuando dice: «Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: ... c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves». Este artículo que permite excepcionalmente, en virtud del principio de la comunidad de intereses o de justicia universal, la aplicación de la ley española a determinados hechos cometidos fuera del territorio nacional, reconoce la piratería como uno de éstos, sin especificar si se trata de piratería marítima o aérea, por lo que deberemos tener en cuenta las dos. No es así en cuanto al apoderamiento ilícito del que sólo menciona el de aeronaves.

La Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea (88) recoge la piratería, aunque sin darle esta denominación, en su artículo 39. El artículo 40.2.º impone la misma pena que a los piratas, a los que se apoderen o intenten apoderarse de una aeronave o atenten o intenten atentar contra las personas y cosas que se encuentren a bordo, cuando «provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave».

Por otra parte, el artículo 96 de la Constitución española dice: «1. Los tratados válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus

(88) FOLCHI, M.: *Los delitos aeronáuticos*, Buenos Aires, 1970, p. 96: «hay una decisiva tendencia en la legislación comparada a reconocer la especialidad de los delitos aeronáuticos, así como a incorporarlos en las leyes específicas y no en los códigos penales.»

disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». Por tanto formarán parte de nuestro ordenamiento interno, en lo que se refiere a la navegación marítima y aérea, los tratados internacionales que España ha ratificado: *Convención sobre la alta mar* (Ginebra, 29-4-1958), *Convenio sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves* (Tokyo, 14-9-1963), *Convenio sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves* (La Haya, 16-12-1970), *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la Seguridad de la aviación civil* (Montreal, 23-9-1971) y su protocolo complementario de 24-2-1988 sobre *Represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación internacional*, y *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima* (Roma, 10-3-1988) (89). En la medida en que la ratificación de estos Convenios implica para el Estado aceptar que deben aplicarse penas a determinadas actuaciones, cuando éstas no se encuentren previamente castigadas en la legislación penal interna habrá que crear las nuevas figuras delictivas, cumpliendo con el principio de legalidad que rige nuestro Derecho penal, para que su represión sea efectiva (90). El artículo 1.5 del Código civil (91) admite que las normas contenidas en los tratados internacionales publicados en el *Boletín Oficial del Estado* sean de aplicación directa, pero del artículo 25.1 de la Constitución (92) hay que deducir que esta mera publicación no es suficiente para crear delitos o faltas, que, por otra parte, quedarían sin sanción pues los tratados internacionales se limitan a definir la conducta que debe ser objeto de sanción sin adjudicar una pena determinada.

(89) El 10 de diciembre de 1982 España firmó el Acta final de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, celebrada en Montego Bay (Jamaica), que entró en vigor el 16 de noviembre de 1994. España aún no ha ratificado su adhesión.

(90) RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ: *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 260; CERESO MIR, J.: *Curso de Derecho penal español. Parte general I*, Madrid, 1996, p. 151.

(91) Código civil, artículo 1.5: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el "Boletín Oficial del Estado"».

(92) Constitución, artículo 25.1: «Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en el momento».

VI. ESTUDIO DEL DELITO DE PIRATERÍA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA VIGENTE

La primera discusión que surge en cuanto a la penalización de la piratería es si los Estados tienen la obligación de combatirla mediante sanciones penales o sólo pueden hacer uso de una facultad no obligatoria de reprimirla (93). De los artículos 14 (94) y 19 (95) de la *Convención de Ginebra* hay que deducir que los Estados tienen la obligación jurídica de reprimir estos actos con sanciones penales. El artículo 19 dice: «...Los Tribunales del Estado que haya efectuado la presa podrán decidir las penas que deban imponerse...».

1. La detención y jurisdicción

La *Convención de Ginebra* en su artículo 22 sólo prevé el derecho de los buques de guerra para realizar el registro y la investigación en el caso de piratería marítima (96), sin embargo la *Convención de Montego Bay* en su artículo 110 dice que las mismas «disposiciones se aplicarán, *mutatis mutandis*, a las aeronaves militares» y «cualesquiera otros buques o aeronaves debidamente autorizados, que lleven signos claros y sean identificables como buques o aeronaves al servicio de un gobierno».

El artículo 19 (97) de la *Convención de Ginebra* dice que «todo Estado puede apresarse en alta mar o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, a un buque o aeronave pirata,

(93) Ver GARCÍA ARIAS: *Ob. cit.*, pp. 361 y s.

(94) Convención de Ginebra, artículo 14: «Todos los Estados deberán cooperar en toda la medida de lo posible a la represión de la piratería en alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado.»

(95) Convención de Ginebra, artículo 19: «Todo Estado puede apresarse en alta mar o en cualquier otro lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, a un buque o a una aeronave pirata, o a un buque capturado a consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo de dicho buque o aeronave. Los Tribunales del Estado que haya efectuado la presa podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que haya que tomar respecto de los buques, las aeronaves y los bienes, dejando a salvo los intereses legítimos de terceros de buena fe.»

(96) Convención de Ginebra, artículo 22: «Salvo cuando los actos de injerencia se ejecuten en virtud de facultades concedidas por tratados, un buque de guerra que encuentre un buque mercante extranjero en alta mar no tiene derecho a efectuar en él ningún registro, a menos que haya motivo fundado para creer: a) Que dicho buque se dedica a la piratería ...

(97) Convención de Montego Bay, artículo 105.

o a un buque capturado a consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo de dicho buque o aeronave». En lugares en los que ningún Estado ejerza su jurisdicción, cualquier estado puede detener a los piratas y a sus presas e incautarse su botín, aunque salvaguardando los derechos de terceros de buena fe.

El Estado no puede realizar la detención si no es con buques o aeronaves estatales. El artículo 21 (98) de la Convención de Ginebra sólo autoriza a «los buques de guerra y las aeronaves militares u otros buques o aeronaves al servicio de un Gobierno autorizados a tal fin» para llevar a cabo capturas por causa de piratería. De aquí se deduce que los buques y las aeronaves privados no podrán capturar lícitamente a los piratas.

El artículo 19 de la Convención de Ginebra atribuye la jurisdicción sobre los piratas al Estado que los capture: «Los Tribunales del Estado que haya efectuado la presa podrán decidir las penas que hayan de imponerse y las medidas que haya que tomar respecto de los buques, las aeronaves y los bienes, dejando a salvo los intereses legítimos de terceros de buena fe». El reconocimiento de la jurisdicción del Estado que capture se recoge en el título «De la extensión y límites de la jurisdicción» de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, en el referido artículo 23.4. que declara competente a la jurisdicción española para el caso en que se capture un pirata.

2. Concepto de piratería

En la legislación española actual la piratería sólo está penada en la *Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea* (en adelante LPPNA). Esta ley, siguiendo una nueva tendencia de la doctrina internacional sobre la especialidad de los delitos aéreos (99), recoge en los artículos 39 y 40, en el capítulo se los «Delitos contra el derecho de gentes», unos tipos que tradicionalmente se han considerado como piratería aérea (100), aunque sin dar la definición de la piratería.

(98) Convención de Montego Bay, artículo 107.

(99) Vid. FOLCHI, M. O.: *Los delitos aeronáuticos*, Buenos Aires, 1970, pp. 31 y ss., en las que se hace eco de las propuestas hechas en el VII Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Atenas en 1957, que entre otros temas trató de «Las infracciones cometidas a bordo de las aeronaves y sus consecuencias». Se constata por los congresistas la existencia de delitos específicamente aeronáuticos que necesitan de una legislación especial.

(100) CUELLO CALÓN: *Ob. cit.*, p. 39, nota 1; GONZÁLEZ RUS: *Ob. cit.*, pp. 55 y ss.; JIMÉNEZ DÍAZ, M. J.: *El delito de piratería acompañado de asesinato, homici-*

Artículo 39 LPPNA (101): «El que se apodere con violencia o intimidación de una aeronave, de personas o cosas que se hallen a bordo, en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado, será castigado con la pena de reclusión mayor.

La pena de reclusión mayor podrá imponerse en su grado máximo:

1.º Si el medio violento empleado para la aprehensión de la aeronave la pone en peligro de siniestro (102).

2.º Si el delito fuese acompañado de homicidio, lesiones graves, violación o abusos deshonestos.

3.º Si se hubiere dejado a alguna persona sin medios para salvarse.»

Artículo 40 LPPNA: «Serán castigados con las mismas penas señaladas en el artículo anterior, según los casos:

1.º Los que con violencia o intimidación ... faciliten a otros su apoderamiento [el de la aeronave en que vuelen].

2.º Los que desde el aire, tierra o mar, y por cualquier medio, provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave, con el propósito de apoderarse de ella o de intentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo.»

Para estudiar la legislación española sobre la piratería lo primero que hay que hacer es poner en claro qué se ha de entender por dicho término. Ya vimos que las definiciones que nos ofrecen los diccionarios no son suficientes para determinar el concepto jurídico penal, que es el que nos interesa en este caso. La búsqueda de la definición en los Tratados internacionales puede ser de gran ayuda, así como la consulta de los especialistas en Derecho internacional público.

No hay unanimidad sobre el concepto de piratería (103). Algunos autores diferencian la piratería *iuris gentium* (104), regulada en las

dio o lesiones (art. 139, párr. 2.º), en Comentarios a la legislación penal, Madrid, 1992, p. 43; MARTOS NÚÑEZ, J.: Piratería, cit., 1989, p. 759; MUÑOZ CONDE, F.: Derecho penal. Parte especial, Valencia, 1995, p. 640; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ: Derecho penal español. Parte especial, Madrid, 1995, p.671.

(101) Este artículo no solo protege a las personas y las cosas sino también la misma aeronave, recogiendo así una de las propuestas del VII Congreso Internacional de Derecho penal, ver FOLCHI: *Ob. cit.*, p. 46.

(102) Ver artículo 1 del Convenio de Montreal de 23 de septiembre de 1971, sobre Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación.

(103) RONZITI, N.: *Piratería, cit.*, p. 912.

(104) SMITH/HOGAN: *Ob. cit.*, p. 766: los tribunales ingleses han ejercido tradicionalmente su jurisdicción sobre personas que han cometido piratería tal como viene definida por la ley internacional.

normas consuetudinarias y convencionales que protegen a la Comunidad internacional, del concepto recogido en el Derecho nacional de cada Estado para protección del mismo (105).

Desde que se derogó la *Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante* (LPDMM) (106) en 1992, para concretar qué ha de entenderse por piratería debemos tener en cuenta la definición que de este delito se da en la *Convención de Ginebra*, que según el artículo 96.1 de la Constitución de 1978 forma parte de nuestro ordenamiento interno. Esta Convención lo único que hace es recoger la «piratería» según el Derecho internacional consuetudinario. Su artículo 15 (107) dice: «Constituyen actos de piratería los enumerados a continuación:

1) Todo acto ilegal de violencia, de detención o de depredación cometido con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada, y dirigido:

a) Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos.

b) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes situados en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

2) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o aeronave, cuando el que lo cometa tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata.

3) Toda acción que tenga por objeto incitar o ayudar intencionalmente a cometer los actos definidos en los párrafos 1 y 2 de este artículo.»

Este concepto de piratería difiere del artículo 245 del Código Penal de 1928 en el que el tipo era más amplio en cuanto al lugar de comisión pues admitía la piratería en aguas territoriales, pero sin embargo coincide con el artículo 9 de la derogada LPDMM que restringía el lugar de la acción al que se hallara «fuera de la jurisdicción de todo Estado perteneciente a la comunidad internacional».

(105) CUELLO CALÓN: *Ob. cit.*, p. 37 nota 3; MUÑOZ CONDE, F.: *Ob. cit.*, p. 637; RONZITTI: *Ob. cit.*, p. 914.

(106) LPDMM, artículos 9 a 11.

(107) El mismo concepto de piratería está recogido en el artículo 101 de la Convención de Montego Bay.

Según el artículo 15 (108) de la *Convención de Ginebra*, la piratería consiste en (109):

- realizar actos ilícitos de violencia (110), de detención o de depredación,
- cometidos con un propósito personal,
- por la tripulación o los pasajeros de un buque o de una aeronave privados,
- contra otro buque o aeronave o contra personas o bienes que se encuentren a bordo de ellos,
- en alta mar o en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

(108) El Convenio de Roma, de 10 de marzo de 1988, sobre Represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, ratificado el 15 de junio de 1989 (*Boletín Oficial del Estado* de 24 de abril de 1992), recoge en su artículo 3 un delito con las mismas características que la piratería, pero el artículo 4 puntualiza que este Convenio sólo se aplicará «si el buque está navegando, o su plan de navegación prevé navegar, hacia aguas situadas más allá del límite exterior del mar territorial...». Por tanto este delito no podrá ser calificado de piratería al no producirse en alta mar.

(109) GARCÍA ARIAS: *Ob. cit.*, p. 317 y ss., añade «que implique un peligro para otros buques o comprometa la seguridad de la navegación general» y que debe realizarse en tiempo de paz.

(110) Estos actos de violencia aparecen desarrollados en el artículo 1.1 del Convenio de Montréal: «Comete delito toda persona que ilícita e intencionalmente: a) realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave [la persona que garantiza la seguridad de la aeronave es el comandante de la misma]; b) destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; c) coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave en vuelo; d) destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de una aeronave en vuelo; e) comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo»; y el artículo 3.1 del Convenio de Roma: «Comete delito toda persona que ilícita o intencionalmente: a) Se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación; o b) Realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque [sólo puede referirse a las personas que están cualificadas para dirigir la navegación del buque y en el caso de que no se encuentre en el buque nadie que le pueda reemplazar en su tarea]; o c) Destruya un buque o cause daños a un buque o a su carga que puedan poner en peligro la navegación segura de ese buque; o d) Coloque o haga colocar en un buque, por cualquier medio, un artefacto o sustancia que pueda destruir el buque, o causar daños al buque o a su carga que pongan o puedan poner en peligro la navegación segura de un buque; o e) Destruya o cause daños importantes en las instalaciones y servicios de navegación marítima o entorpezca gravemente su funcionamiento, si cualquiera de tales actos puede poner en peligro

HIJAS PALACIOS (111) da una idea general, basada en la legislación especial española, sobre las actividades que los tribunales deben considerar como piratería:

«Sobre barcos: 1.º Falta de patente legítima del barco. 2.º Barco o tripulación armados. 3.º Dedicarse a robos o violencias a las personas. 4.º No tener comisión legítima de guerra. 5.º Provocar naufragio, varada, o encallamiento del buque con el propósito de despojo, daño o lesión de las personas a bordo.

Sobre aviones o aeronaves: 1.º Apoderamiento de la nave, sin posibilidad de protección estatal. 2.º Poner las aeronaves en peligro de siniestro. 3.º Abandono de personas de la nave, sin medio de salvarse. 4.º Provocar caída, incendio o pérdida de la nave. 5.º Obligar a la tripulación al aterrizaje. 6.º Depredación a las víctimas de cualquier objeto, prendas o efectos de su propiedad.»

Hay que tener en cuenta que este magistrado basó su orientación en una legislación que hoy está derogada, por lo que algunos de estos casos actualmente no podrían ser juzgados como piratería.

Se asimilan a la piratería actividades o que no lo son en si mismas pero que contribuyen a la inseguridad en el tránsito de zonas no sometidas a la jurisdicción de algún Estado, o que no cumplen todos los requisitos de la piratería *iuris gentium* pero que la legislación interna castiga con las mismas penas que ésta.

La *Convención de Ginebra* en su artículo 15.2) (112) recoge como acto de piratería: «Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo cometa tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata (113)». No es necesario que el sujeto cometa materialmente los actos de piratería descritos en el artículo 15.1),

la navegación segura del buque; o f) Difunda información a sabiendas de que es falsa, poniendo así en peligro la navegación segura del buque; o g) Lesione o mate a cualquier persona, en relación con la comisión o la tentativa de comisión de cualquiera de los delitos enunciados en los apartados a) a f).»

(111) HIJAS PALACIOS, J.: *Reflexiones jurisprudenciales sobre el Código penal. Libro II (VIII)*, en *Actualidad Penal*, tomo 2, 1991, p. 381. Lo que dice sobre la piratería marítima se basa en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante que ha sido derogado.

(112) Convención de Montego Bay, artículo 101 b).

(113) Convención de Ginebra, artículo 17: «Se consideran buques y aeronaves piratas los destinados, por las personas bajo cuyo mando efectivo se encuentran, a cometer cualquiera de los actos previstos en el artículo 15. Se consideran también piratas los buques y aeronaves que hayan servido para cometer dichos actos mientras se encuentren bajo el mando efectivo de las personas culpables de esos actos.». Encontramos el mismo concepto en el artículo 103 de la Convención de Montego Bay.

basta utilizar o participar voluntariamente en la utilización de un buque o aeronave de los que tenga conocimiento que han cometido con anterioridad hechos de piratería. Así mismo el artículo 15.3 considera acto de piratería el incitar o ayudar a realizar la conducta descrita en los apartados 1 y 2.

El artículo 16 de la *Convención de Ginebra* (114) dice: «Se asimilan a los actos cometidos por un buque privado los actos de piratería definidos en el artículo 15, perpetrados por un buque de guerra o un buque de Estado o una aeronave del Estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del buque o de la aeronave». Se considera que el buque de guerra o del Estado o la aeronave del Estado, cuya tripulación se ha sublevado contra el mando, ya no recibe órdenes del Gobierno al que pertenece por lo que deja de estar bajo la protección del Estado de bandera y pierde su inmunidad cuando realiza actos de piratería que se suponen en beneficio propio.

También el artículo 17 de la *Convención de Ginebra* (115) considera «buques y aeronaves piratas los destinados, por las personas bajo cuyo mando efectivo se encuentran, a cometer cualquiera de los actos previstos por el artículo 15. Se consideran también piratas los buques y aeronaves que hayan servido para cometer dichos actos mientras se encuentren bajo el mando efectivo de las personas culpables de esos actos». Entiendo que la tripulación y otras personas que se encuentren a bordo ignorando el destino que se va a dar al buque o aeronave no podrán ser inculpados como piratas. Hasta que no participen voluntariamente (116) en la realización de actos de piratería sólo serán responsables las personas que ejerzan el mando y los que conozcan las intenciones de las mismas. Lo mismo ocurre con las personas que se embarquen en un buque o aeronave ignorando que hayan servido para actos de piratería. Esta definición puede ser útil solamente a los efectos del derecho de visita y de la captura legal del buque o aeronave.

Encontramos este mismo concepto, con ciertas restricciones, en nuestra legislación. En la LPPNA el artículo 39, aunque no emplee la palabra «piratería», describe un tipo que coincide con las características esenciales del concepto de piratería de la *Convención de Ginebra*. El artículo 40, a pesar de no especificar las circunstancias de lugar y tiempo, parece una continuación del anterior y dadas las conductas que describe se puede considerar que también regula la piratería

(114) Recogido en los mismos términos en el artículo 102 de la Convención de Montego Bay.

(115) Reproducido en el artículo 103 de la Convención de Montego Bay.

(116) HIJAS PALACIOS, J.: *Ob. cit.*, p. 381.

cuando los hechos se produzcan en un lugar fuera de la jurisdicción de cualquier Estado. La *Convención de Ginebra* incluye en los actos de piratería: cualquier acto ilegal de violencia, de detención o de depredación realizado tanto contra el buque o la aeronave como contra las personas a bordo de ellos. La ley española es más restrictiva que la Convención pues sólo contempla el apoderamiento con violencia o intimidación de la aeronave, de las personas y de las cosas que se encuentren a bordo, el facilitamiento del apoderamiento y la provocación de la caída, pérdida, incendio aterrizaje o amaraje con el propósito de apoderamiento. Todos los casos giran en torno al apoderamiento, de tal modo que cualquier otro fin salvo el que se menciona en el artículo 40.2.º, atentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo, no entraría en este concepto de piratería.

Los artículos 71 y 74.2.º CPM no contienen tipos del delito de piratería. Para demostrarlo procederé a un somero estudio. En el título sobre «Delitos contra las Leyes y usos de la guerra», nuestro Código penal militar (CPM) en su artículo 71 castiga al «militar que, violando las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España relativos a la navegación en tiempos de guerra, destruyere innecesariamente un buque no beligerante, enemigo o neutral, sin dar tiempo suficiente para poner a salvo la tripulación y pasaje». Al exigir el tipo que se incumplan Convenios internacionales sobre la navegación en tiempo de guerra, cabría la duda de la asimilación de la *Convención de Ginebra* como un convenio de tal clase. España sólo ha ratificado algún Convenio relativo a la navegación de buques no beligerantes en tiempos de guerra, así en el caso de buques mercantes enemigos sorprendidos por la declaración de guerra en el mar (117) o respecto de los buques hospitales (118) o sobre restricciones al ejercicio del derecho de captura mientras duren las hostilidades (119), por lo que algún autor (120) consi-

(117) Convenio sobre Régimen de los buques mercantes enemigos al empezar las hostilidades (concluido en La Haya el 16 de octubre de 1907 y ratificado por España el 18 de marzo de 1913), artículo 3: «Los buques mercantes enemigos que hayan salido de su último puerto de partida antes de empezar la guerra y que sean encontrados en el mar ignorando las hostilidades, no podrán ser confiscados. Solamente podrán ser embargados, mediante la obligación de restituirlos después de la guerra, sin indemnización, o requisionados y aún destruidos, mediante indemnización y con la obligación de proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de los papeles de a bordo.

Después de haber tocado en un puerto de su país o en un puerto neutral estos buques quedarán sometidos a la leyes y costumbres de la guerra marítima.»

(118) Convenio de La Haya de 18 de octubre 1907.

(119) Convenio de La Haya de 18 octubre 1907.

(120) FERNÁNDEZ FLORES, J. L.: *Delitos contra las leyes y usos de la guerra*, en *Comentarios al Código Penal Militar* (coordinados por Bleuca Fraga, R. y Rodríguez-Villasante y Prieto, J. L.), Madrid, 1988, p. 827.

dera que este artículo es de imposible aplicación. Sólo se hace referencia a los buques y se dejan impunes las conductas dirigidas contra las aeronaves. Por buque no beligerante hay que entender que se trata no sólo de buques mercantes sino que también están incluidas las embarcaciones de recreo y las dedicadas a la pesca en cuanto a los buques enemigos y además pueden ser buques de guerra cuando se trata de neutrales. Estamos ante un acto ilegal de violencia contra los buques no beligerantes y las personas en ellos embarcadas que se suponen también no beligerantes (121). Este artículo protege la vida y la integridad física de las personas embarcadas en buques no beligerantes. La referencia a la destrucción innecesaria debe interpretarse como «destrucción ilegítima», es decir contra las normas que regulan el derecho de presa (122). «Innecesariamente» también tiene el sentido de una destrucción que no aporta ningún beneficio al Estado del buque atacante y que por lo tanto esta destrucción sólo vendría causada por motivos personales. Sin embargo, al no especificar que deba producirse en lugar que no se halle sometido a la jurisdicción de ningún Estado, falta uno de los requisitos de la piratería, por lo que sólo en caso de producirse en alta mar podríamos estar ante un delito de tal clase.

El artículo 74.2.º CPM recoge la figura del militar que «capturare o destruyere buque mercante o aeronave comercial, con infracción de las normas sobre el derecho de presa». Este artículo ha restringido los sujetos pasivos a los buques mercantes y a las aeronaves comerciales, por lo que la captura o destrucción de cualquier otro buque o aeronave en caso de incumplimiento de las normas sobre el derecho de presa, quedarán impunes, salvo que se califiquen como piratería *iuris gentium* cuando se cumplan los requisitos de ésta.

Opino que los supuestos recogidos en los artículos 71 y 74.2.º C.P.M. (123) sólo pueden considerarse en alguna circunstancia como delitos de piratería por analogía. Aunque se dan unos tipos similares a la piratería, en ambos casos el sujeto activo es un militar que actúa desde un buque o una aeronave de guerra quedando fuera de la *Convención de Ginebra*, salvo que sea un militar amotinado que se haya apoderado del buque o aeronave (124). En el artículo 71, el militar

(121) FERNÁNDEZ DOTU, P. J.: *El derecho de presa en la guerra marítima*, en *Comentarios al Código Penal Militar*, cit., p. 857.

(122) Convenio sobre Restricciones al ejercicio del derecho de captura, concluido en La Haya el 18 de octubre de 1907 y ratificado por España el 18 de marzo de 1913.

(123) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en la *Enciclopedia jurídica básica*, tomo III, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 4885, considera que «Las conductas de piratería pueden asimismo encajar en los supuestos descritos en los artículos 71, 73, 74.2.º, 76, ciertos números del artículo 77, y 78 CPM.»

(124) Convención de Ginebra, artículo 16.

debe violar los Convenios internacionales relativos a la protección de la navegación y de las vidas y la integridad física de las tripulaciones de los buques no beligerantes en tiempo de guerra (125); en el artículo 74.2.º, el militar debe infringir el derecho de presa (126), entiendo que también en tiempo de guerra puesto que estos artículos se encuentran en el título de los «delitos contra las leyes y usos de la guerra». Estos artículos hacen referencia a actividades diferentes de las consignadas en la definición de la piratería de la *Convención de Ginebra* de 1958 y sobre todo no hay ninguna referencia al lugar de los hechos, por lo que cabría alguna remota esperanza de encuadrarlas en el tipo de la piratería sólo en el caso de que ocurrieran en la alta mar o en el espacio aéreo sobre ésta y que fueran realizadas con buques de guerra que hubieran perdido tal condición por estar en poder de la tripulación amotinada.

3. El bien jurídico protegido

El delito de piratería participa de las características del atentado contra la autoridad (127), representada por el Comandante de la aeronave (128), de las lesiones de bienes personales y contra la propiedad, así como de la protección del Derecho internacional.

Según la ubicación sistemática en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, entre los delitos contra el derecho de gentes, hay que entender que se quiere proteger la paz de la Comunidad interna-

(125) Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 sobre Restricciones al ejercicio del derecho de captura, ratificado el 18 de marzo de 1913 (G. 28 junio 1913); Convenio de La Haya de 18 de octubre de 1907 sobre Bombardeo por fuerzas navales en tiempo de guerra, ratificado el 24 de febrero de 1913 (G. 26 junio 1913); Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949. Para mejorar la suerte de heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, ratificado el 4 de julio de 1952 (*Boletín Oficial del Estado* de 24 de agosto de 1952).

(126) FERNÁNDEZ DOTU, P. J.: *El derecho de presa en la guerra marítima*. (Artículos 71 y 74,2), en *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinados por Ramón Bleuca Fraga y José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, Madrid, 1988, pp. 847 y ss; FERNÁNDEZ FLORES: en los mismos *Comentarios*, p. 832.

(127) RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *Compendio de Derecho penal (parte especial)*, Madrid, 1987, pp. 78 y ss.

(128) Artículo 60 (Ley de la Navegación Aérea): «El Comandante tendrá la condición de autoridad en el ejercicio de su mando y será responsable de la aeronave y su tripulación, de los viajeros y equipajes de la carga y del correo desde que se haga cargo de aquélla para emprender el vuelo, aunque no asuma el pilotaje material.

Cesará esta responsabilidad cuando, finalizado el vuelo, haga entrega de la aeronave, pasajeros, correo y carga a cualquier autoridad competente o al representante de la Empresa.»

cional (129). Sin embargo existen otros bienes jurídicos que están simultáneamente protegidos en esta figura: la lesión y puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales de las personas físicas y de la Comunidad internacional (130).

Los bienes jurídicos que protege el artículo 39 LPPNA son: la vida, la integridad corporal, la propiedad, la libertad de las personas, la seguridad y la libertad del tráfico aéreo (131) y la paz internacional. El artículo 40 LPPNA, con la expresión «atentar contra las personas», protege además la integridad moral y la libertad sexual de éstas.

4. Clases de piratería

Una clasificación universal nos llevaría a distinguir entre la piratería marítima, que algunos autores consideran como la única genuina (132), y la piratería aérea (133). Sin embargo, en la legislación penal actual sólo está reconocida la piratería aérea.

Existe una controversia sobre la aplicación del término «piratería» a delitos aéreos (134) dada la dificultad que tiene este tipo para cometerse en el espacio aéreo, sin embargo de forma teórica podría darse el caso (135). Los Convenios de Tokio, de La Haya y de Montreal no dan una definición del delito internacional de piratería aérea por lo que se produce una situación de incertidumbre frente a ciertas conductas (136). Esta incertidumbre podría llegar hasta la impunidad del que las comete

(129) RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ: *Ob. cit.*, p. 613.

(130) SCHIAFFINO: *Ob. cit.*, p. 502.

(131) Recogidas expresamente en el artículo 2 de la Convención sobre la alta mar de 1958.

(132) Ver ROUSSEAU, *Traité de Droit international public*, cit., p. 83.

(133) Una parte de la doctrina rechaza la denominación de «piratería aérea» prefiriendo la de «apoderamiento ilícito de aeronaves» cuando no va acompañado del resto de los elementos objetivos que definen el tipo, aunque hay legislaciones, como las de U.S.A. y Gran Bretaña, que utilizan la «piratería aérea» para los dos casos. Considero que son delitos diferentes como así parece reconocerlo el artículo 23.4.c) LOPJ que hace referencia a las dos figuras. Ver MAPELLI, E.: *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, Madrid, 1973, pp. 22 y ss; SAINZ CANTERO, J. A.: *Aspectos criminológicos y jurídicos del secuestro de aeronaves*, en *Ciclo de conferencias sobre cuestiones jurídicas de actualidad*, Murcia, 1971, p. 56 nota 1; LATAGLIATA, A. R.: *La piratería aérea* (trad. Ortega Álvarez-Santullano). Conferencia en el Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, p. 5.

(134) GLASER, S.: *Droit international pénal conventionnel*, cit., p. 152.

(135) BASSIOUNI, M. C.: *A treatise on International Criminal Law*, cit., p. 458: «there is nothing inherent in the term which restricts the notion to the sea; it is equally applicable in the skies.»

(136) VANGEENBERGEN, Fr.: *Le Conseil de l'Europe et la piraterie aérienne*, en *Revue de Droit pénal et Criminologie*, cit., p. 288 y ss.

si no están recogidas con la adecuada precisión en las legislaciones nacionales. No hay que confundir el apoderamiento ilícito de aeronave, que se produce desde el interior del aparato mismo, con la piratería aérea en la que la agresión procede del exterior de la aeronave.

El tipo básico se encuentra en el párrafo primero del artículo 39 LPPNA, que no especifica nada en cuanto al sujeto activo, dice «el que», si exige que las personas y cosas objeto del apoderamiento se hallen a bordo de la aeronave y que ésta se encuentre fuera de la jurisdicción de cualquier Estado.

Aunque la redacción del artículo 40 LPPNA es confusa en cuanto a la aplicación de las penas del artículo anterior, por lógica hay que deducir que se aplicará la pena de reclusión mayor a «los que faciliten a otros» el apoderamiento de la nave en que viajen (art. 40.1.º LPPNA), por lo que sería también un tipo básico si no se da ninguna de las circunstancias agravantes de los artículos 39 y 40.2.º LPPNA.

El artículo 39 LPPNA eleva la pena hasta reclusión mayor en su grado máximo cuando en el apoderamiento de la aeronave, de las personas o de las cosas que se encuentren a bordo concurren las circunstancias siguientes: «1.º Si el medio violento empleado para la aprehensión de la aeronave la pone en peligro de siniestro. 2.º Si el delito fuese acompañado de homicidio, lesiones graves, violación o abusos deshonestos. 3.º Si se hubiere dejado a alguna persona sin medios para salvarse».

A pesar de la falta de claridad del artículo 40 LPPNA cuando dice: «Serán castigados con las mismas penas señaladas en el artículo anterior, según los casos», y el artículo anterior tiene dos penas, habrá que considerar también como un tipo agravado el del artículo 40, 2.º LPPNA: «Los que desde el aire, tierra o mar, y por cualquier medio, provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave con el propósito de apoderarse de ella o de atentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo». En los primeros casos se materializa el riesgo del artículo 39.1.º LPPNA; el peligro de siniestro se transforma en «caída, pérdida o incendio de la aeronave». Sería absurdo castigar menos la realización de un daño que el peligro de que se produzca ese daño. En este caso el apoderamiento de la aeronave o el atentado contra las personas o las cosas pasan a un segundo término, pues el artículo dice «con el propósito de apoderarse de ella o de atentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo». En los casos de aterrizaje o amaraje forzados no es ineludible la producción de un daño suplementario, pero en la manobra hay un «peligro de siniestro».

El número 3.º del artículo 39 LPPNA castiga el no proporcionar o impedir que se procuren los medios necesarios para que las personas que sufren el atentado puedan ponerse a salvo, independientemente de que se salven o no, pues nada dice del resultado que pueda producir esa falta de medios. Por tanto este delito podrá entrar en concurso con las posibles lesiones o pérdida de la vida que sufran las víctimas (137).

5. La acción

Del artículo 15 de la *Convención de Ginebra* podemos deducir los requisitos generales y simultáneos necesarios para que los hechos puedan calificarse de piratería (138):

- Un acto ilegal de violencia, de detención, de depredación o de intimidación,
- cometido con un propósito personal,
- cometido por la tripulación o los pasajeros de un buque o una aeronave privados,
- cometido contra otro buque o aeronave (que pueden ser privados o de Estado), o contra las personas o bienes que se encuentren a bordo,
- Este acto debe tener lugar en alta mar o en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

a) *Acto ilegal de violencia, de detención, de depredación o de intimidación*

Si la ilegalidad del acto debe ser valorada según un determinado sistema de derecho interno (139), puesto que no puede serlo según el Derecho internacional, se corre el riesgo de dejar en la impunidad algunos actos que cumplen el resto de los requisitos y que no podrían ser calificados de piratería. Por tanto hay que considerar que el término «ilegal» es una redundancia que nada aporta a la definición, salvo que se considere que de esta manera se quiere dejar fuera los actos en los que no interviene el dolo directo (140). El acto debe ser objetivamente ilícito y no amparado en una causa de justificación.

(137) HIJAS PALACIOS: *Ob. cit.*, p. 383.

(138) GARCÍA ARIAS, L.: *La piratería como delito del Derecho de Gentes*, en *Estudios de historia y doctrina del Derecho internacional*, Madrid, 1964, pp. 317 y ss.; MARTOS NÚÑEZ: *Ob. cit.*, p.762 y ss.

(139) BASSIOUNI: *A treatise...*, cit., p. 481.

(140) RONZITTI: *Ob. cit.*, p. 915.

No es necesario que se produzcan a la vez actos de violencia, de detención, de depredación o de intimidación, una de estas cuatro posibilidades es suficiente. Los artículos 39 y 40.1.º LPPNA sólo hacen referencia al apoderamiento con violencia o intimidación, por tanto no están incluidas en la violencia, la simple detención ni la intimidación cuando no van específicamente dirigidas a conseguir el apoderamiento. El núcleo de la acción es el apoderamiento con violencia o intimidación de la aeronave, las personas o las cosas que se encuentren a bordo. Por tanto cualquier apoderamiento que no implique el uso de la violencia o de la intimidación no estará incluido en estos tipos. No ocurre lo mismo en el artículo 40.2.º en el que además del apoderamiento se admite el atentado contra las personas o cosas que se encuentren a bordo empleando cualquier medio, incluidos los medios engañosos que no suponen violencia. Aquí cabría plantearse si el mero hecho de atentar contra alguien ya supone en sí un acto de violencia o si ésta no debe ser estimada cuando los medios empleados no suponen el uso directo de la violencia. En el primer caso, con la apreciación de la violencia, los hechos podrían constituir piratería, no así en el segundo caso por no cumplirse uno de los requisitos de su tipificación.

La violencia dirigida contra las personas puede ser tanto física como psíquica, incluso hay autores que consideran suficiente la amenaza de violencia física (141) pues ya es una violencia psíquica. La detención ilícita y la intimidación pueden ser consideradas también como medios de violencia psíquica. Se puede ejercer la violencia sobre cualquier persona que se encuentre a bordo o sobre un tercero o cosas que se encuentren fuera de la aeronave, siempre que esa violencia o intimidación sea suficiente para conseguir un potencial apoderamiento (142). La depredación es la violencia ejercida sobre los bienes objeto de robo o destrucción, por tanto sólo pueden referirse a la nave o aeronave y a las cosas que se hallen a bordo.

El artículo 39 LPPNA exige el «apoderamiento con violencia o intimidación» tanto de la aeronave como de las personas o cosas que se encuentren a bordo. Sin embargo el artículo 40.2.º LPPNA no exige el apoderamiento efectivo de la aeronave o el atentar contra las personas o cosas a bordo, basta con provocar «la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave», lo que supone, al menos, inferir unos daños al aparato y a las personas y cosas que se encuentren en

(141) OPPENHEIM, L.: *Ob. cit.*, p. 345; ROUSSEAU: *Ob. cit.*, p. 332. Considera que la violencia debe ser real y no una simple amenaza: SCHIAFFINO: *Ob. cit.*, p. 503.

(142) TAPIA SALINAS: *Ob. cit.*, p. 516.

su interior, lo que equivale a ejercer violencia sobre las personas y las cosas, ya sea con la finalidad de apoderarse de la aeronave o de atacar contra las personas y cosas que estén a bordo.

En el artículo 40.2.º se equipara «el propósito de apoderarse» de la aeronave con el apoderamiento efectivo. El «propósito de apoderarse» no supone llegar a entrar efectivamente en la posesión, y el «propósito de atacar contra las personas o las cosas que se encuentren a bordo» tampoco requiere que ese atentado llegue realmente a producirse, por tanto lo que se pena en este artículo no es sólo el apoderamiento sino también la destrucción y la intimidación que suponen actos violentos.

La exigencia del empleo de violencia o intimidación en el apoderamiento descarta la comisión culposa. En los artículos 39 y 40 LPPNA el dolo debe abarcar el propósito de apoderarse de la aeronave o las personas y cosas que se encuentren a bordo y además en el artículo 40.2.º el propósito de atacar contra las personas y cosas aunque no haya una finalidad de apoderamiento.

b) *Acto cometido con un propósito personal*

Aunque los artículos 39 y 40.2.º LPPNA no exigen que los hechos ilícitos tengan un propósito personal, si se quiere castigar como piratería, éste deberá ser un requisito que no puede faltar, pues lo mismo que el lugar de comisión es un elemento esencial del tipo.

Los actos de violencia deben ser cometidos con una finalidad de beneficio privado. En un principio el propósito personal fue entendido como un afán de depredación, *animus furandi*, que reportara al pirata un beneficio pecuniario. Posteriormente se amplió el concepto de «propósito personal», teniendo en cuenta que podía ser no sólo un beneficio pecuniario sino también algún tipo de satisfacción como la venganza, excluyendo los fines políticos, religiosos o racistas. Hoy a la expresión «propósito personal» se le debe dar un sentido más amplio aunque excluyendo los fines intrínsecamente políticos (143). Así pues, entraría en ese propósito personal: la venganza, el deseo de publicidad, el deseo de desprestigiar a una compañía, el terrorismo, etc... Sería loable la restricción de los denominados motivos políticos que frecuentemente sólo son motivos personales, por ejemplo: los actos que tienen lugar para llamar la atención contra el régimen político de un Estado para solventar algún problema personal de carácter común con la justicia.

(143) FOLCHI: *Ob. cit.*, p. 215

Para que la represión de la piratería sea eficaz hay que delimitar con la mayor exactitud el delito político, que no da lugar a la extradición pasiva mientras que el pirata si puede ser extraditado. En España no existe una definición legal del delito político. El *Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio*, de 9 de diciembre de 1948, y el *Convenio europeo para la represión del terrorismo*, de 27 de enero de 1977, excluyen los delitos de genocidio y de terrorismo como delitos políticos, que forzosamente han de ser definidos de forma negativa excluyendo actividades que encajen en otros campos. La doctrina ha seguido varios criterios: objetivo, subjetivo y mixto (144). Partiendo de la teoría mixta, Rodríguez Devesa considera que sólo deben tener la denominación de «delitos políticos» los delitos de opinión que vayan dirigidos a modificar la Constitución de un Estado basándose en una motivación de mejora democrática del país y excluyendo siempre los delitos que impliquen ataques a la vida, la libertad o la propiedad de las personas (145). En estos casos a los delitos políticos se añaden delitos comunes, que hay que deslindar y tratar aparte. Las infracciones que lesionan gravemente los intereses de la humanidad no pueden ser considerados como infracciones políticas, aunque hayan sido cometidas por móviles políticos (146).

c) *Tiempo y lugar*

La *Convención de Ginebra* no indica que el delito de piratería sólo se pueda apreciar en tiempo de paz. Algún autor (147) estima que uno de los requisitos que debe cumplir la piratería es que se produzca en tiempo de paz, para distinguirla con claridad del corso y de la insurrección. Estimo que no es precisamente el tiempo en que se llevan a cabo estas actividades lo que las diferencia entre si; hay otros elementos, como son la comisión de guerra en el corso o la oposición al gobierno de la Nación en la insurrección, que caracterizan estas figuras. La navegación marítima y aérea en tiempo de guerra se rige por sus propias normas interna-

(144) HIGUERA GUIMERA, J. F.: *Estudio de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1978: El concepto de delito político*, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo XXI, fasc. II, mayo-agosto 1978, pp. 459 y ss.

(145) RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ: *Derecho penal español. Parte general*, cit., p. 246, aunque duda sobre la forma en que deberían tratarse los casos de sublevación armada en una guerra civil; TRAVERS, M.: *Le Droit pénal international et sa mise en oeuvre en temps de paix et en temps de guerre*, Paris, 1921, pp. 535 y ss: «Il s'attaque à l'organisation politique de l'Etat et veut lui substituer un autre pouvoir».

(146) TEZCAN, D.: *Territorialité et Conflits de juridictions en Droit pénal international*, Ankara, 1983, p. 386.

(147) GARCÍA ARIAS: *Ob. cit.*, pp. 317, 332 y ss.

cionales (148) entre las que no está prevista la piratería, pero esto no quiere decir que buques o aeronaves privados de una de las partes beligerantes puedan realizar impunemente actos de piratería contra el bando contrario. El artículo 39 LPPNA dice que el delito habrá de cometerse «en circunstancias de... tiempo que imposibiliten la protección de un Estado», expresión muy amplia y que no excluye el tiempo de guerra. Lo que realmente determina que se conceptúen los hechos como «piratería» es que las personas atacadas se encuentran en unas circunstancias en que no puede hacerse efectiva de forma inmediata la protección de ningún Estado, por lo que quedan inermes ante el ataque ilegal.

Aunque se estudie en último término, el elemento más característico de la piratería *iuris gentium* es el lugar de comisión del delito. Este lugar queda claramente delimitado en el artículo 15 de la *Convención de Ginebra*: «en alta mar» o «en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado». El artículo 39 LPPNA viene a decir lo mismo: «en circunstancias de lugar... que imposibiliten la protección de un Estado». Esto significa que el delito puede cometerse en el mar, el aire o en tierra siempre que falte la adjudicación del lugar a una jurisdicción estatal concreta.

El artículo 1.º de la *Convención de Ginebra* dice: «Se entenderá por “alta mar” la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado». El artículo 2 puntualiza: «Estando la alta mar abierta a todas las naciones, ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía. La libertad de la alta mar se ejercerá en las condiciones fijadas en estos artículos y las demás normas del derecho internacional. Comprenderá, entre otras, para los Estados con litoral o sin él:

1. La libertad de navegación.
2. La libertad de pesca.
3. La libertad de tender cables y tuberías submarinas.
4. La libertad de volar sobre la alta mar.

(148) Convenio de La Haya de 18 octubre de 1907, sobre Restricciones al ejercicio del derecho de captura, ratificado el 18 de marzo de 1913 (*Gaceta* de 28 de junio de 1913); Convenio de Ginebra de 12 agosto 1949, Para mejorar la suerte de heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, ratificado el 4 de julio de 1952 (*Boletín Oficial del Estado* de 26 de agosto de 1952); Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sobre Protección de personas civiles en tiempo de guerra, ratificado el 4 de julio de 1952 (*Boletín Oficial del Estado* de 2 de septiembre de 1952); Protocolos I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativos a la Protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, firmados en Ginebra el 8 de junio de 1977 y ratificados el 11 de abril de 1978 (*Boletín Oficial del Estado* de 26 de julio de 1989).

Estas libertades y otras reconocidas por los principios generales del derecho internacional, serán ejercidas por todos los Estados con la debida consideración para los intereses de otros Estados en su ejercicio de la libertad de alta mar.» (149).

La citada *Convención de Ginebra* no marca los límites del alta mar. Para el Estado español, según el artículo 7.1. de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM), «son zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, además de las aguas interiores, el mar territorial, la zona contigua y la zona económica exclusiva.»

- Son aguas interiores españolas, a los efectos de esta Ley, las situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial, incluyéndose en ella los ríos, lagos y las aguas continentales.
- Es mar territorial aquél que se extiende hasta una distancia de doce millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide su anchura.
- Es zona contigua la que se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta las veinticuatro millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.
- Es zona económica exclusiva la que se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta una distancia de doscientas millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide la anchura de aquél». De aquí habrá que deducir que para el Estado español el alta mar se extiende desde el límite exterior de la zona económica exclusiva, es decir más allá de las 200 millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide la anchura del mar territorial.

La *Convención de Ginebra* incluye dentro de la zona de alta mar tanto la zona contigua como la zona económica exclusiva, es decir sólo excluye el mar territorial, por lo que el alta mar se extendería a partir del límite exterior de las 12 millas náuticas del mar territorial. El artículo 7 LPEMM contradice los artículos 1 y 2 de la *Convención de Ginebra*, que excluyen la soberanía de cualquier Estado sobre el alta mar, cuando reconoce que «España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, además de las aguas interiores, el mar territorial, la zona contigua y la zona económica exclusiva». Esta redac-

(149) Estas libertades también están recogidas en el artículo 87 de la Convención de Montego Bay de 1982.

ción se debe al cambio que ha sufrido la delimitación internacional del alta mar a partir de la entrada en vigor, el 16 de diciembre de 1994, de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (*Convención de Montego Bay*), que dice en la Parte VII («Alta Mar»), sección I («Disposiciones generales»), artículo 86. *Aplicación de las disposiciones de esta Parte*. «Las disposiciones de esta Parte se aplican a todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico...». Aunque España aún no ha ratificado esta convención, que firmó el 4 de diciembre de 1984, la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992 ha tenido en cuenta la última norma internacional (150).

Por lo que a la piratería respecta nos encontraríamos ante un conflicto si un barco pirata fuera apresado por un buque extranjero en nuestras aguas de la zona contigua o de la zona económica exclusiva, pues siendo zonas en las que nuestra legislación admite el ejercicio de la jurisdicción de nuestros tribunales no podría cometerse un delito de piratería *iuris gentium* como lo define la *Convención de Ginebra*, que exige que la acción se cometa en alta mar. Por tanto la única zona en la que coinciden la legislación española y la *Convención de Ginebra*, en cuanto a la comisión de este delito se produce a partir de las 200 millas náuticas desde las líneas de base del mar territorial, donde comenzaría el alta mar que no está sometido a ninguna jurisdicción. Ha de seguirse el mismo razonamiento para el espacio aéreo, entendiendo que la piratería sólo puede cometerse sobre el cielo de la zona de alta mar.

No hay que olvidar que los espacios polares, que tienen unas características propias, están regulados por el Tratado sobre la Antártida celebrado en Washington el 1 de diciembre de 1959 y por tratados bilaterales entre los países limítrofes de la zona Ártica, que tienen

(150) Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar concluida en Montego Bay, Jamaica 10/12 de diciembre de 1982, *art. 3*: «Todo Estado tiene derecho a establecer la anchura de su mar territorial hasta un límite que no exceda de 12 millas marinas medidas a partir de líneas de base determinadas de conformidad con esta Convención.»

Artículo 33.2: «La zona contigua no podrá extenderse más allá de 24 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial».

Artículo 57: «La zona económica exclusiva no se extenderá más allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial».

competencias compartidas en virtud del «principio de los sectores». Las aguas marítimas de estas dos zonas se consideran pertenecientes a alta mar.

6. Los sujetos

La única restricción que hace la *Convención de Ginebra* en cuanto a los sujetos es que el sujeto activo debe ser un particular que actúa desde un barco o una aeronave privados. En cuanto a los sujetos pasivos no hace distinciones. Nuestra LPPNA no exige ninguna característica especial a los sujetos de la piratería por lo que habrá que estar a lo que requiere la citada Convención.

Los actos de piratería sólo pueden ser cometidos por la tripulación o los pasajeros de un buque privado (151) o de una aeronave privada, como explícitamente recoge el artículo 15.1) de la *Convención de Ginebra*, por tanto quedan excluidos los buques y aeronaves de guerra así como los buques y aeronaves de Estado (152).

La definición y clasificación de las aeronaves se encuentra en la Ley de la Navegación Aérea (LNA) de 21 de julio de 1960, en artículo 11: «Se entiende por aeronave toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores», en el artículo 13: «Las aeronaves se clasifican en aeronaves de Estado y privadas», en el artículo 14: «Se considerarán aeronaves de Estado: 1.º Las aeronaves militares, entendiéndose por tales las que tengan como misión la defensa nacional o estén mandadas por un militar comisionado al efecto. Estas aeronaves quedan sujetas a su regulación peculiar, 2.º Las aeronaves no militares destinadas exclusivamente a servicios estatales no comerciales», y en el artículo 15: «Se reputarán aeronaves privadas las demás no comprendidas en el artículo anterior...». El artículo 11.2.ª LPPNA define la tripulación: «Constituyen la tripulación todas aquellas personas que,

(151) El Convenio de Roma de 10 de marzo de 1988 Para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, ratificado el 15 de junio de 1988 (B.O.E. 24 abril 1992) en el artículo 1 da una definición de «buque»: «toda nave del tipo que sea, no sujeta de manera permanente al fondo marino, incluidos vehículos de sustentación dinámica, sumergibles o cualquier otro artefacto flotante». Nuestra Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante en su artículo 8 define «buque civil» como «cualquier embarcación, plataforma o artefacto flotante, con o sin desplazamiento, apto para la navegación y no afecto al servicio de la defensa nacional».

(152) Los convenios de Tokio (art.1.4), de La Haya (art.3.2) y de Montreal (art. 4.1) excluyen de su aplicación a las aeronaves en servicios militares, de aduanas y de policía.

mediante contrato de trabajo u otra adscripción legal o reglamentaria, presten servicio a bordo de la aeronave, con inclusión del Comandante».

Las tripulaciones de buques y aeronaves de guerra o del Estado podrán ser considerados piratas sólo en el caso en que se amotinen y además se apoderen de los buques y las aeronaves cometiendo a continuación los hechos descritos para los buques y aeronaves privados en el artículo 15 de la *Convención de Ginebra*, según estipula el artículo 16 de la misma. El fundamento de esta norma es que el buque o la aeronave pierden la inmunidad que les confiere estar al servicio de un Estado por no prestar ya ese servicio y pasan a ser clasificados como «privados». Este tipo delictivo será piratería por asimilación o por analogía.

Los artículos 39 y 40 LPPNA sólo dicen «el que» o «los que», por tanto cualquiera puede ser el sujeto activo en el delito de piratería, sin embargo, teniendo en cuenta los Convenios ratificados por España, habrá que excluir las tripulaciones y los mandos de buques y aeronaves de guerra o del Estado (153) especialmente cuando se encuentren realizando misiones de apresamiento (154), registro o investigación del pabellón (155), o persecución (156).

Los artículos 39 y 40 LPPNA no exigen ninguna característica especial en cuanto al sujeto pasivo. El acto ilegal de violencia debe ir dirigido contra otro buque o aeronave o contra las personas o cosas que se encuentren a bordo. La exigencia de este requisito implica que el delito de piratería ha de constituir siempre un ataque desde el exterior de la aeronave o del buque. Como estamos hablando de máquinas que se desplazan por el aire, el ataque puede venir de tierra, mar o aire como especifica el artículo 40 LPPNA. Es indiferente el tipo de aeronave atacada, que puede ser privado o de guerra o Estado.

Los actos se dirigen contra aeronaves o contra personas o bienes que se hallen a bordo de ellos, siempre que aparatos, personas y bienes se encuentren físicamente en una circunstancia especial, todos en lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

El artículo 15 de la *Convención de Ginebra* recoge dos casos de piratería: uno se lleva a cabo en alta mar (apartado 1.a), el otro se rea-

(153) Interpretando *a contrario sensu* el art. 16 de la Convención de Ginebra.

(154) Convención de Ginebra, artículo 21; Convención de Montego Bay, artículo 107.

(155) Convención de Ginebra, artículo 22; Convención de Montego Bay, artículo 110.

(156) Convención de Ginebra, artículo 23; Convención de Montego Bay, artículo 111.

liza en lugar no sometido a la jurisdicción de algún Estado (apartado 1.b). En el primer caso es necesario que el objeto sea un buque o una aeronave o lo que se encuentre en su interior. En el segundo caso las personas y bienes no tienen que estar a bordo de naves o aeronaves, por lo que pueden encontrarse en tierra sin haber efectuado ningún tipo de desplazamiento previo. En esta modalidad el ataque debe proceder de un buque o aeronave privados y el sujeto pasivo ha de encontrarse fuera de estos medios de transporte. Por tanto para cometer piratería no siempre es necesario que el acometimiento se produzca contra otra nave o aeronave.

Cuando el sujeto se apodere de la aeronave desde el interior del aparato estaremos ante un apoderamiento ilícito (157) y no ante actos de piratería.

Es evidente que cuando los hechos se produzcan sobre alta mar, la aeronave debe estar en vuelo, situación que se determina claramente en los *Convenios de Tokio* (158), *de La Haya* (159) y *de Montreal* (160), aún en el caso de un hidroavión que hubiere aterrizado sobre la superficie del alta mar. Los *Convenios de La Haya y de Montreal* coinciden en lo que debe entenderse por «encontrarse en vuelo», conceptuándolo con mayor amplitud que el de Tokio. Nuestra legislación no hace referencia a «encontrarse en vuelo» sino a la «navegación aérea» en el artículo 11.4.^a LPPNA: «Se entenderá que la navegación aérea comienza en el momento en que una aeronave se pone en movimiento con su propia fuerza motriz para emprender el vuelo y termina cuando, realizado el aterrizaje, queda inmovilizada y son parados sus motores».

Si los hechos se producen en «tierra de nadie» no será necesario que la aeronave esté en vuelo, pues el tipo de la piratería no exige que se produzca durante el vuelo por lo que puede consumarse en tierra.

7. Los medios

De forma general se exige que los medios empleados sean violentos o produzcan intimidación (161).

El artículo 39 LPPNA impone la pena de reclusión mayor en su grado máximo cuando «el medio violento para la aprehensión de la

(157) MAPELLI: *Ob. cit.*, p. 168.

(158) Convenio de Tokio, artículo 1.3.

(159) Convenio de La Haya, artículo 3.1.

(160) Convenio de Montreal, artículo 2.

(161) CEREZO MIR, J.: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid, 1982, p. 214: «La intimidación supone una violencia moral».

aeronave la pone en peligro de siniestro», el artículo 40.1.º requiere que los que faciliten el apoderamiento actúen con violencia o intimidación, el artículo 40.2.º prevé la misma pena que en el anterior, entiendo que reclusión mayor en su grado máximo, para los que «por cualquier medio, provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave», que también son medios violentos.

Los medios no están enumerados, es suficiente que sean violentos, intimidatorios (162), que provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje, dando igual que provengan de aire, tierra o mar (163). El último párrafo del artículo 139 del texto refundido del Código Penal de 1973 castigaba la piratería contra «aviones, aeronaves o aparatos similares o utilizando tales medios para la realización» de ésta. Puede tratarse de un mensaje emitido por radio y dirigido al Comandante para que siga las instrucciones de los piratas, o por medio de una persecución conseguir que la aeronave desvíe su ruta, o mediante la emisión de señales falsas conseguir poner a disposición de los piratas la aeronave. El *Convenio de Tokio* (164) recoge actos de «interferencia o de ejercicio del control» de la aeronave. El *Convenio de Montreal* (165) prevé que se coloque dentro de la aeronave «un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o causarle daños que la incapaciten para el vuelo».

8. Grados de ejecución

Se admiten todos los grados de ejecución. La consumación de los tipos recogidos en el artículo 39 LPPNA requiere que se produzca el apoderamiento. Cabría discutir, según la redacción del caso 1.º («si el medio violento empleado para la aprehensión de la aeronave la pone en peligro de siniestro»), si la simple puesta en peligro de siniestro para la aeronave es suficiente para la consumación o si además es necesario que el apoderamiento se lleve a cabo. Vista la agravación de la pena si no llega a producirse el apoderamiento debería apreciarse el delito en grado de tentativa. En el caso 2.º el homicidio o las lesiones graves pueden producirse por imprudencia. Estimo que para que pueda aplicarse la agravación de la pena por la concurrencia de estos hechos será suficiente que ocurran al menos por imprudencia grave. En el caso 3.º, dejar a alguna persona sin medios para salvarse, si el hecho se produce fortuitamente o por imprudencia del pirata habrá

(162) Artículo 39 LPPNA.

(163) Artículo 40.2.º LPPNA.

(164) Convenio de Tokio, artículo 11.

(165) Convenio de Montréal, artículo 1.

que apreciar el delito de piratería en concurso con el correspondiente de omisión del deber de socorro. En el artículo 40.1.º, además del apoderamiento como en el artículo 39, en el caso del facilitamiento la consumación tendrá lugar cuando se inicien los actos de apoderamiento, pues el facilitamiento es previo al apoderamiento en sí. El tipo del artículo 40.2.º se consumará cuando se inicie la caída, se produzca la pérdida, el incendio, el aterrizaje o el amaraje de la aeronave. La caída puede ser previa a la pérdida, al incendio, al aterrizaje o al amaraje. El término «pérdida» admite ser interpretado como destrucción o como la imposibilidad de encontrar la aeronave. En cuanto a la tentativa (art. 16 CP) se aplicarán las reglas de la parte general del Código Penal. Para los tipos recogidos en el artículo 39 LPPNA, «el que se apodere con violencia o intimidación», bastará que inicien los actos de apoderamiento. En el caso 1.º, si la aeronave supera el peligro de siniestro, por causas ajenas a la voluntad del pirata, y no se consigue el apoderamiento estaremos ante una tentativa del artículo 39.1.º LPPNA (tipo agravado). Sin embargo, habrá que calificar como tentativa del artículo 39 primer párrafo LPPNA (tipo básico) si el pirata inicia los actos necesarios para poner en peligro la aeronave pero rectifica a tiempo de tal modo que esa puesta en peligro no sea real y además no se produce el apoderamiento por causas externas a su voluntad. Si se consigue el apoderamiento tras una tentativa de puesta en peligro, ésta deberá quedar consumida por el apoderamiento. Cuando el apoderamiento se consuma y hay una tentativa de homicidio, de lesiones graves o de delitos contra la libertad sexual habrá que calificar apreciando un concurso entre el delito consumado de piratería del primer párrafo del artículo 39 LPPNA con una tentativa de homicidio, lesiones graves o de ataque contra la libertad sexual, en vez de aplicar del artículo 39.2.º LPPNA. En el artículo 39.3.º LPPNA si se intentase en vano dejar a alguna persona sin medios para salvarse, esta conducta quedará consumida por el apoderamiento. En el facilitamiento para apoderarse de la aeronave, del artículo 40.1.º LPPNA, bastará que se inicie la actividad de facilitar para que haya lugar a la apreciación de la tentativa, aunque el apoderamiento no se realice. En el artículo 40.2.º se podrá aplicar la tentativa cuando se inicien actos externos encaminados a provocar la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave.

9. Grados de participación

Se pueden dar todos los grados de participación. Autores serán los que se apoderen con violencia o intimidación de la aeronave, de personas o cosas que se hallen a bordo, los que faciliten a otros el apode-

ramiento de la nave y los que provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave para apoderarse de ella o para atentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo.

Los que faciliten a otros el apoderamiento, además de estar penados en el artículo 40.1.º LPPNA, podrían estar incluidos en el artículo 28.b) CP como autores, pues así son considerados «los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado». El facilitar no requiere una participación directa en el apoderamiento, aunque sí un auxilio necesario imprescindible para que se produzcan los hechos.

Los cómplices, o auxiliadores no necesarios, deberán conocer que la finalidad de su colaboración es el apoderamiento de la aeronave, de personas o cosas que se hallen a bordo o el atentado contra las personas o cosas que se encuentren a bordo. Deberán tener conocimiento del propósito personal del autor. En caso contrario no se les podrá acusar de complicidad, pues su colaboración adolecerá de la voluntad de llevar a cabo actos de piratería.

10. Concurso

Cuando la piratería aérea entre en concurso de leyes con otro precepto de la LPPNA o de otra ley se aplicará el artículo 3 LPPNA (166) en base al cual el Juez o Tribunal «podrá» aplicar el que asigne mayor pena. El verbo «podrá» deja al albedrío del Juez la Ley a aplicar. Dentro de la propia LPPNA puede entrar en concurso con los daños del artículo 62 LPPNA (167) o la destrucción total o parcial de la aeronave del artículo 13 LPPNA (168). Con los tipos del Código Penal el concurso se resolverá aplicando el artículo 8 CP, que determina la aplicación de la ley especial con preferencia sobre la ley general.

(166) Artículo 3 LPPNA: «Cuando los hechos perseguidos sean susceptibles de calificación con arreglo a dos o más preceptos de esta Ley o de otras, el Tribunal podrá aplicar aquel que asigne mayor pena al delito o falta cometidos».

(167) Artículo 62 LPPNA: «Las averías causadas maliciosamente en una aeronave o en su cargamento, que pongan en peligro la navegación, serán castigados con la pena de prisión menor a prisión mayor.

Si como consecuencia de la avería se producen los efectos señalados en el artículo 13, se aplicarán las penas establecidas en éste.»

(168) Artículo 13 LPPNA: «El que maliciosamente causare la destrucción total o parcial de una aeronave durante la navegación, será castigado con la pena de reclusión menor a reclusión mayor.

Cuando la destrucción no tuviere lugar durante la navegación, podrá imponerse la pena inmediatamente inferior.

Si a consecuencia del delito se ocasionare la muerte o lesiones graves de alguna persona, se impondrá la pena de reclusión mayor.»

El delito de piratería aérea podrá entrar en concurso con cualquiera de los delitos que se puedan producir a bordo a raíz de los actos de piratería, que pueden ser casi todos los recogidos en el Código Penal. El artículo 9.º CP (169) determina la aplicación de las normas recogidas en el Título Preliminar del Código Penal «a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales», así como de las demás disposiciones del Código para lo que no esté previsto en ellas. Por tanto el concurso de delitos se resolverá aplicando los artículos 73 a 77 CP.

11. Penalidad

Para poder imponer al pirata aéreo, de los artículos 39 primer párrafo y 40.1.º LPPNA, la pena conforme al nuevo sistema de penas del Código penal hay que transformar la reclusión mayor en prisión de quince a veinte años según indica la disposición transitoria 11.ª.1.a) (170). Esta pena lleva como accesoria la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena (art. 55 CP), teniendo una duración máxima de veinte años (art. 40 CP). En los casos de los artículos 39.1.º, 2.º y 3.º y 40.2.º LPPNA la pena será de diecisiete años y seis meses a veinte años de prisión (171), que equivale a la de reclusión en grado máximo.

El imponer la misma pena, reclusión mayor en su grado máximo, en los tipos agravados de los artículos 39.1.º y 40.2.º LPPNA cuando en el primero sólo hay un «peligro de siniestro» mientras que en el segundo el siniestro se produce, puede tener un efecto criminógeno.

12. La reincidencia

FOLCHI (172) aboga por la institución de una reincidencia especial aeronáutica, que tenga en cuenta la dimensión internacional que pueden alcanzar estos delitos. Sugiere la creación de registros internacionales para los delitos aeronáuticos, o al menos una comunicación entre países de las sentencias firmes, para que los jueces pudieran

(169) Artículo 9.º CP: «Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas.»

(170) Disposición transitoria 11.ª CP: «1. Cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales o procesales por la jurisdicción ordinaria, se entenderán sustituidas: a) La pena de reclusión mayor, por la de prisión de quince a veinte años, con la cláusula de elevación de la misma a la pena de prisión de veinte a veinticinco años cuando concurren en el hecho dos o más circunstancias agravantes».

(171) El Código Penal sólo prevé la división de la pena en dos mitades: la mitad inferior y la superior, por tanto el grado máximo de la pena del Código de 1973 debe equivaler a la mitad superior de la pena.

(172) FOLCHI: *Los delitos aeronáuticos*, cit., p. 203 y ss.

requerir los antecedentes específicos (173) con el fin de hacer realidad la necesidad de protección universal.

En la legislación española no se podrá aplicar la reincidencia internacional al no estar prevista expresamente para la piratería aérea, ya que nuestro nuevo Código Penal no contiene una cláusula general de reincidencia internacional. Este tipo de reincidencia sólo es aplicable cuando se prevé para tipos concretos.

13. La extradición

La *Convención de Ginebra* en su artículo 18 (174) admite que los buques y aeronaves piratas puedan conservar su nacionalidad si el Estado de bandera se lo permite.

En el derecho penal español, para la extradición habrá que estar a las normas recogidas en los artículos 824 a 833 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición pasiva: normas reguladoras.

Salvo tratados internacionales sobre estos delitos, en el caso de la piratería marítima no se podrá solicitar la extradición del pirata que se encuentre refugiado en país extranjero al no poder ser juzgado en España por ese delito pues no existe en nuestra legislación, y por tanto no se cumple el principio de identidad. Tampoco podrá concederse la extradición pasiva del pirata no nacional por el mismo motivo (175).

En cuanto a la piratería aérea no habrá ningún problema para reclamar por este delito al pirata que se haya refugiado en país extranjero puesto que podría ser juzgado en España. También podrá ser concedida la extradición del pirata extranjero solicitada por otro país.

VII. TRATAMIENTO DE LA PIRATERÍA MARÍTIMA DESPUES DE LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

Hasta la derogación de la LPDMM la mayoría de los autores han considerado que los artículos que recogían la piratería en el Texto

(173) FOLCHI: *Ob. cit.*, p. 206.

(174) Convención de Ginebra, artículo 18: «Un buque o una aeronave podrá conservar su nacionalidad, no obstante haberse convertido en buque o en aeronave pirata. La conservación y la pérdida de la nacionalidad se rigen por la Ley del Estado que la haya concedido».

(175) Ley de extradición pasiva, artículo 3: «3. Cuando el delito se hubiere cometido fuera del territorio del país que solicite la extradición, ésta podrá ser denegada si la legislación española no autorizare la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de España.»

refundido del Código penal de 1973 eran letra muerta pues tenían aplicación preferente las leyes especiales que regulaban la materia (176). A partir del 24 de noviembre de 1992 la piratería marítima era castigada en el Código penal y la piratería aérea en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea.

Siguiendo una nueva corriente que propugna que los delitos marítimos y los aeronáuticos se plasmen en la legislación especial (177), en la exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992 (178) se dice que «no se regulan los delitos de piratería, en el entendimiento de que su lugar idóneo es una Ley penal especial». En la exposición de motivos del Código Penal de 1995 no existe ninguna referencia en la desaparición de estos delitos. Por tanto hay que entender que a partir de la entrada en vigor del Código penal de 1995, el delito de piratería, queda exclusivamente tipificado en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea (LPPNA, arts. 39 y 40).

De aquí se deduce que la piratería marítima no queda expresamente recogida en la legislación española y por tanto que se incumple lo acordado en la *Convención de Ginebra sobre la Alta Mar*, de 29 de abril de 1958, a la que España se adhirió el 25 de febrero de 1971, entrando en vigor en nuestro país el 27 de marzo de 1971 (179). Esto puede tener como consecuencia el que España se convierta en refugio de piratas marítimos ya que su actividad no constituye delito según nuestra legislación y no puede concederse la extradición del pirata por no cumplirse el principio de identidad normativa o de doble incriminación (180), pero tampoco podrá ser juzgado por nuestros Tribunales.

Según la *Convención de Ginebra* los buques y aeronaves de guerra españoles podrán detener al pirata marítimo para juzgarlo en

(176) MUÑOZ CONDE: *Ob. cit.*, p. 640; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ: *Ob. cit.*, p. 670.

(177) RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L.: *El Derecho Penal Marítimo en la reforma de la Justicia Militar (X)*, en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 40, 1982, p. 115; TAPIA SALINAS: *Curso de Derecho aeronáutico*, cit., p. 64.

(178) *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, de 26 septiembre 1992, núm. 102-1.

(179) Si España ratificara la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, que firmó en 1982, también estaría incumpliendo con sus compromisos internacionales, pues se recoge en el artículo 100: «Todos los Estados cooperarán en toda la medida de lo posible en la represión de la piratería en la alta mar o en cualquier otro lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado».

(180) Ley 4/1985, de 21 marzo, Extradición Pasiva: normas reguladoras, artículo tercero.3.

España, pero cuando el pirata sea presentado ante los Tribunales no podrá ser acusado de piratería, lo que parece una situación absurda.

Siguiendo la propuesta de García Arias (181), y con la misma solución que en Alemania, esta laguna legal puede subsanarse considerando los delitos de piratería marítima como cualquiera de los delitos que a continuación se enumeran teniendo siempre en cuenta, como mínimo, la concurrencia de la agravante 2.^a del artículo 22: «2.^a Ejecutar el hecho ... aprovechando las circunstancias de lugar que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente», por lo que en la determinación de la pena habría que aplicar la regla 3.^a del artículo 66 PC: «Cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, los Jueces o los Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la Ley».

Los hechos podrían calificarse como un robo agravado, incluido en el artículo 242 CP. Supondría una pena de tres años y seis meses a cinco años de prisión, si no se utilizan armas u otros medios peligrosos; o entre cuatro años y tres meses y cinco años si se utilizan armas o medios peligrosos.

O para el caso en que el delito se ejecutase con fuerza en las cosas, se podría incluir en el artículo 238 CP. Según el artículo 240 CP al robo con fuerza en las cosas corresponde la pena de uno a tres años de prisión, que habría que dejar, con la agravante, en una pena de dos a tres años de prisión.

Si se causan daños podrá ser de aplicación el artículo 264.4.º CP cuando los actos afecten a un buque de transporte regular que pueda ser considerado «de dominio o uso público o comunal», y se impondrá una pena de dos a tres años de prisión y multa de 18 a 24 meses (la multa también se impone en su mitad superior). Si el buque no tuviera el carácter anterior, la pena a imponer sería una multa de quince a veinticuatro meses siempre que el daño fuera superior a cincuenta mil pesetas (artículo 263 CP). Si el buque dañado de modo grave, destruido o inutilizado fuere un buque de guerra, siempre que el daño excediere de cincuenta mil pesetas (artículo 265 CP), se impondría la pena de tres a cuatro años de prisión. Si el daño al buque de guerra se causare «mediante incendio o cualquier otro medio capaz de causar graves estragos o que pongan en peligro la vida o integridad de las personas», recogido en el artículo 266 CP, la pena sería de seis a ocho años de prisión.

También podría aplicarse el tipo del artículo 346 CP: «Los que provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar

(181) GARCÍA ARIAS: *Ob. cit.*, p. 367.

potencia destructiva causaren la destrucción... de medios de transporte colectivos o la inmersión o varamiento de nave ... perturbación de cualquier clase o medio de comunicación, ... cuando los estragos comporten necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas», que conllevaría una pena de quince a veinte años de prisión. «Si, además del peligro, se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido» (artículo 346 último párrafo).

Los delitos propuestos podrían apreciarse por separado o en concurso con otros delitos.

Estas soluciones, que son mejores que dejar sin castigo un delito tan odioso como la piratería marítima, que en la legislación anterior estaba castigado con penas que podían ir de seis años a treinta años de privación de libertad, según los casos, no dejan de parecer injustas, pues la piratería no sólo es un robo, caracterizado por el apoderamiento violento con ánimo de lucro, sino que además comporta un «plus» por el lugar en que se lleva a cabo, donde la jurisdicción de los Estados no llega normalmente sino por vía de excepción, produciendo una mayor indefensión de los sujetos que lo padecen. Por todo ello, el legislador no debería olvidarse de estas conductas, que aunque no se presenten con frecuencia ante nuestros tribunales, no dejan de ser infracciones graves cuando se producen, además de estar obligado por nuestra Constitución a integrarlas dentro del ordenamiento penal, pues España ha ratificado la *Convención sobre Alta Mar* concluida en Ginebra en 1958.

CONCLUSIONES

El principio de legalidad, que es la base de la seguridad jurídica, demanda tipificar el delito de piratería, en su concepción tanto marítima como aérea. En la actualidad, la piratería marítima no existe en nuestro ordenamiento y la piratería aérea no se recoge con claridad. Aunque es un delito que parece haber desaparecido, las nuevas tecnologías propician la comisión de actos de piratería por medios diferentes de los conocidos en el pasado, lo que no nos debe engañar y hacernos creer en su desaparición (182).

(182) Ver TOURET, C.: *La piraterie au vingtième siècle. Piraterie maritime et aérienne*, Bibliothèque de Droit International, Paris, 1992.

La tipificación de estos delitos debería ajustarse, por lo menos, a lo acordado en los tratados internacionales que España ha ratificado.

La previsión de una reincidencia internacional para la piratería estaría de acuerdo con la naturaleza del delito que ofende la paz de la comunidad internacional.

Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales

ISIDORO BLANCO CORDERO (*)

SUMARIO: I. Introducción.–II. Negocios socialmente adecuados: 1. Concepto y problemática general.–2. Problemática respecto del blanqueo de capitales.–III. Negocios socialmente adecuados y artículo 301 CP: 1. Análisis del artículo 301 núm. 1: 1.1 Interpretación que admite la subsunción de los negocios socialmente adecuados.: 1.1.1 En general. 1.1.2 Consecuencias en casos concretos. 1.1.3: Intentos doctrinales de delimitación del tipo: 1.1.3.1 Relativos al tipo subjetivo. 1.1.3.2 Relativos al tipo objetivo: 1.1.3.2.1 La teoría de la adecuación social. 1.1.3.2.2 La prohibición de regreso. 1.1.3.2.3 El principio de proporcionalidad. 1.1.3.2.4 El fin de protección de la norma. Su aplicación a los casos concretos: 1.1.3.2.4.1 Respecto de los negocios necesarios para la vida diaria. 1.1.3.2.4.2 Respecto de los negocios de bagatela. 1.1.3.2.4.3 Respecto de los abogados y otros profesionales. 1.2 Postura personal. Interpretación del artículo 301 núm. 1 que excluye los negocios socialmente adecuados: 1.2.1 En general. 1.2.2 Consecuencias en casos concretos: 1.2.2.1 Respecto de los negocios necesarios para la vida diaria. 1.2.2.2 Respecto de los negocios de bagatela. 1.2.2.3 Respecto de los abogados y otros profesionales.–2. El artículo 301 núm. 2 y los negocios socialmente adecuados.–3. Negocios socialmente adecuados y artículo 301 núm. 3.–IV. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El Código Penal español tipifica el delito de blanqueo de capitales en el artículo 301. Sus precedentes legislativos se encuentran en el CP

(*) Doctor en Derecho por la Universidad del País Vasco. Master en Criminología por el Instituto Vasco de Criminología. Trabajo realizado gracias a una beca de perfeccionamiento de personal investigador del Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco en el *Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie* de la Universidad de Salzburgo.

derogado, concretamente en el artículo 546 bis *f*), introducido en 1988, y en los artículos 344 bis *h*) e *i*), introducidos en 1992. Con ellos se pretendía articular una lucha contra la reintegración de los capitales procedentes del tráfico de drogas o de precursores en el circuito económico legal. Pese a la gran similitud existente entre la normativa derogada y la vigente, se han producido cambios de gran importancia, entre los que destaca la despenalización de determinados comportamientos anteriormente subsumibles en el tipo del delito de blanqueo.

La presente contribución pretende esbozar el problema, de gran actualidad, de la tipicidad de los comportamientos socialmente adecuados en relación con la regulación española del delito de blanqueo de capitales. Tal regulación, contenida como hemos indicado en el artículo 301 CP, no proporciona una descripción clara de las conductas típicas —especialmente de la del núm. 1—, lo que da juego a distintas interpretaciones. La opción por unas u otras tiene consecuencias directas en la posible subsunción en el tipo de comportamientos socialmente adecuados.

II. NEGOCIOS SOCIALMENTE ADECUADOS

1. Concepto y problemática general

La teoría de la adecuación social formulada por Welzel parte de la idea de que las conductas prohibidas por los tipos tienen, por un lado, un carácter social, esto es, están referidas a la vida social, y, por otro, «son precisamente inadecuadas a una vida social ordenada» (1). Los tipos señalan, en su opinión, «las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social» (2). Por tanto, son atípicas las conductas que se mueven por completo dentro del marco del orden social, histórico, «normal», de la vida, pese a ser abarcadas por el tenor literal de una prescripción penal (3). Califica

(1) Cfr. WELZEL, H., *Derecho Penal alemán. Parte General*, 12.^a edición, 3.^a edición castellana, trad. del alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, 1987, p. 83.

(2) Cfr. WELZEL, H., *Derecho Penal alemán, cit.*, p. 83.

(3) Cfr. WELZEL, H., *Derecho Penal alemán, cit.*, pp. 83 ss. Como explica CANCIO MELIA, M., «La teoría de la adecuación social en Welzel», en ADPCP, 1993, pp. 697 ss, pp. 701/2, la teoría de la adecuación social en Welzel fue objeto de un desarrollo en el que se pueden distinguir tres fases: una primera en la que Welzel opinaba que las acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden socialmente constituido quedan fuera del concepto de injusto (cfr. WELZEL, H., «*Studien zum System des Strafrechts*», en ZStW, 1939, pp. 491 ss); en la segunda fase considera el cri-

por ello como socialmente adecuados los «negocios que se mantienen dentro de los límites de una gestión ordenada» (4). Son acciones fuera de toda sospecha en la vida social, porque se desenvuelven en el ámbito de la libertad de acción social (5). Por ejemplo, son acciones socialmente adecuadas que quedan excluidas de los tipos penales, en opinión de Welzel, las privaciones de libertad irrelevantes, las lesiones corporales insignificantes, la entrega habitual de regalos de escaso valor a los carteros en la época de Año Nuevo en Alemania, etc...

En los últimos años se ha profundizado en las propuestas de esta teoría y en sus posibles aplicaciones en otros ámbitos. Así, la doctrina más moderna califica como «neutrales» desde un punto de vista jurídico determinados comportamientos que, como dice Hassemer, se caracterizan por ser actuaciones diarias, albergan en sí mismas el carácter de «normal», son sociales sin necesidad de otras explicaciones (6). En esta línea se excluyen del ámbito de la complicidad las acciones consideradas «normales», «neutrales», «diarias». Serían acciones que se enmarcan en el ámbito de la «libertad general de acción» (*allgemeine Handlungsfreiheit*) (7), y respecto de las cuales, pese a que resulten formalmente abarcadas por el tipo de un delito, se afirma su atipicidad. Sin embargo, respecto de estos comportamientos que desde la perspectiva del espectador objetivo no tienen apariencia externa, objetiva, de delito (8), se cuestiona su punibilidad cuando concurre en el sujeto activo el conocimiento de informaciones adicionales (9).

En la actualidad, la doctrina alemana debate intensamente este problema en el marco de la teoría de la participación —en concreto,

terio de la adecuación social como una causa de justificación consuetudinaria (cfr. la 8.ª edición de su manual *Das Deutsche Strafrecht*, p. 76); finalmente, en la tercera fase volvió a ubicar nuevamente el criterio de la adecuación social en el ámbito del tipo, pero ahora es considerado como un «principio general de interpretación» (cfr. Derecho Penal alemán, *cit.*, p. 86).

(4) WELZEL, H., Derecho Penal alemán, *cit.*, p. 84.

(5) WELZEL, H., Derecho Penal alemán, *cit.*, p. 85.

(6) Cfr. HASSEMER, W., «Professionelle Adäquanz. Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung. Teil I», en Wistra, 1995, pp. 41 ss, p. 42.

(7) Cfr. un análisis de las acciones neutrales desde la perspectiva de la libertad general de acción reconocida constitucionalmente, NIEDERMAIR, H., «Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?», en ZStW, 1995, pp. 507 ss, pp. 537 ss.

(8) HASSEMER, W., «Professionelle Adäquanz. Teil I», *cit.*, p. 42, se refiere a acciones que no tienen una tendencia objetiva de injusto (*objective Unrechtstendenz*).

(9) HASSEMER, W., «Professionelle Adäquanz. Teil I», *cit.*, p. 42, precisa que los conocimientos adicionales del sujeto que actúa podrían otorgar tendencia objetiva de injusto a las acciones que desde la perspectiva del observador imparcial carecen de ella.

de la complicidad— y del encubrimiento (10). El ejemplo clásico es el del panadero que vende pan a una persona, a sabiendas de que ésta va a envenenarlo y a servirlo a sus invitados (11). La cuestión es si cabe sancionar al panadero como cómplice en el homicidio llevado a cabo por su cliente. Dado lo limitado de nuestra contribución, no podemos abordar aquí la variedad de opiniones existente en la doctrina alemana al respecto. Solamente mencionar que se niega la tipicidad de tales acciones con base en determinados criterios, como el de la prohibición de regreso (*Regreßverbot*) (12), el de la solidarización con el injusto ajeno (*Solidarisierung mit fremdem Unrecht*) (13), o el de la referencia de sentido delictiva (*deliktischer Sinnbezug*) (14). No todos los autores, sin embargo, están de acuerdo con una interpretación en esta dirección. Así, por ejemplo, Roxin niega que se pueda excluir a las acciones diarias de la punibilidad de la complicidad con carácter general (15). En su opinión, es preciso distinguir las contribuciones realizadas con conocimiento seguro del plan delictivo del autor (esto es, con dolo directo)

(10) La cuestión de la punibilidad de las acciones socialmente adecuadas se ha planteado en el ámbito de la participación y del encubrimiento. Ya en 1907 von BAR hizo referencia a ellas al estudiar el encubrimiento, cfr. von BAR, L., *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform. Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin, 1907, pp. 750/1. Sobre esta cuestión a propósito del encubrimiento cfr. LENCKNER, T., «Zum Tatbestand der Strafvereitelung», en *Gedächtnisschrift für Horst Schröder, Herausgegeben von Walter Stree, Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser*, München, 1978, pp. 339 ss; KÜPPER, G., «Strafvereitelung und 'sozialadäquate' Handlungen», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1987, pp. 385 ss; FRISCH, W., «Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsvereitelung», en *NJW*, 1983, pp. 2471 ss; FRISCH, W., «Zum tatbestandsmäßigen Verhalten der Strafvereitelung - OLG Stuttgart, NJW 1981, 1569», en *JuS*, 1983, pp. 915 ss; STREE, W., en SCHÖNKE/SCHÖNDER, *Strafgesetzbuch Kommentar, bearbeitet von Peter Cramer, Albin Eser, Theodor Lenckner, Walter Stree*, 24. Auflage, München, 1991, § 258, núms. 21 y 21 a.

(11) Este es el clásico ejemplo planteado por JAKOBS, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Auflage, Berlin-New York, 1991, 24. Abschn, núm. 17 (existe traducción española de Joaquín Cuello Contreras y José González de Murillo).

(12) Cfr. JAKOBS, G., *Allgemeiner Teil*, cit., 24. Abschn, núms. 15 ss; también recurre a la prohibición de regreso PUPPE, I., *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, 1. Auflage, 1995, vor § 13, núms. 155 ss.

(13) SCHUMANN, H., *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, pp. 54 ss.

(14) Cfr. FRISCH, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, pp. 295 ss.

(15) ROXIN, C., «Was ist Beihilfe?», en *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, pp. 501 ss, pp. 512/3.

de aquellas en las que el sujeto cree probable la utilización de sus servicios con fines delictivos (esto es, las contribuciones realizadas con dolo eventual). Se afirma la calificación de complicidad de las contribuciones con dolo directo en mayor medida que respecto de las contribuciones con dolo eventual (16).

2. Problemática respecto del blanqueo de capitales

El problema de las acciones socialmente adecuadas en el marco del delito de blanqueo de capitales ha sido ampliamente abordado por la doctrina alemana (17). Allí, un temprano proyecto del *Bundesrat* relativo al § 261 StGB, de 10 de agosto de 1990 (18), declaraba no aplicable lo preceptuado como delito de blanqueo para acciones relacionadas con dinero u otros bienes de origen delictivo, cuando se lleve a cabo una prestación debida o devengada en virtud de la ley, o una contraprestación por bienes o servicios de necesidad diaria que se precisan para sufragar la subsistencia, así como la utilización de tales bienes. Se daba de esta manera una solución material a los posibles supuestos de blanqueo realizados mediante acciones socialmente adecuadas, consistente en declarar que no eran merecedores de pena (19). Sin embargo, el gobierno (*Bundesregierung*) rechazó tal regulación excepcional, al considerar que en tales casos también concurre un injusto penal merecedor de pena. Además, declaraba que así se evitarían tensiones con otros preceptos del capítulo 21 del CP alemán, que no establecen una regulación excepcional similar (20). Por ello, el vigente § 261 núm. 2 StGB sanciona a quien se procure bienes de origen delictivo para sí mismo o para tercero, y a quien los

(16) *Ibidem*, pp. 513 ss. Respecto de las contribuciones en las que el sujeto conoce la decisión delictiva del autor, considera Roxin que existe complicidad sólo cuando la contribución tiene una referencia de sentido delictiva. En los casos en los que el contribuyente cree sólo probable la utilización de su servicio con fines delictivos, si bien de acuerdo con la ley podría constituir una complicidad con dolo eventual, esto se ha de rechazar el virtud del principio de confianza.

(17) Indica KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, Wien, 1994, p. 95, que existe una diferencia parcial entre los supuestos de blanqueo y los constitutivos de complicidad, que radica en que en el delito de blanqueo quien ayuda al blanqueador profesional a la ejecución de su delito (por ejemplo, el empleado de banca) no presta sólo una contribución, sino que objetivamente actúa como un autor del delito de blanqueo.

(18) BT-Drucks. 11/7663, pp. 7 ss.

(19) LÖWE-KRAHL, O., «Die Strafbarkeit von Bankangestellten wegen Geldwäsche nach § 261 StGB. Eine kritische Analyse des neuen Straftatbestandes», Wistra, 1993, pp. 123 ss, p. 126.

(20) BT-Drucks. 11/763, p. 50.

posea o utilice para él o para tercero, conociendo su procedencia en el momento en el que los hubiera adquirido. Este precepto abarca acciones que hemos definido en apartados previos como socialmente adecuadas.

Si se admite la sanción de tales comportamientos en el ámbito del blanqueo de capitales, van a ser punibles acciones tales como la del taxista que transporta a un traficante de drogas y recibe como pago dinero de origen delictivo, la del conductor de autobús que le vende un billete, la de quien utiliza la piscina de un narcotraficante, la del panadero que le vende pan, la del médico que recibe sus honorarios del narcotraficante, etc. (21) Incluso van a quedar abarcados negocios de bagatela, de escasa cuantía, en la misma medida que el blanqueo de miles de millones mediante transferencias financieras internacionales (22). Pero no sólo esto, sino que la recepción de dinero de origen delictivo como pago por la prestación de servicios de carácter profesional a los autores de un delito previo, dirigidos a la asesoría jurídica, financiera, etc., van a ser subsumibles también en el tipo del delito de blanqueo (23).

Este problema ha sido ampliamente analizado por la doctrina en referencia a los empleados de entidades financieras. El empleado de banca que cumple las órdenes que le da un cliente que pretende blanquear su dinero puede ser impune si desarrolla su actividad con desconocimiento de su origen delictivo y sin infringir las obligaciones que le impone la ley. Ahora bien, si sospecha del carácter delictivo de los bienes, tiene un conocimiento casual de su origen o actúa por imprudencia grave, la misma acción del empleado de banca sería calificada como blanqueo de capitales. Es exclusivamente este conocimiento o desconocimiento imprudente el que convierte al empleado de banca de trabajador que desarrolla su actividad normal impune, en delincuente por razón del delito de blanqueo de capitales (24). Imaginemos el siguiente caso:

Una persona se dirige a su banco habitual para hacer una transacción financiera. El empleado de la ventanilla tiene conocimiento, con base en

(21) Cfr. más ejemplos en BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)*», en *Strafverteidiger*, 1993, pp. 156 ss, p. 156.

(22) *Ibidem*.

(23) *Ibidem*. También BOTTKE, W., «*Teleologie und Effektivität der Normen gegen Geldwäsche (Teil 2)*», en *Wistra*, Heft 4, 1995, pp. 121 ss, p. 122 y nota 80, se refiere al problema del pago a los abogados con dinero de origen delictivo.

(24) Señala LÖWE-KRAHL, O., «*Bankangestellten*», *cit.*, p. 125, que existe el peligro de que el conocimiento casual del banquero del origen delictivo de los bienes sea el único fundamento de la imposición de la pena.

determinadas informaciones a las que ha tenido acceso, de que el cliente se dedica al tráfico de drogas. El cliente desea hacer un ingreso por un valor de 500.000 pesetas, que proceden del tráfico de drogas. En tal caso, el empleado de banca ha de rechazar llevar a cabo la transacción o proceder a su comunicación a las autoridades bajo la amenaza de realizar un delito de blanqueo de capitales. Ahora bien, si el cliente va con su dinero a un compañero de tal empleado que no sabe nada, o incluso a otra institución financiera donde el empleado desconoce su dedicación al tráfico de drogas, puede realizar tranquilamente su operación sin ningún problema. En tal caso no se puede percibir externamente nada extraño o sospechoso.

En este supuesto, si el empleado que tiene conocimiento de las actividades delictivas del cliente acepta el dinero, sería punible por blanqueo de capitales. Se le sancionaría, por tanto, por un comportamiento exteriormente igual al del segundo empleado; la diferencia radicaría en el conocimiento previo. En opinión de un sector doctrinal se estaría configurando el injusto penal con base en factores exclusivamente subjetivos, lo cual choca con los postulados de la dogmática penal dominante (25). A juicio de Hassemer, el Derecho penal en un Estado de Derecho es un Derecho Penal del hecho, por lo que el eje central de la imputación debería residir básicamente en lo objetivo (26). Sin embargo, ello no ocurre en los supuestos que estudiamos, donde el núcleo parece encontrarse en el tipo subjetivo. Ello supone, añade este autor, una proximidad peligrosa al Derecho Penal de la intención (*Gesinnungsstrafrecht*) (27).

III. NEGOCIOS SOCIALMENTE ADECUADOS Y ARTÍCULO 301 CP

1. Análisis del artículo 301 núm. 1

En España, las dificultades que plantea la regulación penal sobre el blanqueo surgen, fundamentalmente, respecto de la interpretación del tipo del artículo 301 núm. 1 CP. La doctrina se encuentra dividida

(25) En este sentido LÖWE-KRAHL, O., «Bankangestellten», *cit.*, p. 125.

(26) HASSEMER, W., «Professionelle Adäquanz. Teil 1», *cit.*, p. 43, dice que una excepción a tal construcción reside en la tentativa, donde el eje central lo constituye el tipo subjetivo, aunque ello no obsta a que esta situación deba ser amortiguada y equilibrada mediante criterios objetivos.

(27) Cfr. HASSEMER, W., «Professionelle Adäquanz. Teil 1», *cit.*, p. 43.

en cuanto a las conductas subsumibles en este tipo delictivo. Esta discrepancia doctrinal despliega importantes consecuencias que inciden directamente en nuestro ámbito de investigación.

1.1 *Interpretación que admite la subsunción de los negocios socialmente adecuados*

1.1.1 EN GENERAL

La regulación del artículo 344 bis i) del CP derogado, que daba cabida a acciones socialmente adecuadas, ha servido de base a un sector doctrinal para decir que tal tipo de conductas se encuentran ahora parcialmente incluidas en el núm. 1 del artículo 301 CP (28). El artículo 344 bis i) CP derogado sancionaba la adquisición, la posesión o la utilización de bienes a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que procedían de un delito relativo al tráfico de drogas o de precursores. Quedaban abarcadas, por tanto, acciones como la del taxista que transporta a un traficante de drogas y recibe como pago dinero de origen delictivo, la del conductor de autobús que le vende un billete, la de quien utiliza la piscina de un narcotraficante, la del médico que recibe sus honorarios del narcotraficante, etc... (29)

El nuevo CP no da cabida en su articulado a un tipo semejante al del artículo 344 bis i) CP derogado. Sin embargo, un sector doctrinal considera que algunas de tales conductas todavía se encuentran penadas. En este sentido se manifiestan Vives Antón/González Cussac (30), Quintero Olivares (31) y Gómez Iniesta (32). En su opinión, el artícu-

(28) Cfr. VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios al Código Penal de 1995, Volumen II, (Art. 234 a Disposiciones Finales), Valencia, 1996, p. 1465, indican que se han despenalizado parcialmente las conductas del antiguo 344 bis i), siendo ahora sólo relevante la «adquisición».

(29) Cfr. más ejemplos en BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», cit., p. 156; también BOTTKE, W., «*Geldwäsche (Teil 2)*», cit., p. 122, se refiere a algunas actuaciones socialmente adecuadas subsumibles en la normativa alemana, como la venta de muebles o cualesquiera otros objetos necesarios para la vida de cualquier persona.

(30) VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios, Vol. II, cit., p. 1464; también en Derecho Penal. Parte Especial, 2.^a Edición revisada y actualizada conforme al Código Penal de 1995, Valencia, 1996, p. 517.

(31) QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios al Nuevo Código Penal, Quintero Olivares, G., (Dir.)/Valle Muñiz, J. M., (Coord.), Pamplona, 1996, p. 1351; también en Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal, Quintero Olivares, G., (Dir.)/Valle Muñiz, J. M., (Coord.), Pamplona, 1996, p. 707.

(32) GÓMEZ INIESTA, D. J., El delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Español, Barcelona, 1996, p. 49, indica expresamente que el Código Penal español entiende por blanqueo de capitales «toda adquisición, conversión o transmisión de bienes a sabiendas de que los mismos proceden de conductas delictivas graves».

lo 301 núm. 1 sanciona, entre otras, las conductas de adquisición, conversión o transmisión de bienes, a sabiendas de que tienen su origen en un delito grave. Tienen cabida aquí, por tanto, y al igual que en el artículo 344 bis *i*) CP derogado, numerosos comportamientos socialmente adecuados hasta hace poco considerados impunes. Así, la realización de negocios con un narcotraficante podría ser constitutiva de un delito de blanqueo, si se reciben a sabiendas bienes de origen delictivo. Por ejemplo, el panadero que vende pan al narcotraficante puede ser blanqueador porque recibe dinero de un delito grave (33). También realizan el tipo del delito de blanqueo quienes prestan sus servicios de carácter profesional al autor del delito previo, tales como la asesoría jurídica o financiera, y perciben sus honorarios con dinero «manchado».

1.1.2 CONSECUENCIAS EN CASOS CONCRETOS

Si se acepta esta interpretación, el tipo del artículo 301 CP tendrá gran amplitud, abarcando, al igual que sucede en el Derecho alemán, numerosas acciones consideradas socialmente adecuadas. Se configura un «tipo de aislamiento», dirigido precisamente a aislar al autor del delito previo y a sus ganancias delictivas haciéndolas no aptas para la circulación, de manera que no quede impune quien realice negocios con aquél a sabiendas del origen de sus bienes. Se concibe así un tipo que pretende detener el flujo de dinero del ámbito ilegal al legal, sancionando incluso las actividades comerciales diarias en las que se aceptan bienes manchados como pago por las prestaciones realizadas en favor de los autores del delito previo. No se considera, por tanto, como un tipo especial aplicable exclusivamente a las acciones que se desarrollan en el sector financiero legal –por ejemplo, mediante la imposición de obligaciones en este sector tendentes a evitar la entrada clandestina de los bienes en el circuito económico legal (34)–, sino que se perfila un tipo aplicable a todos los negocios. Se amenaza así con pena a los ciudadanos que reciban bienes de origen delictivo para liquidar deudas contraídas como consecuencia de negocios diarios que se desarrollan en el tráfico de bienes y servicios. Se exige a los ciudadanos que actúan como potenciales ofertantes de bienes y servicios, que se nieguen a liquidar sus deudas con dinero fuera de control, o

(33) Sería una conducta subsumible en la acción típica de «adquisición», entendida como el ingreso en el patrimonio de un derecho sobre bienes de origen delictivo. Cfr. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, Ed. Aranzadi, Pamplona 1997, Cap. V, aptdo. IV.1.

(34) Cfr. BOTCKE, W., «*Geldwäsche (Teil 2)*», *cit.*, p. 122.

incluso que renuncien al tráfico mismo (35). Se persigue un «aislamiento social» (*soziale Isolation*) (36) de los autores de delitos que obtengan ganancias de los mismos. Quedan abarcados de esta manera todos los negocios que se llevan a cabo con delincuentes o blanqueadores, cualquiera que sea la cuantía de los mismos, y la finalidad a la que estén destinados.

En cuanto a la finalidad a la que se dirijan los negocios con bienes de origen delictivo, se discute si han de abarcarse también los dirigidos a satisfacer las necesidades básicas para la vida de los delincuentes (37). De ser la respuesta afirmativa, se verán reducidas las posibilidades de subsistencia del autor del delito previo que dispone sólo de bienes de origen delictivo, o de una mezcla de bienes delictivos con otros de origen lícito. El panadero que vende pan al narcotraficante, el tendero que le vende alimentos, o el arrendatario que le arrienda la casa, estarán sometidos a la amenaza de pena por razón del delito de blanqueo.

También quedarán abarcados los negocios de bagatela, sirvan o no para satisfacer las necesidades vitales del delincuente (38). El tipo del artículo 301 núm. 1 CP no establece ningún límite cuantitativo por debajo del cual el blanqueo sea impune. Esto tiene un aspecto positivo, pues así se evita que, para eludir la responsabilidad por el blanqueo, se fraccionen las cantidades por debajo del mencionado límite (*structuring*). Sin embargo, por otra parte se configura un tipo penal increíblemente amplio y casi ilimitado, que da cabida a gran cantidad de comportamientos en los que los bienes de origen delictivo implicados son de escasa cuantía. Desde esta perspectiva, cabrá sancionar al taxista que transporta al autor del delito previo a cambio de la tarifa normal del viaje, al camarero que le sirve bebidas alcohólicas, etc... (39).

Por último, será punible como blanqueo de capitales, tal y como admiten en la doctrina española Palomo del Arco (40) y Gómez

(35) Cfr. BOTTKE, W., «*Geldwäsche (Teil 2)*», *cit.*, p. 122.

(36) En palabras de BOTTKE, W., «*Geldwäsche (Teil 2)*», *cit.*, p. 122.

(37) Cfr. sobre este problema BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, p. 161; KÖRNER, H./DACH, E., *Geldwäsche. Ein Leitfaden zum geltenden Recht*, München, 1994, p. 24, núm. 35; KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, *cit.*, pp. 98/9; BOTTKE, W., «*Geldwäsche (Teil 2)*», *cit.*, p. 122.

(38) Cfr. BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, p. 162; KÖRNER, H./DACH, E., *Geldwäsche*, *cit.*, p. 24, núm. 35.

(39) Casos planteados por BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, p. 162.

(40) PALOMO DEL ARCO, A., «Receptación y figuras afines», en *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1996, p. 463.

Iniesta (41), la conducta del abogado que acepta el cobro de los honorarios profesionales de un cliente a sabiendas de su procedencia delictiva.

1.1.3 INTENTOS DOCTRINALES DE DELIMITACIÓN DEL TIPO

Las opciones dirigidas a limitar un tipo tan excesivamente amplio del blanqueo de capitales son muy variadas en la doctrina. Tales opciones pueden clasificarse en función de si pretenden limitar el tipo en el ámbito subjetivo o bien en el objetivo.

1.1.3.1 Relativos al tipo subjetivo

Un sector doctrinal considera que la cuestión de la punibilidad de las acciones socialmente adecuadas es en realidad un problema concerniente al dolo (42), y, en concreto, al dolo eventual (43). Una acción socialmente adecuada, normal, diaria, pierde este carácter y ha de ser punible si se realiza con dolo directo (de primer o segundo grado), ya sea para contribuir a la acción antijurídica de otro (complicidad), ya constituya una actuación delictiva como tal (blanqueo, encubrimiento) (44). De lo contrario, se dice, quedarían impunes determinados comportamientos típicos y antijurídicos que se realizan bajo la cobertura de acciones socialmente adecuadas (45). El tipo del blanqueo de capitales que dé cabida expresa a acciones socialmente adecuadas quedaría imposibilitado de asumir interpretaciones que excluyan ya la propia tipicidad de tales actuaciones. A juicio de este sector doctrinal el problema que suscitan tal clase de acciones se plan-

(41) GÓMEZ INIESTA, D.J., *Blanqueo de Capitales*, *cit.*, p. 45, siguiendo las afirmaciones de SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., «Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española», en CPC, 1996, pp. 125 ss, p. 152, nota 94, quien afirmaba, en relación con los artículos 344 bis h) y 344 bis i) CP derogado, que el abogado que cobra sus honorarios profesionales de un cliente a sabiendas de su procedencia del tráfico de drogas, cometía un delito de blanqueo. Esta afirmación de SUÁREZ GONZÁLEZ era totalmente correcta respecto de la normativa derogada, dada su gran amplitud, en particular del tipo del artículo 344 bis i), que daba cabida a los negocios socialmente adecuados. Sin embargo, con la nueva redacción del artículo 301 CP, consideramos que tales conductas quedan excluidas de su ámbito de aplicación, por las razones que detallamos más abajo.

(42) De esta opinión FORTHAUSER, R., *Geldwäscherei de lege lata et ferenda*, München, 1992, pp. 78 ss; en la doctrina austríaca KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, *cit.*, p. 96.

(43) Así KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, *cit.*, p. 96.

(44) Cfr. KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, *cit.*, p. 96.

(45) Así KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, *cit.*, p. 96.

tea exclusivamente en el ámbito del dolo eventual. Este problema no se plantea, sin embargo, en los casos de dolo directo de primer y segundo grado. Para solucionar esta cuestión en el marco del dolo eventual proponen tales autores algunos criterios:

a) Uno de ellos consistiría en considerar que los negocios diarios susceptibles de ser utilizados para blanquear bienes de origen delictivo se desenvuelven en el marco del riesgo permitido (46). El desarrollo de actividades mercantiles diarias conlleva el peligro de la comisión de un delito de blanqueo de capitales, pero se considera permitido cuando se cumplen las reglas previstas para su desenvolvimiento por razones superiores de interés público. Sin embargo, esta solución, a juicio de este sector doctrinal, no es de gran utilidad, porque el criterio del riesgo permitido es insuficiente para delimitar el ámbito del tipo. Así, a la hora de abordar este problema en relación con el blanqueo de capitales, Forthausser (47) ha puesto el ejemplo del conductor que viaja por una calle a la velocidad correcta y mata a un niño que salta a la carretera desde un matarral de forma totalmente imprevisible, y sin poder evitarlo objetivamente. En este caso, el conductor no es punible porque no se le puede imputar el resultado de muerte a quien actúa diligentemente, pese a que se produzca el tipo objetivo, puesto que realiza un riesgo permitido y no prohibido. Ahora bien, si el conductor sabe que saltará el niño a la carretera, y pese a ello continúa conduciendo, y le mata, es responsable de un homicidio, pues podía objetivamente evitarlo. Por eso, concluye Klippl, en última instancia deciden aquí las representaciones subjetivas del autor la cuestión de si se ha producido un mero accidente o bien una acción punible, de manera que el recurso al criterio del riesgo permitido no aporta una solución definitiva a este problema (48).

b) Otra posibilidad sería distinguir dos categorías de acciones socialmente adecuadas (49): por un lado, aquellas acciones diarias

(46) Sobre este criterio cfr. ROXIN, C., «Finalidad e imputación objetiva», (Trad. de Enrique Casas Barquero), en CPC, 1990, p. 131, pp. 139 ss; también FRICH, W., Tipo penal e imputación objetiva, (Traductores, Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo y Yesid Reyes Alvarado; supervisor y coordinador de traducción, Arturo Ventura Püschel; dirección, Enrique Bacigalupo), Madrid, 1995, pp. 41 ss.

(47) Cfr. FORTHAUSER, R., *Geldwäscherei de lege lata et ferenda*, cit., p. 78.

(48) En este sentido KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, cit., pp. 96/7. En realidad, el problema que aquí se plantea es si el sujeto conoce las circunstancias que fundamentan el riesgo, y que pueden servir para valorar que su conducta supera el riesgo permitido. Se trata, en definitiva, de una cuestión concerniente a los conocimientos especiales que alberga el sujeto, y no tanto concerniente al dolo.

(49) Como explica KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, cit, p. 97.

que puede realizar cualquier persona, por ejemplo, la venta de alimentos o de bienes de primera necesidad, y, por otro, aquellas acciones diarias que se realizan por grupos profesionales propensos al blanqueo de capitales, a quienes se les imponen especiales obligaciones de cuidado. Para estos grupos profesionales las exigencias de cuidado son mayores en virtud de las obligaciones a que están sometidos legalmente. La dificultad de explicar las situaciones dudosas a las que se enfrentan estos grupos profesionales llevaría a afirmar en tales casos la punibilidad por acciones cometidas con dolo eventual, algo que se negaría para la primera categoría. Por tanto, en caso de que existieran sospechas, incluso mínimas, de que el negocio se realiza con bienes de origen delictivo, tales profesionales deberían activar investigaciones al respecto o no llevar a cabo el negocio (50).

c) Por vía legislativa también se podría solucionar este problema. Por ejemplo, mediante el aumento de los requisitos subjetivos respecto del tipo del blanqueo de capitales, dejando impune el realizado con dolo eventual. Esta posibilidad ha sido asumida en Austria, donde el tipo que da cabida a las acciones socialmente adecuadas exige que el blanqueo se realice con «conocimiento» (*wissentlich*) (§ 165 núm. 2 StGB austriaco), entendido éste como dolo directo (51). De esta manera, cuando exista conocimiento, el comportamiento típico es en todo caso merecedor de pena, aun cuando el autor del delito previo pueda acudir a un tercero desconocedor y obtener el servicio que desea sin ningún problema (52). Esta posibilidad podría ser de aplicación a la normativa española, de entender que el conocimiento exigido en el tipo del artículo 301 núm. 1 CP («sabiendo») equivale a dolo directo. Sin embargo, es mayoritariamente admitido que la expresión «sabiendo» incluye el dolo eventual (53). Es más, también los autores que mantienen una interpretación que da cabida en aquél artículo a las acciones socialmente adecuadas consideran que el blanqueo es punible incluso con dolo eventual (54).

(50) Cfr. algunas críticas a esta posibilidad en KLIPPL, I., *Geldwäscherei, cit.*, p. 97.

(51) El Código Penal austriaco define en su § 5 el dolo, distinguiendo tres clases; la intención (*absichtlich*), el conocimiento (*wissentlich*) y el dolo eventual; cfr. ampliamente al respecto, TRIFFTERER, O., *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Zweite neubearbeitete Auflage*, Wien-New York, 1994, Kap. 9, núm. 51 ss, pp. 171 ss.

(52) Así KLIPPL, I., *Geldwäscherei, cit.*, pp. 97/8.

(53) Cfr. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales, cit.*, Cap. VI, aptdo. III, con ulteriores referencias bibliográficas.

(54) QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios, cit.*, p. 1351.

d) Otra posible solución en caso de que se declare punible el blanqueo con dolo eventual consiste en excluir expresamente del tipo determinadas prestaciones (55). Se podrían descartar por ley el pago de prestaciones debidas o la prestación de servicios de primera necesidad dirigidos a garantizar la subsistencia del autor del delito previo o del blanqueador. Esta posibilidad fue inicialmente acogida, como ya hemos indicado, en el Proyecto del *Bundesrat* alemán del tipo del § 261 StGB, el cual fue rechazado por el gobierno.

e) Por último, como otra vía de solución de los supuestos de blanqueo realizados con dolo eventual mediante acciones socialmente adecuadas, cabe mencionar la introducción en el tipo de un límite cuantitativo por debajo del cual la conducta sería atípica (56). Quedarían así excluidos del tipo los negocios de pequeña cuantía, y mayormente también los dirigidos a satisfacer las necesidades indispensables para la vida de las personas, incluso pese a que concorra el conocimiento del origen delictivo del dinero con el que se pagan tales servicios, siempre y cuando la cantidad se sitúe por debajo del límite. Pero no sólo en estos casos, sino que también serían impunes cualesquiera otros, pese a no estar dirigidos a la adquisición de productos de primera necesidad, incluso cuando quien acepta el dinero sabe que procede de un delito, siempre y cuando la cuantía sea inferior a la indicada en el límite típico. El problema reside en determinar un límite razonable, el cual ha de ser lo suficientemente elevado como para posibilitar que el autor del delito previo pueda cubrir sus necesidades vitales, pero no tan excesivamente amplio como para ir en contra de la finalidad de aislar al autor del delito previo (57). Además, se plantea como efecto contraproducente que la introducción de un límite cuantitativo deje impune el *structuring*, esto es, el fraccionamiento de las cantidades que se blanquean por debajo del límite (58).

(55) KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, cit. p. 98.

(56) Ampliamente sobre esto KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, cit., pp. 98/9. Esta es una de las opciones que ha asumido expresamente la normativa austríaca.

(57) KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, cit., p. 98. También sobre el problema de la fijación de un límite para excluir los casos de bagatela del tipo del blanqueo, cfr. BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», cit., p. 162, donde recurre a preceptos de la normativa alemana para su solución.

(58) Este problema es indicado por KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, cit., p. 99, quien explica que al ser toda actuación por debajo del límite atípica, no cabe sumar o acumular las distintas cantidades y decir que se supera el límite, pues las acciones individualmente realizadas quedan excluidas del tipo penal. Esto se puede evitar, en su opinión, mediante el establecimiento de un límite inferior proporcionado, pues el tipo del blanqueo no se dirige a abarcar actuaciones con pequeñas cantidades.

1.1.3.2 Relativos al tipo objetivo

Frente a la postura que excluye la tipicidad de las acciones socialmente adecuadas en función del dolo del sujeto, esto es, con base en el tipo subjetivo, otros sectores doctrinales opinan que tales acciones quedan fuera ya del propio tipo objetivo. Para fundamentar esta postura en el ámbito del blanqueo de capitales proponen diferentes criterios que exponemos a continuación.

1.1.3.2.1 La teoría de la adecuación social

Un primer criterio al que se recurre normalmente es el relativo a la adecuación social. Según esta teoría, quedarían excluidas del tipo del delito de blanqueo de capitales las operaciones mercantiles de la vida diaria que se muevan dentro del ámbito de lo normal, de los límites de una gestión ordenada (59). Esta posibilidad es ampliamente expuesta por los autores que abordan el problema de las acciones socialmente adecuadas en el delito de blanqueo de capitales, pero todos ellos niegan la aplicación de este criterio como correctivo de validez general, fundamentalmente por su gran indeterminación (60).

1.1.3.2.2 La prohibición de regreso

Otro criterio que puede servir para limitar el tipo de blanqueo es el de la prohibición de regreso (61). En opinión de Jakobs, quedan exentas de responsabilidad penal aquellas personas que originan un curso causal dañoso cuando pueden distanciarse de las consecuencias del mismo; es posible el distanciamiento de un interviniente cuando «su comportamiento en el momento de su ejecución no depende en absoluto de que lo continúe la acción del ejecutor que realiza el tipo» (62). El «interviniente» crea una situación que puede ser utilizada por otras personas para realizar el tipo, pero de él mismo no ha recibido un sentido de realización del

(59) Cfr. WELZEL, H., Derecho Penal alemán, *cit.*, p. 84.

(60) Sobre las críticas a esta teoría en su concreta aplicación al delito de blanqueo de capitales, cfr. BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, p. 158; FLATTEN, T., *Zur Strafbarkeit von Bankangestellten bei der Geldwäsche*, Frankfurt am Main, 1996, pp. 125/6; KNORZ, J., *Der Unrechtsgehalt des § 261 StGB*, Frankfurt am Main, 1996, p. 169.

(61) JAKOBS, G., *Allgemeiner Teil*, *cit.*, 24. Abschn, núm. 15 ss; también JAKOBS, G., «*Regreßverbot beim Erfolgsdelikt - Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung*», en ZStW, 1977, pp. 1 ss.

(62) JAKOBS, G., *Allgemeiner Teil*, *cit.*, 24. Abschn, núm. 15.

tipo (63). El interviniente no ha pretendido crear ningún riesgo especial (64). A tales comportamientos pertenecen, según Jakobs, las operaciones de cambio de la vida cotidiana para las que el contacto social de los «intervinientes» con el autor se agota en la prestación de un objeto o de una información, y «la realización del objetivo perseguido subjetivamente además no pasa de ser asunto propio de cada uno» (65). Como demostración de esta idea construye algunos casos. Así, el ya citado ejemplo del panadero, al que no se le considera responsable como «partícipe en un homicidio», cuando adivina el plan delictivo del comprador de pan, quien desea envenenarlo y ofrecerlo para el consumo de sus invitados. Tampoco es responsable el acreedor por la utilización delictiva del dinero del crédito por parte del deudor. Esta interpretación se apoya en la reflexión de que el intercambio de informaciones y el tráfico comercial entre personas con preferencias muy diferentes sólo es posible mediante el aislamiento de la finalidad y mediante el aislamiento del sentido de la acción de cada uno (66). Sin embargo, esta teoría es ampliamente criticada, pues se dice que la participación en un homicidio no pertenece a los negocios típicos de un panadero; quien conoce la intención homicida del comprador de pan no puede quedar exento de responsabilidad penal por el hecho de que realiza un negocio normal de la vida diaria (67). Por ello, es mayormente rechazada su aplicación concreta a los supuestos de blanqueo de capitales (68).

1.1.3.2.3 El principio de proporcionalidad

Incluso algunos autores recurren al principio de proporcionalidad para excluir estos comportamientos del ámbito de aplicación del blanqueo de capitales. En opinión de Löwe-Krahl, el método de formular el injusto penal sólo con base en factores subjetivos choca contra la nueva dogmática penal. La sanción penal de las acciones que se mueven en el ámbito de las actividades profesionales típicas

(63) *Ibidem*.

(64) *Ibidem*.

(65) *Ibidem*, 24. Abschn, núm. 17.

(66) *Ibidem*, 24. Abschn, núm. 17.

(67) De esta opinión ROXIN, C., «*Was ist Beihilfe?*», *cit.*, p. 514.

(68) Cfr. ARZT, G., «*Geldwäscherei - Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung*», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ)*, 1990, pp. 1 ss, p. 4; BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, pp. 158/9; FLATTEN, T., *Bankangestellten*, *cit.*, pp. 137/8.

sería contraria desde el punto de vista constitucional a la prohibición de exceso (69). Sólo se cumple con el principio de proporcionalidad en los casos en los que se sancionan las acciones discrepantes de las habituales o normales (70).

1.1.3.2.4 El fin de protección de la norma. Su aplicación a los casos concretos

Tiene gran importancia el intento de Barton (71) de llevar a cabo una reducción teleológica de los tipos del blanqueo con base en el criterio del fin de protección de la norma. La finalidad perseguida por el legislador alemán con las normas sobre el blanqueo de capitales es impedir el ingreso oculto de las ganancias ilegales en el circuito financiero legal, de manera que los delincuentes queden aislados del entorno en sentido económico. También pretende dar a las autoridades de persecución penal mecanismos procesales para seguir el rastro documental que les permitan una reconstrucción del curso financiero, para tener así acceso a los centros de la organización criminal (72). Con base en estas finalidades, excluye este autor del tipo del delito de blanqueo de capitales determinadas acciones socialmente adecuadas. Esta posibilidad es también objeto de reparos, pues objetivo del legislador, como dejó claro en las discusiones sobre los proyectos del § 261 StGB, es abarcar las acciones socialmente adecuadas por entender que son también merecedoras de pena (73).

Este último criterio ha sido expresamente utilizado para solucionar los supuestos más problemáticos que venimos mencionando a lo largo de este trabajo.

(69) LÖWE-KRAHL, O., «Bankangestellten», *cit.*, p. 125.

(70) Cfr. LÖWE-KRAHL, O., «Bankangestellten», *cit.*, p. 125; en el mismo sentido KÖRNER, H./DACH, E., *Geldwäsche*, *cit.*, pp. 24/5, núm. 36. Sobre la importancia del principio de proporcionalidad para la interpretación de la ley penal en el ámbito de las actuaciones socialmente adecuadas de los empleados de banca en relación con las actividades ilegales de sus clientes, cfr. LÖWE-KRAHL, O., *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*, Stuttgart-München-Hannover, 1990, pp. 39 ss.

(71) BARTON, S., «Sozial übliche Geschäftstätigkeit», *cit.*, p. 159.

(72) En su opinión, en realidad los preceptos sobre el blanqueo tienen una finalidad esencialmente preventiva, pues más que dirigirse a una represión retrospectiva de la lesión del bien jurídico, se dirigen a impedir de futuros hechos delictivos. *Ibidem*, p. 160.

(73) En este sentido KNORZ, J., § 261 StGB, *cit.*, p. 170.

1.1.3.2.4.1 Respeto de los negocios necesarios para la vida diaria

La doctrina alemana niega mayoritariamente que los negocios con bienes de origen delictivo dirigidos a satisfacer las necesidades básicas para la vida de los delincuentes constituyan un delito de blanqueo de capitales, recurriendo fundamentalmente al criterio del fin de protección de la norma del blanqueo (74). Se dice que el límite del aislamiento del delincuente se encuentra situado allí donde éste pretende satisfacer con el dinero de origen delictivo necesidades humanas y sociales básicas. Por eso, opina Barton (75) que quien acepta dinero de origen delictivo destinado a la alimentación, vivienda, vestido, cuidado corporal, cultura, participación en la vida social u otras necesidades humanas básicas del autor del delito previo o del blanqueador, no realiza el tipo del blanqueo. Algo distinto, indica, conduciría a antinomias con los fundamentos jurídicos y éticos (cristianos) del orden social. Una norma tendente a prohibir totalmente que las personas puedan sufragar sus necesidades vitales con dinero manchado sería poco apropiada —en virtud de la prohibición constitucional de exceso—. Tal prohibición, que afecta a los fundamentos de la existencia física y social, conduciría a la negación de los medios de vida al autor del delito previo. La seguridad interior, uno de los fines que pretende la norma del blanqueo en Alemania, no resulta lesionada cuando alguien satisface en el ámbito de la normalidad social sus necesidades vitales. Más bien, el ordenamiento público y la paz social se verían menoscabadas si se negase a las personas la posibilidad de satisfacer sus necesidades básicas físicas o sociales de forma fraudulenta. Por tanto, concluye Barton, la financiación de los medios de vida necesarios con dinero de origen delictivo no es una conducta subsumible en el tipo del blanqueo; no es punible la aceptación de dinero manchado por la venta de alimentos, como pago por el arrendamiento de una habitación, por la venta de ropa, de productos para el cuidado corporal, de mobiliario y enseres de la casa, por razón de tratamientos médicos, por la utilización de los medios de transporte público, por la venta de entradas para el cine, para la

(74) Cfr. BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», cit., pp. 161/2. BOTTKE, W., «*Geldwäsche (Teil 2)*», cit., p. 123, se refiere a una limitación del riesgo de punibilidad en el marco interno del tipo («*tatbestandsinterne*» *Einengung*), mediante el juego de la cláusula del conocimiento exigida en el § 261 núm. 2 y el tipo imprudente del núm. 5.

(75) BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», cit., pp. 161/2.

piscina, etc ... (76) En el sector doctrinal español que da cabida a las acciones socialmente adecuadas en el artículo 301 núm. 1, se echa de menos una interpretación que tienda a limitar el tipo del delito de blanqueo en lo que a la aplicación a estos supuestos se refiere.

1.1.3.2.4.2 Respetto de los negocios de bagatela

Nuevamente recurre la doctrina alemana, y Barton en concreto, al fin objetivo de protección de la norma para proceder a una reducción teleológica del tipo del blanqueo, y negar que el bien jurídico protegido sea menoscabado cuando alguien acepta dinero del autor del delito previo en cantidades pequeñas a cambio de servicios normales (77). Por su parte, Körner/Dach recurren al principio de proporcionalidad y a la prohibición de exceso para excluir la sanción por blanqueo de los negocios de bagatela que se desarrollan en la vida diaria (78).

1.1.3.2.4.3 Respetto de los abogados y otros profesionales

Como hemos mencionado, algunos autores admiten la posibilidad de sancionar al abogado por el cobro de los honorarios profesionales a sabiendas de su procedencia delictiva. Este problema ha sido abordado por Barton en la doctrina alemana. Indica este autor que la asesoría jurídica y financiera no son servicios que puedan incluirse entre los imprescindibles para la vida de la persona (79). Pero ello no implica, dice, que la contratación de un abogado a quien se paga con dinero manchado suponga un delito de blanqueo. Estos profesionales gozan de un status jurídico especial en sus relaciones con los ciudadanos, que les exige la máxima discreción respecto de los datos que conozcan por razón del ejercicio profesional (secreto profesional) (80). La razón de este status reside, según Barton, en la protección de la relación de confianza que debe haber entre estos

(76) *Ibidem*.

(77) BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, p. 162; también LAMPE, E. J., «*Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)*», en JZ, 1994, pp. 123 ss, p. 128, llega a la misma conclusión. Este autor afirma la inconstitucionalidad del § 261 con base en la infracción del mandato constitucional de determinación.

(78) Cfr. KÖRNER, H./DACH, E., *Geldwäsche*, *cit.*, pp. 24/5, núm. 35/6.

(79) BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, p. 162.

(80) Respetto del secreto profesional cfr., artículo 24.2 párrafo 2 de la Constitución española, artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 199 ss CP, artículos 416.2 y 464 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículo 41.1 del Estatuto General de la Abogacía.

profesionales y los clientes que solicitan sus servicios: ha de existir entre el ciudadano y su abogado un ámbito de inviolabilidad. En el fondo subyace una ponderación de intereses, en la que son objeto de comparación el interés del Estado por obtener información y el interés dirigido a la protección de la confianza del ciudadano en su letrado (en concreto, la protección del derecho a la intimidad). La prevalencia de este último podría quedar disminuida de admitir que en caso de que el cliente comunique determinada información a su asesor, este hecho le impida aceptar dinero de su cliente, so pena de cometer un delito de blanqueo (81).

Recurre Barton a una reducción teleológica del tipo de blanqueo con base en el criterio del fin de protección de la norma. En su opinión, el fin de protección del § 261 StGB no resultaría realmente lesionado mediante la conducta consistente en el cobro de los honorarios por los servicios prestados por los abogados, lo que está muy claro para los tipos de blanqueo que tienen como bien jurídico predominantemente protegido a la Administración de justicia. En realidad, también los abogados pertenecen a la Administración de justicia. Si la norma pretende garantizar el buen funcionamiento de la Administración de justicia, esto no puede ser malentendido en el sentido de que ésta se identifica exclusivamente con los intereses correspondientes a las instancias de la persecución penal. A la Administración de justicia le corresponde también la salvaguardia de los intereses de los inculpados o procesados. Si el § 261 desea contribuir a que la Administración de justicia pueda realizar sus funciones, ello no se puede lograr dificultando el acceso a la defensa o a otras formas de asesoramiento jurídico. Es más, la interpretación de la norma debe tener en cuenta que para que funcione la Administración de justicia también ha de funcionar la asistencia letrada. En la medida en que la actividad de los letrados sea acorde con las costumbres normales, la aceptación de los honorarios que son financiados con dinero manchado no constituye un delito de blanqueo. Pero, incluso cuando el problema no se aborda tomando como punto de referencia el bien jurídico de la Administración de justicia, sino otros intereses protegidos por los tipos del blanqueo en Alemania, como la seguridad interior, no se puede sostener que ésta se encuentre amenazada cuando un letrado o un asesor aceptan los honorarios que les corresponden. La seguridad interior necesita la

(81) BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, p. 162.

paz jurídica y las garantías procesales del Estado de Derecho. A ellas pertenece también la defensa letrada (82).

1.2 *Postura personal. Interpretación del artículo 301 núm. 1 que excluye los negocios socialmente adecuados*

1.2.1 EN GENERAL

En nuestra opinión, el legislador español, en el marco de una regulación sobre el blanqueo de bienes de origen delictivo susceptible de grandes críticas, ha excluido los supuestos de actuaciones socialmente adecuadas del tipo de este delito. Tales comportamientos se encontraban anteriormente incluidos en el derogado artículo 344 bis i).

En efecto, frente a la interpretación ya analizada que admite la sanción de las conductas de adquisición, conversión o transmisión de bienes con conocimiento de su ilícita procedencia, siendo indiferente el ánimo que rige el comportamiento, creemos más correcta aquella que precisamente exige, tal y como expresamente indica el tipo del artículo 301 núm. 1, que quien adquiere, convierte o transfiere, actúe para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, o para ayudar a los partícipes en la infracción previa a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones (83). Por mandato legal expreso del artículo 301 núm. 1 tales conductas han de realizarse con finalidades básicamente encubridoras, de manera que de no existir, no serán subsumibles en el mismo. Como advierte Muñoz Conde, lo importante no es la realización de tales actos sobre bienes de origen delictivo, sino que se realizan con tales finalidades (84). Ya en el

(82) BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, p. 162.

(83) Cfr., en este sentido, MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal. Parte Especial, 11. edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Valencia, 1996, p. 475; ZARAGOZA AGUADO, J., «Receptación y blanqueo de capitales», en El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales. Manual teórico (III), vol. 4, pp. 449 ss, p. 465; PALOMO DEL ARCO, A., «Receptación y figuras afines», *cit.*, p. 450. Otras razones de carácter gramatical que avalan tal postura pueden verse en BLANCO CORDERO, I., El delito de blanqueo de capitales, *cit.*, Cap. III, aptdo. III.

(84) MUÑOZ CONDE, F., Parte Especial, *cit.*, p. 475; también GONZÁLEZ RUS, J. J., Curso de Derecho Penal español, Parte Especial, I, Dirigido por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1996, p. 852. En sentido contrario, y desde una interpretación que da cabida en el artículo 301 a los negocios socialmente adecuados, GÓMEZ INIESTA, D. J., Blanqueo de Capitales, *cit.*, p. 51, quien dice que la preposición «para» que emplea el artículo 301 núm. 1 no significa finalidad, sino que «describe la índole de la acción», la cual ha de ser «objetivamente adecuada para ocultar o encubrir».

Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, el artículo 309 núm. 1, que podría haber dado cabida a los negocios socialmente adecuados, exigía que el sujeto activo actuase con la intención que requiere la normativa vigente. En concreto, sancionaba la adquisición, la conversión o la transmisión de bienes, a sabiendas de su origen en un delito grave, con el propósito de ocultar o encubrir su origen ilícito, o de ayudar a la persona que haya participado en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos (85).

La solución, por tanto, al problema de las acciones socialmente adecuadas se ha encontrado mediante el recurso al reforzamiento del dolo en el tipo del blanqueo. Pero, al contrario de lo que ocurre en Austria, donde es suficiente el conocimiento (que no da cabida al dolo eventual), en España es precisa la intención, esto es, el dolo directo de primer grado (86). Por tanto, quien vende y recibe dinero de un traficante de drogas, pese a que conozca su origen delictivo, si no actúa con la intención de ocultar o encubrir el origen de tales bienes, o de ayudar al delincuente a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, no realiza el tipo del delito de blanqueo de capitales.

1.2.2 CONSECUENCIAS EN CASOS CONCRETOS

1.2.2.1 Respetto de los negocios necesarios para la vida

Serán atípicas según este criterio las conductas socialmente adecuadas dirigidas a la satisfacción de necesidades humanas y sociales elementales, esto es, a asegurar los medios de vida imprescindibles (87). Por tanto, quien acepta dinero procedente de un

(85) Expresamente indicaba: «El que adquiera, convierta o transmita bienes, a sabiendas de que éstos tienen su origen en un delito grave, con el propósito de ocultar o encubrir su origen ilícito, o de ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes». Sin embargo, el artículo 357 PCP de 1992, ubicado en el marco de los delitos relativos a las drogas, al estilo del artículo 344 bis i) CP derogado indicaba: quien «adquiera, posea o utilice bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que los mismos proceden de alguno de los delitos expresados en los artículos anteriores, será castigado con la pena de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de los bienes». Daba cabida, esta vez sí, a acciones socialmente adecuadas, pues no establecía ningún criterio limitador tal y como recoge la normativa vigente.

(86) Cfr. BLANCO CORDERO, I., El delito de blanqueo de capitales, *cit.*, cap. VI, apdo. III, con ulteriores referencias bibliográficas.

(87) Como dice BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, p. 161.

delito como contraprestación por la entrega de bienes o servicios dirigidos a la alimentación, vivienda, vestido, cuidado corporal, cultura, participación en la vida social u otras necesidades humanas básicas, no realiza el delito de blanqueo de capitales, pese a conocer el origen delictivo de los bienes, a no ser que actúe con la finalidad de ocultar o encubrir el origen de tales bienes, o de ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones. El propio tipo del artículo 301 núm. 1 CP excluye expresamente tales actuaciones sin necesidad de acudir a otros criterios limitadores como ocurre en Alemania (88).

1.2.2.2 Respetto de los negocios de bagatela

Quedan también excluidos del tipo los negocios diarios socialmente adecuados de escasa cuantía, esto es, los negocios de bagatela. La opción del legislador español de limitar la punibilidad a los comportamientos realizados mediante dolo directo de primer grado, excluye directamente los negocios socialmente adecuados de escaso valor. Quien acepta dinero del autor del delito previo, por ejemplo, el taxista que transporta al autor del delito previo por el precio normal del viaje, o el barman que le cobra una bebida alcohólica (89), no realiza el delito de blanqueo de capitales, si no actúa con las finalidades expresamente señaladas en el tipo del artículo 301 núm. 1.

1.2.2.3 Respetto de los abogados y otros profesionales

Discrepamos de las opiniones de Palomo del Arco y de Gómez Iniesta (90), para quienes la conducta del letrado que cobra sus honorarios de un blanqueador con dinero de origen delictivo está comprendida en el tipo del delito de blanqueo de capitales (91). En nuestra opinión, el letrado que ejerce su actividad profesional, y que cobra sus honorarios por ello, en la medida en que su actuación no tenga una finalidad ocultadora o encubridora, no realiza el tipo del

(88) Así BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, pp. 161/2, recurre a una reducción teleológica de los tipos del blanqueo para excluir estos supuestos, pero por razón de que tales tipos no establecen ningún criterio limitador de la punibilidad, cosa que si existe en el ordenamiento español.

(89) Ejemplos planteados por BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, p. 162.

(90) GÓMEZ INIESTA, D. J., *Blanqueo de Capitales*, *cit.*, p. 45.

(91) PALOMO DEL ARCO, A., «*Receptación y figuras afines*», *cit.*, p. 463.

artículo 301 núm. 1 CP (92). El propio tipo establece sus limitaciones y no es necesario acudir a los criterios de la adecuación social, ni a la alegación de la vulneración del derecho a la defensa letrada [art. 6.3.c)] CEDH) (93). Más problemas podría plantear la interpretación del inciso referido a la realización de cualquier acto «para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos». La conducta del abogado que defiende a un blanqueador, o que le da instrucciones para tratar de eludir ser procesado o penado, podría ser subsumible en el mencionado inciso. Sin embargo, la interpretación más razonable es entender que los actos dirigidos a la finalidad de eludir las consecuencias legales de los intervinientes en el delito previo han de recaer sobre los bienes de origen delictivo (94). Por eso, sólo los comportamientos manipulativos y clandestinos de los abogados que recaigan sobre los bienes de origen delictivo, y que tiendan a que su defendido eluda sus responsabilidades, serían subsumibles en el mencionado precepto. En cualquier caso, éste es el verdadero problema que puede plantear el tipo del artículo 301 núm. 1 CP respecto de los abogados, y no tanto el cobro de sus honorarios con dinero manchado (95).

La exclusión del tipo del blanqueo de estos supuestos es extensible no sólo a las remuneraciones que se mueven dentro de las tarifas orientativas, sino también a los posibles acuerdos sobre la retribución existentes entre los letrados y sus clientes (96). Del hecho de que un convenio de retribución supere las tarifas orientativas establecidas, no se puede concluir que se trata de un blanqueo punible. En la medida en que el dinero manchado se emplee sólo con el objetivo del pago de los honorarios por los servicios profesionales normales, su aceptación no supone un delito de blanqueo. Ello no significa que el ejercicio de la abogacía se sitúe en una zona libre, y

(92) Lo mismo sucede en Austria, donde el abogado defensor será considerado como blanqueador si recibe una cantidad superior a los 100.000 chelines austríacos, y además obra con «conocimiento» (dolo directo), cfr. KLIPPL, I., *Geldwäscherei*, cit., p. 130.

(93) Como parece hacer PALOMO DEL ARCO, A., «Receptación y figuras afines», cit., p. 463, apoyándose en autores extranjeros.

(94) BLANCO CORDERO, I, El delito de blanqueo de capitales, cit., Cap. III, aptdo. III.

(95) Una cuestión diferente, que no es objeto de esta contribución, es la posibilidad del comiso de tales bienes como procedentes de un delito, para lo cual habría que analizar si se cumplen los requisitos exigidos en el CP para poder acceder a los mismos (cfr. art. 127 CP, y para los delitos relativos a las drogas, art. 374).

(96) BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», cit., p. 163.

que se le concedan privilegios injustificados. Naturalmente, también los abogados pueden ser punibles por el blanqueo, por ejemplo, en caso de que guarden dinero «manchado» para ocultar su origen delictivo, o concluyan «contratos simulados de defensa» que no tengan por objeto una contraprestación por los servicios profesionales, sino que se dirijan a encubrir el dinero (97).

Este problema es igualmente intenso respecto de los asesores financieros y fiscales, pues si conocen el origen delictivo de los bienes de su cliente, y le ayudan a ocultarlos o a revestirlos de apariencia de legalidad para que pueda eludir sus responsabilidades penales, actúan típicamente conforme al artículo 301 núm. 1 CP. Pero no es típica su conducta cuando ésta consiste en el cobro de sus honorarios por razón de su actividad profesional.

2. El artículo 301 núm. 2 y los negocios socialmente adecuados

El artículo 301 núm. 2 sanciona los actos de ocultación o encubrimiento de los bienes procedentes de un delito grave (o de tráfico de drogas) a sabiendas de su procedencia delictiva. Un primer problema que se plantea consiste en determinar si los negocios calificados como socialmente adecuados pueden ser subsumibles en los tipos de ocultación o encubrimiento del artículo 301 núm. 2 CP. El empleado de banca que acepta un ingreso no sospechoso y cumple con todas las normas, realiza una actividad profesional normal, pero si alberga alguna sospecha, y pese a todo acepta el ingreso sin proceder a la preceptiva comunicación al organismo competente (98), estaría ocultando o encubriendo el origen delictivo de los bienes. En este último caso, su actuación no se estimaría socialmente adecuada, sino que perdería esta consideración y quedaría abarcada por el tipo del delito de blanqueo. En realidad, se trata de una actuación de carácter manipulativo y clandestino, que infringe las normas vigentes para la prevención del blanqueo de capitales, y es, por tanto, subsumible en el tipo penal (99). Como

(97) BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, p. 163, indica que si en el caso concreto concurre un contrato simulado, es necesario proceder a un examen cuidadoso para determinar si es punible como blanqueo de capitales.

(98) Cfr. artículo 3 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales; también el artículo 7 del Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

(99) BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, p. 160, se refiere acertadamente a la tendencia manipulativa o clandestina que han de tener estas acciones para ser típicas de blanqueo.

dice Barton, también el abogado, el notario o el asesor financiero que ocultan o encubren el origen delictivo de los bienes (100), actuando de manera manipulativa y clandestina, realizan un delito de blanqueo de capitales.

3. Negocios socialmente adecuados y artículo 301 núm. 3

El artículo 301 núm. 3 sanciona los hechos indicados en los dos números anteriores cuando se realicen por imprudencia grave. Si se sostiene que el artículo 301 núm. 1 da cabida a acciones socialmente adecuadas, su realización por imprudencia grave daría lugar igualmente a la sanción por blanqueo de capitales, al ser subsumible tal conducta en el tipo del artículo 301 núm. 3. Así lo afirman Vives Antón/González Cussac cuando entienden que las conductas del artículo 301 núm. 1 son dolosas «pero el apartado tercero habilita su incriminación imprudente» (101). Por tanto, el vendedor de pan que recibe como pago dinero procedente de un delito grave, y que desconoce por imprudencia grave su origen delictivo (102), sería autor de un delito de blanqueo. En opinión de Quintero Olivares, ello supone un deber de celo que puede tener una base legal, pero no para toda la ciudadanía. Por eso, articula un criterio de reducción del ámbito típico de esta modalidad imprudente, la cual sólo sería aplicable «a las personas y entidades que expresamente tengan deberes de control» (103).

Este problema, en relación con las acciones socialmente adecuadas, queda totalmente excluido si se considera, como hacemos nosotros, que aquéllas quedan fuera del tipo de blanqueo de capitales (104). Tales acciones, impunes incluso pese a existir conocimiento del origen delictivo de los bienes, con mayor motivo lo

(100) *Ibidem*.

(101) VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios, Vol. II, *cit.*, p. 1465; también en Parte Especial, *cit.*, p. 518.

(102) Aunque el tipo no limita la sanción del blanqueo exclusivamente a los supuestos de desconocimiento imprudente (por imprudencia grave) del origen delictivo, sino que la imprudencia grave se refiere a los propios hechos.

(103) QUINTERO OLIVARES, G., Comentarios, p. 1354; también en Comentarios a la Parte Especial, *cit.*, p. 710.

(104) Presenta problemas la interpretación de ZARAGOZA AGUADO, J., «Recepción y blanqueo de capitales», *cit.*, p. 475. Acertadamente, este autor exige inicialmente que las conductas de adquisición, conversión o transmisión de bienes procedentes de un delito grave (art. 301 núm. 1) hayan de realizarse con voluntad

serán de ser cometidas por imprudencia grave. Aunque en principio la norma penal no limita el ámbito de los sujetos punibles, es mayoritariamente admitido que la sanción del blanqueo imprudente encuentra su ámbito de aplicación fundamental en las actuaciones de los profesionales que infringen las obligaciones de cuidado que legalmente se les imponen (105). El resto de las personas no serán normalmente punibles por la modalidad imprudente, pues no se encuentran especialmente obligadas a controlar el origen delictivo de los bienes, y no les es exigible, por tanto, que comprueben su procedencia.

IV. CONCLUSIONES

El problema que plantean en la moderna dogmática penal las denominadas acciones socialmente adecuadas tiene también un reflejo en el ámbito del delito de blanqueo de capitales. La oferta de

ocultadora o encubridora. Sin embargo, cuando aborda la regulación del tipo imprudente del artículo 301 núm. 3, parece admitir que los tipos de conversión y de transferencia (e incluso la utilización, pese a no estar penada) de bienes de origen delictivo pueden ser cometidos por imprudencia grave. Así, se refiere al incumplimiento por parte de los directivos o empleados de las entidades financieras de las obligaciones y normas de actuación que deben adoptar para prevenir que el sistema financiero sea utilizado como instrumento para el blanqueo de fondos, «siempre que ese incumplimiento o falta de diligencia haya facilitado la ocultación, conversión, transferencia o utilización de bienes procedentes de actividades de narcotráfico y relacionadas con la delincuencia organizada». En nuestra opinión, sólo cabe la comisión imprudente del núm. 2 del artículo 301 CP, esto es, la ocultación o el encubrimiento de los bienes, la cual puede producirse a consecuencia de un incumplimiento grave por parte de los directivos y empleados de entidades financieras de las obligaciones legales impuestas. La transmisión de bienes procedentes de un delito grave por una persona, pese a que conozca su origen delictivo, si no infringe las normas ni lleva a cabo otra maniobra clandestina, no constituye blanqueo de capitales. La transmisión de tales bienes realizada por un empleado de banca que, a sabiendas de su origen, no lo comunica e infringe sus obligaciones, constituye un delito de blanqueo del artículo 301 núm. 2.

(105) En este sentido, entre otros, MUÑOZ CONDE, F., Parte Especial, *cit.*, p. 477; ZARAGOZA AGUADO, J., «Receptación y blanqueo de capitales», *cit.*, pp. 475 ss; PALOMO DEL ARCO, A., «Receptación y figuras afines», *cit.*, p. 460; también GONZÁLEZ RUS, J. J., Parte Especial, I, *cit.*, p. 856. Ver también la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales («BOE» núm. 311, de 29 de diciembre) y el 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» núm. 160, de 6 de julio; rect. «BOE» núm. 172, de 20 de julio).

bienes y servicios al público en general puede ser utilizada por los blanqueadores para reciclar el dinero procedente de acciones delictivas. Este hecho ha llevado a algunos autores a preguntarse si tales acciones podrían ser constitutivas también de un delito de blanqueo de capitales, o, por el contrario, si podrían ser impunes en función de diferentes criterios de delimitación del tipo. El problema se reproduce con especial importancia en el marco de la regulación española del delito de blanqueo de capitales, a la vista de la confusa redacción de los tipos penales del artículo 301 núm. 1 CP. Tal confusión da pie a diversas interpretaciones que van desde las que admiten la punibilidad de las acciones socialmente adecuadas, a las que la excluyen totalmente.

Una primera interpretación del artículo 301 núm. 1 entiende que la adquisición, la conversión o la transmisión de bienes procedentes de un delito grave son acciones subsumibles en el tipo, incluso cuando se realizan mediante dolo eventual. Se admite así la sanción de multitud de comportamientos calificados como socialmente adecuados, que serán constitutivos de un delito de blanqueo cuando se acepten bienes de origen delictivo. Se trataría así de aislar al autor de un delito o al blanqueador mediante la amenaza de pena a los ciudadanos que realicen negocios con ellos. Sería una especie de excomunión económica de tales personas (106). Una interpretación en este sentido podría plantear en opinión de la doctrina incluso problemas constitucionales, pues se limita a los ciudadanos la posibilidad de participar en el tráfico de bienes y servicios sin riesgo de que se les imponga una pena, y de ofrecer los bienes y servicios que produzcan contra el pago de una remuneración sin tener que controlar su origen, y sin tener que dar un tratamiento especial a las demandas cuya legalidad sea cuestionable (107). La doctrina alemana estima que esta interpretación toca tangencialmente el contenido esencial de los derechos fundamentales económicos del ciudadano relativos a la participación en el tráfico de bienes y servicios, al someterle a un riesgo muy elevado de punibilidad (108). Esta forma de actuar por parte del legislador, tratando de aislar a los autores del delito previo, se aleja en gran medida, como dice Barton,

(106) En sentido similar SALDITT, F., «*Der Tatbestand der Geldwäsche*», en *Arbeitsgemeinschaft Strafrecht. Strafverteidiger-Forum 4/92. Mitteilungsblatt der Strafverteidigervereinigung des DAV*, pp. 121 ss, p. 121.

(107) En este sentido BOTTKE, W., «*Geldwäsche (Teil 2)*», *cit.*, p. 122.

(108) En este sentido BOTTKE, W., «*Geldwäsche (Teil 2)*», *cit.*, p. 123; también LAMPE, E. J., «*Geldwäsche*», *cit.*, p. 128, afirma la inconstitucionalidad del § 261 con base en la infracción del mandato constitucional de determinación.

del Derecho Penal burgués clásico y se dirige hacia lo que –en expresión de Jakobs– se denomina «Derecho Penal del enemigo» («*Feindstrafrecht*»), en el que se considera al ciudadano como un riesgo para la seguridad, de manera que el legislador cree que debe reaccionar ante determinadas formas de criminalidad con una especie de «Derecho Penal de estado de necesidad» («*Notstandsstrafrecht*»). Esto da lugar, en opinión de este autor, a un fraude de etiquetas: no se sancionan sólo las acciones constitutivas de blanqueo de capitales, sino que se tipifica igualmente la «punibilidad por la quiebra de la excomunión económica» de los delinquentes (109). Una interpretación en este sentido puede ser contraria incluso al carácter subsidiario y fragmentario del Derecho Penal, pues se invierte la regla según la cual un comportamiento normal y diario es básicamente impune, y sólo excepcionalmente punible, considerándose punibles como blanqueo con carácter general todas las actuaciones socialmente adecuadas (110).

Creemos más apropiada la interpretación que, de acuerdo con el mandato legal expreso del artículo 301 núm. 1 CP, declara punibles las conductas sobre los bienes de origen delictivo únicamente cuando se dirigen a ocultar o encubrir su procedencia, o a ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones. La exigencia de dolo directo limita la amplitud excesiva del tipo del artículo 301 núm. 1 CP, dejando impunes las acciones socialmente adecuadas, pese a que se realicen con conocimiento del origen de los bienes, si no tienen un carácter manipulativo, clandestino, y no se incumplen por parte de los profesionales las obligaciones de control legalmente impuestas. Sin embargo, permanece abierta la cuestión de si las acciones socialmente adecuadas, tal y como propone un importante sector de la doctrina alemana, deberían quedar excluidas ya en el marco del tipo objetivo conforme a alguno de los criterios delimitadores antes expuestos (111), problema éste que debe ser abordado en el marco de la teoría general de la tipicidad penal.

(109) BARTON, S., «*Sozial übliche Geschäftstätigkeit*», *cit.*, p. 163. Esta última expresión es de SALDITT, F., «*Der Tatbestand der Geldwäsche*», *cit.*, p. 121.

(110) En este sentido, KNORZ, J., § 261 *StGB*, *cit.*, p. 171.

(111) Cfr. apartado III, 1.1.3.2.

La regulación de la eutanasia en Holanda (1)

CARMEN TOMÁS Y VALIENTE

Profesora de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Introducción y delimitación conceptual.—II. La evolución hacia la regulación actual de la eutanasia en Holanda.—III. La jurisprudencia de los tribunales holandeses. El estado de necesidad como causa de justificación en el ámbito de la eutanasia activa.—IV. Valoración de la situación actual en Holanda.—V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Holanda es el único país europeo en el que existe una regulación de la práctica de la eutanasia activa. Se trata, como enseña ver-

(1) El presente trabajo fue realizado a lo largo del mes de diciembre de 1995 durante una estancia en el Max-Planck-Institut de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo, Alemania, financiada por el Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). En la elaboración del mismo se tuvo muy en cuenta un trabajo en lengua inglesa del Profesor holandés VAN KALMMTHOUT, de la Universidad de Tilburg. Dicha aportación, con algunas modificaciones, fue publicada recientemente en castellano, bajo el título «Eutanasia, ayuda al suicidio y terminación activa de la vida sin solicitud expresa en los Países Bajos», en *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, coordinado por los profesores Díez RIPOLLÉS y MUÑOZ SÁNCHEZ, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp. 263 ss. A pesar de que la publicación mencionada pone a disposición del lector en lengua castellana datos e informaciones hasta ahora difíciles de encontrar, y que el presente artículo pretendía proporcionar, he considerado que el mismo podría seguir resultando útil para quien no conozca la lengua holandesa, dado que se ha intentado incluir en él la mayor información disponible sobre el tema en inglés y alemán, así como opiniones doctrinales y traducciones de la jurisprudencia holandesa en estos idiomas.

mos, de una regulación peculiar –tanto más por cuanto su contenido fundamental se refiere a cuestiones procedimentales y no sustantivas– que posibilita que, en determinadas circunstancias, conductas de homicidio consentido y de participación en el suicidio no sean castigadas a pesar de que ambas permanecen tipificadas en el Código Penal. En estas páginas trataré de explicar el proceso de debate social, médico y legislativo que ha desembocado en la situación actual, proceso en el cual la jurisprudencia de los tribunales holandeses ha jugado un papel esencial.

En la bibliografía consultada resulta muy frecuente encontrar la afirmación de que en Holanda el término «eutanasia» se utiliza en un sentido restringido, comúnmente adoptado por todos los participantes en la discusión pública sobre el tema. El concepto «eutanasia» se emplearía únicamente en referencia a lo que, utilizando la terminología usual en otros países, denominaríamos eutanasia directa (en el sentido de que se realiza con la intención de terminar con la vida), y a petición del enfermo (2). Por último, debe también señalarse que el debate holandés se ha centrado fundamentalmente en torno a la eutanasia activa, si bien no todos los autores exigen este elemento para poder hablar de eutanasia (3). En cualquier caso, aunque este carácter

(2) Éste es el significado que se atribuye al concepto en el informe presentado en 1985 por la Comisión Estatal para el estudio de la eutanasia, un resumen del cual –en traducción inglesa– puede encontrarse en *Bioethics* vol.1 núm. 2 (1987), pp. 163 ss. Las notas de que la conducta se realice con el propósito directo de terminar con la vida (de modo que queda excluida la eutanasia indirecta) y a petición expresa del paciente (lo que implica que no sería eutanasia en este sentido la no solicitada) son unánimemente requeridas por la doctrina holandesa para una utilización propia del término. Así, VAN DELDEN/VAN DER MAAS/PIJNENBORG, «The Rammelink Study; Two Years Later», *Hastings Cent Rep* 23 (1993)6, p. 26; GRIFFITHS, «The Regulation of Euthanasia and Related Medical Procedures That Shorten Life in the Netherlands», *Med Law Int* 1994, vol 1, p. 138; el mismo, «Recent Developments in the Netherlands Concerning Euthanasia and Other Medical Behavior That Shortens Life», *Med Law Int*, 1995, vol 1, pp. 347 y 350; VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, pp. 287-8 y p. 288, nota 41; LEENEN, «The Definition of Euthanasia», *Med Law* 3 (1984)3, pp. 333 y ss.; VAN DER MAAS/VAN DELDEN/PIJNENBORG/LOOMAN, «Euthanasia and Other Medical Decisions Concerning the End of Life», *Lancet* 338 (1991)8768, p. 669; RIGTER, «Euthanasia in the Netherlands: Distinguishing Facts from Fiction», *Hastings Cent Rep* 19 (1989) p. 31; RIGTER/BORST-EILERS/LEENEN, «Euthanasia Across the North Sea», *Br Med J* 297 (1988)6663, p. 1593; DE WACHTER, «Euthanasia in the Netherlands», *Hastings Cent Rep* 22 (1992)2, p. 23; VAN DER WAL, «Unrequested Termination of Life: Is It Permissible?», *Bioethics* vol.7, n. 4 (1993), p. 332; VAN DER WAL/DILLMANN, «Euthanasia in the Netherlands», *Br Med J* 308 (1994)6940, p. 1346.

(3) Sí lo exigen expresamente RIGTER (*Hastings Cent Rep* 1989, p. 31); DE WACHTER (*Hastings Cent Rep* 1992, p. 23); VAN DER WAL/DILLMANN (*Br Med J* 1994, p. 1346).

activo de la conducta no se mencione siempre expresamente en las definiciones que se ofrecen del concepto «eutanasia», sí es claro que la mayoría de los supuestos que en otros países se denominan normalmente «eutanasia pasiva» quedan claramente excluidos de la discusión que ha tenido lugar estos últimos años en Holanda, por considerarse reservados al ámbito de decisión de los médicos dentro de la práctica correcta de su profesión. Así ocurre con: 1) la retirada o suspensión del tratamiento a petición del paciente –lo que no es más que una manifestación de la idea del «consentimiento informado», como derecho que asiste a todo paciente– y 2) la abstención de continuar o iniciar un tratamiento en casos en que éste pueda considerarse médicamente inútil (4).

Puede decirse, en definitiva, que la discusión de las últimas dos décadas sobre el tema de la eutanasia se ha centrado en Holanda en la práctica de la eutanasia activa consentida. Por otra parte, es necesario señalar que el término eutanasia se emplea normalmente como sinónimo del *homicidio* cometido a petición del paciente, un fenómeno mucho más frecuente en la práctica que la participación en el suicidio de un enfermo. A pesar de que éste sea el significado que se le otorga en una utilización más estricta, puede decirse sin embargo que el concepto de eutanasia también es utilizado en ocasiones en sentido

(4) Ambos supuestos, –junto al de la eutanasia indirecta– son expresamente excluidos de la definición de eutanasia en el informe de la Comisión Estatal, *Bioethics* 1987, p. 174. En el mismo sentido, JKM GEVERS, «Legal Developments Concerning Active Euthanasia on Request in the Netherlands», *Bioethics* vol. 1 núm. 2, 1987 p. 157; LEENEN, «Dying with Dignity: Developments in the Field of Euthanasia in the Netherlands», *Med Law* 8 (1989)5, p. 520; RIGTER, *Hastings Cent Rep* 1989 p. 31; DE WACHTER, *Hastings Ctr.Rp.* 1992, p. 23; VAN DER WAL, *Bioethics* 1993, quien señala que estas prácticas suelen denominarse en Holanda «formas aparentes» de eutanasia (p. 332), y que entran dentro de lo que se considera «práctica médica normal» (p. 334). Utiliza esta misma expresión VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, p. 319, señalando que «[s]i el paciente muere como resultado de una de estas tres situaciones, a esto (sic) se considera una muerte natural», que queda fuera de la regulación que posteriormente vamos a examinar. Este autor (p. 288) señala que la terminología «formas aparentes de eutanasia» procede del profesor holandés Leenen. En contra de la total exclusión de la eutanasia indirecta y de la retirada de tratamientos inútiles, JOCHEMSEN, «Euthanasia in Holland: an Ethical Critique of the New Law», *J Med Ethics* 20 (1994), pp. 213-4. Por su parte, GRIFFITHS, aunque acepta y emplea el término «eutanasia» en el sentido habitual en Holanda (*vid. supra*, nota 2), insiste en la gran permeabilidad existente entre aquella y las formas consideradas «práctica médica normal»; en este sentido, advierte de la facilidad con la que los comportamientos pueden ser «construidos» para adecuarse a una u otra modalidad, de lo que se deduce la inutilidad de los controles establecidos en torno a la eutanasia si éstos no se reproducen en el ámbito de las otras conductas mencionadas (*Med Law Int* 1994, pp. 143-150 y *Med Law Int* 1995, p. 350).

amplio para significar el mero auxilio al suicidio producido en circunstancias análogas. La doctrina y la jurisprudencia holandesas no se detienen en analizar detalladamente (al menos no en el contexto del debate específico sobre la eutanasia) las diferencias entre una y otra figura, y los criterios de justificación —derivados de la situación eutanásica— que se construyen en torno al homicidio consentido se aplican de manera idéntica para justificar la participación en el suicidio (5).

A pesar de que en un principio pudiera parecer que la mayor delimitación de un concepto (en el sentido de atribuirle más notas definitorias) resulta siempre útil y clarificadora, no creo que éste haya sido el caso en lo referente a la utilización del término «eutanasia» en la bibliografía consultada. Ello afecta especialmente a la inclusión de la nota de voluntariedad como elemento definitorio del concepto que nos ocupa. Esta restricción del término pudo a mi juicio resultar útil en su momento a efectos de aclarar qué supuestos eran los que se estaban discutiendo públicamente. Es claro que de ser posible un cierto consenso en el espinoso tema de la terminación de la vida de pacientes que padecen graves sufrimientos, éste sería más fácil de alcanzar en los casos de eutanasia expresamente solicitada. Ello motivó que lo que sería un elemento —en su caso— justificativo de la terminación de la vida de un paciente pasara a considerarse como un aspecto esencial dentro del propio concepto de eutanasia (6). Sin embargo, los problemas no se agotan en las definiciones; si bien en un primer momento la reforma de la legislación se planteaba sólo en relación con la eutana-

(5) Vid. por ej. GRIFFITHS, *Med Law Int* 1994, p. 155, nota 2; el mismo, *Med Law Int* 1995, p. 380, nota 3. La idea expresada en el texto se aclara quizás si llamamos la atención sobre el dato de que varias de las sentencias que comúnmente se citan como ejemplos de la Jurisprudencia holandesa sobre la eutanasia parten de supuestos de hecho reconducibles a la participación en el suicidio. Así, la sentencia del *Bezirkgericht* de Rotterdam de fecha 1 de diciembre de 1981 (extractada por SCHOLTEN, *Materialien zur Sterbehilfe*, Max-Planck-Institut für Strafrecht, Freiburg 1991, pp. 473-4), o la del Tribunal Supremo holandés de 21 de junio de 1994 (sobre esta sentencia, vid *infra* en el texto).

(6) En este sentido, VAN DELDEN/VAN DER MAAS/PIJNENBORG, *Hastings Cent Rep* 1993, p. 26. Autores con una actitud crítica frente a la práctica de la eutanasia interpretan esta definición restringida, centrada en la voluntariedad, como «una estrategia para conseguir la aceptación de la práctica general, la cual se volvería posteriormente sobre un segundo factor, el alivio del sufrimiento, como justificación en los casos en que los pacientes no tienen capacidad para solicitar la eutanasia» (CAPRON, «Euthanasia in the Netherlands: American Observations», *Hastings Cent Rep* 22, 1992, 2, p. 31). Más adelante nos referiremos a la relación entre estos dos elementos, la autodeterminación del paciente por un lado y la idea del sufrimiento con el que se quiere terminar por otro.

sia consentida, el hecho es que en Holanda hoy ya se discuten con fuerza determinados supuestos de la no solicitada (7). Por ello, la inclusión de todas estas situaciones en el concepto de eutanasia resulta, a mi juicio, más clarificadora que perjudicial, sin que deje de ser esencial resaltar las importantísimas diferencias que existen entre los distintos tipos de eutanasia.

Así, la definición más acertada del término es a mi entender la que parte de la existencia de graves dolores físicos o de un gran sufrimiento del paciente (la exigencia de que se trate o no de un enfermo terminal ya es más discutida y discutible, como veremos). Ésta de la enfermedad o del sufrimiento es a mi juicio una nota básica común, independiente de que el paciente solicite la eutanasia, se oponga a ella o no se manifieste al respecto por no poder hacerlo. Parece evidente que la voluntad del enfermo es un criterio fundamental en la diferenciación y paralela valoración jurídica de unos y otros supuestos; pero esta característica debe analizarse en el ámbito de la justificación de la eutanasia, y no emplearse como un elemento definitorio del concepto, que excluya del mismo todo supuesto no expresamente consentido (8).

II. LA EVOLUCIÓN HACIA LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA EUTANASIA EN HOLANDA

La evolución de la situación jurídica hasta llegar a la regulación actual de la eutanasia ha estado jalonada de informes, propuestas, estudios y acuerdos de y entre diferentes instancias de la sociedad holandesa, así como marcada por una jurisprudencia que ha sido la verdadera pionera en una mayor permisividad hacia la eutanasia

(7) Eutanasia «no solicitada» (también llamada «no voluntaria») es el término que comúnmente se emplea para designar aquella que no ha sido objeto de solicitud expresa, por tratarse de una persona incompetente (bebés, sujetos en estado vegetativo), que no puede por ello manifestar su voluntad. Este supuesto se contrapone al que suele denominarse eutanasia «involuntaria», que es aquella que se practica en contra de la voluntad expresada por el sujeto.

(8) No estoy por tanto de acuerdo con la definición del concepto ofrecida por LEENEN en *Med Law* 1984, pp. 333 ss. Este autor considera que el elemento de la voluntariedad es esencial a idea de eutanasia, mientras que los factores de sufrimiento o enfermedad pertenecerían al campo de su justificación. A mi juicio, ocurre precisamente al contrario; el concepto de LEENEN identifica eutanasia con homicidio solicitado sin más, y le sustrae su nota más característica, que es su relación con la enfermedad o el sufrimiento.

activa consentida. En esta gran polémica social y política han participado sucesivos Gobiernos, grupos parlamentarios, asociaciones pro eutanasia, comisiones especiales de investigación, tribunales médicos disciplinarios, organizaciones religiosas, cuerpos consultivos, medios de comunicación... (9).

Como hitos más significativos dentro de esta evolución pueden señalarse los siguientes: En el contexto de un debate social iniciado ya en los años setenta, en 1982 se constituyó una *Comisión Estatal o Gubernamental para el estudio de la eutanasia*, publicándose su informe en 1985 (10). La Comisión, por trece votos contra tres, propuso la reforma del Código Penal holandés, justificando el homicidio consentido o la asistencia al suicidio realizados en determinadas circunstancias y dentro de la práctica médica cuidadosa.

También en 1985 el grupo minoritario de oposición *Demócratas 66* presentó un proyecto en el Parlamento (11), similar a las propuestas de la Comisión Estatal. Algo más restrictivo, pero sugiriendo igualmente una reforma del Código Penal en el mismo sentido que los anteriores, fue el denominado «*Proyecto-prueba*», presentado en enero de 1986 por el Gobierno. Éste consideraba que era todavía demasiado prematuro legislar el tema de la eutanasia; con este «proyecto», al que no se quiso dar la categoría oficial de proyecto de ley, quiso sin embargo anunciar cuál sería su propuesta en el caso de que el Parlamento decidiese iniciar un proceso legislativo al respecto (12).

(9) GRIFFITHS, *Med Law Int* 1995, p. 378. Una idea general de cuáles han sido los pasos más importantes en este proceso ofrecen: VAN DELDEN/VAN DER MAAS/PIJNENBORG, *Hastings Cent Rep* 1993, p. 25; JKM GEVERS, *Bioethics* 1987, pp. 160-1; el mismo, «Legislation on Euthanasia: Recent Developments in the Netherlands», *J Med Ethics* 18 (1992)3, pp. 138-140; LEENEN *Med Law* 8(1989)5, pp. 523-5; MARÍN GÁMEZ: «La eutanasia desde la perspectiva del Derecho comparado. Especial atención a los casos holandés y norteamericano», *Revista de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 85, 1996, pp. 149-56; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, «La eutanasia activa en la legislación holandesa», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 1994, pp. 1157-60; SCHOLTEN, *Materialien...*, pp. 463 a 467; VAN DER WAL/DILLMANN, *Br Med J* 1994, pp. 1347-8. Críticamente TEN HAVE/WELIE, «Euthanasia: Normal Medical Practice?», *Hastings Cent Rep* 22 (1992)2 *passim*, y REIS, *EuGRZ* 1987, 285 y ss. Muy detalladamente VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, pp. 274-86.

(10) *Vid. supra*, nota 2. Sintetizan las conclusiones de dicho informe JKM GEVERS (*Bioethics* 1987, pp. 160-1); el mismo (*J Med Ethics* 1992, p. 138); LEENEN (*Med Law* 1989, pp. 523-4); *vid.* igualmente VAN KALMMTHOUT («Eutanasia...», pp. 274-6).

(11) VAN KALMMTHOUT, «Eutanasia...», p. 276. Un resumen del Proyecto puede encontrarse en alemán en SCHOLTEN, *Materialien...* pp. 493 a 495.

(12) VAN KALMMTHOUT, «Eutanasia...», p. 278; JKM GEVERS, *Bioethics* 1987, p. 161; LEENEN, *Med Law* 1989, p. 524; SCHOLTEN *Materialien...*, p. 465-6, REIS, *EuGRZ* 1987, p. 286.

Tanto el Proyecto de los Demócratas 66 como el «Proyecto-prueba» del Gobierno fueron sometidos al *Consejo de Estado*, que hizo público su informe en julio de 1986. A través de éste, el alto organismo consultivo se manifestó en contra de emprender el camino de una regulación legal, por entender por un lado que la discusión sobre la conveniencia de la misma aún no había terminado, y señalando por otra parte que los conceptos centrales –tales como «sufrimiento insoportable» o «situación insostenible»– eran demasiado vagos y subjetivos para poder operar como conceptos legales (13). En cualquier caso, lo más reseñable de este informe es, a mi juicio, la recomendación del Consejo de Estado en el sentido de esperar a que existiera un mayor número de decisiones judiciales (14), lo que demuestra la ya mencionada importancia esencial de la jurisprudencia en el desarrollo de la consideración jurídica de la eutanasia en los Países Bajos.

En diciembre de 1987 el Gobierno presentó un *nuevo Proyecto* al Parlamento, con cambios sustanciales respecto del anterior (15). Este Proyecto no proponía la reforma del Código Penal, sino que se limitaba a establecer unas disposiciones sobre las reglas de cuidado que debían seguirse en la práctica de la eutanasia activa, basadas en los criterios jurisprudenciales al respecto, que para entonces se encontraban ya en cierto modo consolidados. Dichas reglas deberían incluirse en la Ley para la práctica médica, y el examen del cumplimiento correcto de dichos requisitos en el caso concreto se dejaría a los tribunales (16). En cualquier caso, este Proyecto nunca llegó a ser aprobado.

Después de las elecciones de 1989, demócrata-cristianos y socialistas, que formaban coalición en el Gobierno, acordaron que la eventual legislación sobre el tema debía pasar por la realización previa de una investigación seria en el seno de la profesión médica, en la que se pudiera constatar la frecuencia real de este tipo de casos. La elaboración del informe corrió a cargo de la llamada *Comisión Remmelink* (17), y el mismo fue publicado el 6 de septiembre de 1991 (18).

(13) VAN KALMMTHOUT, «Eutanasia...», p. 279.

(14) JKM GEVERS, *Bioethics* 1987, p. 161; REIS, *EuGRZ* 1987, p. 286.

(15) Una traducción alemana del mismo se encuentra en SCHOLTEN, *Materialien...*, pp. 497-8. *Vid.*, ampliamente, VAN KALMMTHOUT, «Eutanasia...», pp. 279-81, donde se recogen las numerosas críticas que fueron formuladas al Proyecto gubernamental.

(16) SCHOLTEN, *Materialien...*, p. 466.

(17) Nombre del Fiscal General del Tribunal Supremo que la presidía.

(18) VAN KALMMTHOUT, «Eutanasia...», p. 282. Sobre los métodos de la investigación estadística en la que se basó el informe y comentando sus resultados *vid* GRIFFITHS, *Med Law Int* 1994, pp. 139-146; VAN DER MAAS/VAN DELDEN/PIJENBORG/LOOMAN, *Lancet* 1991, pp. 669 y ss; PIJENBORG/VAN DELDEN/KARDAUN/GLERUM/VAN DER

Antes ya de la publicación del informe Remmelink, y respondiendo a las presiones ejercidas por los representantes de la profesión médica (19), –los cuales se quejaban de la inseguridad que padecían a pesar de la permisiva jurisprudencia–, el Gobierno dio un paso muy importante hacia la regulación actual: el 1 de enero de 1990 entró en vigor el denominado «Meldingsprocedure Euthanasie» («*Procedimiento de Notificación de la Eutanasia*»), base de la ley actual (20).

Con ello llegamos a la regulación actual de la eutanasia y el suicidio asistido. Como hemos mencionado anteriormente, la reforma legislativa operada a finales de 1993 en Holanda no afecta en sí misma a cuestiones sustantivas: el legislador holandés no ha modificado en ningún

MAAS, «Nationwide Study of Decisions Concerning the End of Life in General Practice in the Netherlands», *Br Med J* 309 (1994)6963, pp. 1209 ss.

(19) KEOWN, en «The Law and Practice of Euthanasia in the Netherlands», *Law Q Rev* 108 (1992), p. 57, destaca la importancia del papel que en la evolución hacia la situación legal actual han desempeñado los propios médicos, a través de su organismo representativo más importante, la Real Asociación Holandesa de Médicos (KNMG); en el mismo sentido, GRIFFITHS, *Med Law Int* 1995, p. 378. Dicha asociación formuló ya en 1973 una «Declaración Provisional» sobre la eutanasia; en 1984 su comité central publicó un importante informe sobre el tema, en el que se fijaban criterios sobre su práctica que habrían influido a su vez en los que luego iría desarrollando la jurisprudencia (el texto completo en alemán de este informe puede encontrarse en VON LUTEROTTI, *Ärztliche Handlungsanleitungen im Grenzbereich von Leben und Tod in strafrechtlicher Sicht*, Freiburg 1990, Apéndice, pp. 47 a 68; un resumen del mismo también en lengua alemana aparece en SCHOLTEN, *Materialien...*, pp. 489-90). A este informe siguieron unas «Directrices sobre Eutanasia» que reproducen esos mismos criterios. Como decíamos, éstos coinciden esencialmente con los jurisprudenciales, excepto quizá en el carácter indispensable que los médicos atribuyen a la consulta con otro profesional, requisito no tan claro en la jurisprudencia. Por otra parte, quizá sea interesante señalar que, según estas directrices, la eutanasia admisible no tiene necesariamente que restringirse a los casos en que haya comenzado ya el proceso de muerte, y ello por dos razones: primero porque el comienzo de éste es muy difícil de señalar, y segundo porque se considera que no sería razonable negar la eutanasia al paciente que sufre enormemente con el solo argumento de que la fase de muerte no ha comenzado todavía. Esta última idea del informe del 84 modifica en sentido contrario la anterior recogida en el documento del 73 (KEOWN, *Law Q Rev* 1992, p. 59).

Sobre los cuatro informes de la KNMG relativos a pacientes inmersos en distintas modalidades de incompetencia (bebés nacidos con graves malformaciones, pacientes en coma prolongado, enfermos de demencia senil y pacientes psiquiátricos, documentos publicados en 1991, 1992, 1993 y 1993 respectivamente), *vid.* GRIFFITHS, *Med Law Int* 1995, *passim*, e *infra* notas 51, 53 y 57.

(20) El contenido de este procedimiento de notificación es resumido por VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, pp. 282-3, así como por JKM GEVERS en *J Med Ethics* 1992, p. 139. Sobre el mismo *vid.* igualmente VAN DELDEN/VAN DER MAAS/PIJENBORG (*Hastings Cent Rep* 1993, p. 25); TEN HAVE y WELIE *Hastings Cent Rep* 22 1992 2, p. 37); KEOWN (*Law Q Rev* 1992, p. 60); VAN DER WAL/DILLMANN (*Br Med J* 1994, p. 1347).

sentido el Código Penal (separándose así de la mayoría de los Proyectos y propuestas que acabamos de mencionar), de modo que tanto el homicidio consentido como la participación en el suicidio permanecen tipificados en los artículos 293 y 294 del Código Penal holandés –respectivamente–. Tampoco se ha establecido, como en un principio pudiera pensarse, una específica causa de justificación aplicable a los casos en que uno u otro hecho típico se realice en unas determinadas circunstancias «eutánicas». El legislador se ha limitado a desarrollar un determinado procedimiento de notificación de toda muerte no natural, en el que intervienen médico implicado, forense y fiscal. Ahora bien, para comprender lo que se pretende con el establecimiento de este procedimiento de notificación es necesario tener presente que en 1993 existía ya una jurisprudencia clara sobre la práctica de la eutanasia activa consentida, que se consideraba justificada por estado de necesidad siempre que se cumplieran determinados requisitos o criterios. La regulación adoptada en diciembre del 93 tiene su base implícita en dicha jurisprudencia, puesto que establece que los fiscales han de revisar el cumplimiento de dichos criterios en todos los casos que les sean notificados, pero no la convierte en norma sustantiva. Veamos pues más detalladamente en qué consiste dicho procedimiento.

El 2 de diciembre de 1993 el Parlamento holandés aprobó la reforma de la Ley de Inhumaciones, dando lugar al actual artículo 10.1 de la misma; a su vez, las previsiones de dicho artículo son desarrolladas por un decreto aprobado muy poco después, el 17 de diciembre del mismo año, que entró en vigor el 1 de junio de 1994 (21). En la base de todo este procedimiento se encuentra la obligación del médico de notificar al forense, y éste a su vez al fiscal, su participación en la muerte no natural de su paciente, ya sea por haber existido suicidio asistido, terminación de la vida del enfermo a petición de éste o terminación activa de la vida sin petición expresa (22). Siempre que la muerte se deba a una de estas causas, el médico debe rellenar y remitir al forense un cuestionario, aprobado por el decreto arriba mencionado, con información detallada dividida en cinco secciones (apartados I, II, III, IV y V del cuestionario):

- I: Historial clínico del caso,
- II: La solicitud por parte del paciente (si la ha habido),
- III: La terminación activa de la vida sin petición expresa (en el caso de que éste sea el supuesto),

(21) Una traducción castellana del decreto puede encontrarse en VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, Anexo 1, pp. 327 a 334.

(22) Sobre este último supuesto, *vid. infra* en el texto.

- IV: Las consultas con otros médicos,
- V: La manera en que se ha producido la muerte (cuándo, dónde, por quién y de qué manera).

El decreto desarrolla también (art. 1) el formulario que tiene que completar el forense para remitirlo al fiscal. Una vez que éste ha recibido la información sobre el caso es él quien decide si el hecho cumple con las condiciones del estado de necesidad tal y como éstas han sido establecidas por la jurisprudencia. Si entiende que se han respetado los requisitos necesarios, el caso es archivado, y se procede a la inhumación o cremación del cuerpo. Si el fiscal estima por el contrario que el supuesto no entra en el marco del estado de necesidad, se realiza un examen forense del cuerpo, y es la Junta de Fiscales Jefes la que toma la decisión final sobre el procesamiento en cada supuesto (23). En cualquier caso, como se ha señalado, la regulación actual no ofrece en sí misma criterios materiales sobre la justificación de los supuestos de eutanasia. Es cierto que los cuestionarios que tienen que rellenar los médicos implicados están redactados de manera que cubran todos los aspectos que la jurisprudencia ha venido considerando importantes para poder dar lugar al estado de necesidad; pero dichos requisitos no se regulan en norma alguna, como no existe tampoco ninguna previsión legal concreta que establezca expresamente que su cumplimiento convierte el hecho en justificado (24).

Esta opción del legislador no ha quedado por supuesto exenta de críticas. Algunos autores muestran un cierto escepticismo respecto del papel fundamental que el procedimiento otorga a la decisión del médico de notificar las circunstancias reales del hecho (25). Con todo, dos son las críticas fundamentales que pueden formularse y que de hecho ha recibido la nueva regulación legal:

1. La primera de ellas se refiere al excesivo protagonismo que se otorga a los tribunales. Se achaca al legislador el haber desaprovechado la oportunidad de tomar partido sobre las cuestiones sustanti-

(23) VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, pp. 274 y 323-4.

(24) VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, pp. 323-4; JOCHEMSEN, *J Med Ethics* 1994, p. 214; VAN DER WAL /DILLMANN, *Br Med J* 1994, p. 1347.

(25) JOCHEMSEN, *J Med Ethics* 1994, p. 215; VAN DER WAL/DILLMANN (*Br Med J* 1994, p. 1348), quienes aun sin criticar abiertamente la regulación legal, llaman la atención sobre un claro conflicto cuya raíz se encuentra en esta voluntad de notificación: precisamente los casos sobre los que es más necesario que haya información (los más deficientes en cuanto al cumplimiento de los criterios) son los que los médicos van a tender a mantener más escondidos. (A pesar de ello, en este artículo insisten sobre lo mucho que ha aumentado la tendencia a informar por parte de los médicos, pp. 1347-8).

vas (26). Efectivamente, como enseguida veremos, el hecho de que el legislador no haya establecido de forma clara requisito material alguno continúa dejando un amplio margen de decisión a los tribunales, los cuales siguen introduciendo variaciones –algunas menos importantes, otras fundamentales– en los criterios rectores que ellos mismos han ido fijando.

2. La segunda crítica importante formulada a las reformas adoptadas en diciembre de 1993 afecta a la inclusión en el procedimiento de notificación de la terminación de la vida del paciente no expresamente solicitada por éste. Por una parte se señala que la inclusión de estos supuestos en el mismo procedimiento aplicable a los de eutanasia solicitada ofrece cuando menos la apariencia de que unos y otros van a ser tratados del mismo modo, a pesar de las diversas e insistentes afirmaciones por parte del Ministerio en el sentido de que todos los casos en los que falte la petición expresa serán llevados a los tribunales. Según los autores que formulan esta crítica, se ha creado con ello la falsa impresión de que estos supuestos pueden ser tan legítimos como los de eutanasia solicitada (27); sin embargo, la diferencia entre ambos tipos de casos es tan fundamental que la discusión sobre ellos debe mantenerse claramente separada (28). Por otra parte, se señala que, obviamente, el médico va a tender a no comunicar estos supuestos, que se siguen considerando delito (29).

(26) VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, pp. 324-5; en el mismo sentido, JKM GEVERS (*J Med Ethics* 1992, p. 140), quien dirige esta crítica contra lo que en aquel momento todavía era proyecto de ley, en cualquier caso igualmente válida respecto de la ley definitiva que siguió a aquél.

(27) VAN DELDEN/VAN DER MAAS/PIJENBORG, *Hastings Cent Rep* 1993, p. 25, (–aunque en, p. 26 reconocen que no es fácil desarrollar una alternativa satisfactoria–; JKM GEVERS, *J Med Ethics* 1992, p. 140; JOCHEMSEN, *J Med Ethics* 1994, p. 215; VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, pp. 319-20 y 325; VAN DER WAL/DILLMANN, *Br Med J* 1994, p. 1348. TEN HAVE Y WELIE (*Hastings Cent Rep* 1992) van aún más lejos en su crítica, señalando que la intención –aunque no el tenor literal del texto– «refleja claramente una actitud positiva hacia la eutanasia, incluyendo la no voluntaria» (p. 38).

(28) JKM GEVERS, *J Med Ethics* 1992, p. 140.

(29) JKM GEVERS, *J Med Ethics* 1992, p. 140); JOCHEMSEN, *J Med Ethics* 1994, p. 215; VAN KALMMTHOUT *op. cit.*, p. 320, calificando de «ilusión» la pretensión de controlar estos supuestos. En el mismo sentido TEN HAVE Y WELIE en *Hastings Cent Rep* 1992, pp. 37 y 38, quienes afirman el carácter paradójico de esta regulación, puesto que la misma «exige del médico la colaboración en su propia detención, esto es, el comunicar conductas que jurídicamente constituyen el delito de asesinato». Comparte tanto esta como las anteriores críticas también VAN DER WAL en *Bioethics* 1993, p. 331.

Por su parte, VAN DELDEN/VAN DER MAAS/PIJENBORG, (*Hastings Cent Rep* 1993) intentan explicar el porqué de la inclusión de estos supuestos en el procedimiento de notificación creado en diciembre de 1993. Señalan dichos autores que

III. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES HOLANDESES. EL ESTADO DE NECESIDAD COMO CAUSA DE JUSTIFICACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA EUTANASIA ACTIVA

A lo largo de las páginas anteriores se ha venido insistiendo en la importancia del papel jurisprudencial en la delimitación de los criterios aplicables a la práctica de la eutanasia activa, adopte ésta la forma de homicidio consentido o de suicidio asistido. En efecto, a partir de los años setenta, y especialmente en la década de los ochenta, tribunales de diversa importancia jerárquica fueron conociendo de casos significativos (30), al hilo de cuya resolución se van admitiendo y rechazando distintos criterios propuestos por las defensas. Al mismo tiempo, se perfila la doctrina jurisprudencial en torno al estado de necesidad y a los requisitos exigidos para admitirlo como causa de justificación de las conductas tipificadas por los artículos 293 y 294 del Código Penal holandés. En todo este proceso son fundamentales las sentencias del Tribunal Supremo, especialmente las llamadas primera (31) y segunda (32) sentencias sobre la eutanasia.

1. Los criterios admitidos por instancias inferiores y finalmente rechazados por el Tribunal Supremo

Varios han sido los criterios aceptados en algún momento por tribunales inferiores y finalmente rechazados por el Tribunal Supremo.

ésta fue la respuesta del Gobierno a los resultados arrojados por el informe Remmelink en cuanto al punto concreto de la práctica de la terminación de la vida no expresamente solicitada, resultados (se estimaron unas 1.000 muertes al año, un 0,8 por 100 del total) que según estos autores se consideraron en cierto modo alarmantes (p. 25). Lo que intentaba el Gobierno con su inclusión en el procedimiento es que fueran notificados, aun pretendiendo siempre tratarlos de manera distinta a los de eutanasia solicitada. En el mismo sentido, VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, p. 319.

(30) Una exposición cronológica de los casos más relevantes realizan LEENEN (*Med Law* 1989, pp. 520 a 523) y SCHOLTEN (*op. cit.* pp. 456 a 461; en las pp. 472 a 489 recoge los supuestos de hecho y extractos de los fundamentos jurídicos de muchas de ellas).

(31) La llamada primera sentencia sobre la eutanasia data del 27 de noviembre de 1984. Un extracto de la misma en alemán puede encontrarse en SCHOLTEN, *op. cit.*, p. 476.

(32) La segunda sentencia del Tribunal Supremo holandés sobre la eutanasia procede del 21 de octubre de 1986. Se encuentra traducida íntegramente al alemán por REIS en *EuGRZ* 1987, pp. 282 y ss., y extractada en el mismo idioma por SCHOLTEN, *op. cit.*, pp. 478-9.

Entre ellos cabe mencionar en primer lugar el de la «*falta de antijuricidad material de la conducta*»; esta causa de justificación fue apreciada por la sentencia del Tribunal de Alkmaar de 10 de mayo de 1983 (33) y fundamentada en la supuesta existencia de una opinión social consolidada sobre el tema, la cual sería favorable a la impunidad de estas conductas derivándola de la dignidad humana y de un derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte. Tanto el Tribunal de Apelación de Amsterdam (juzgando el caso en segunda instancia en sentencia de 17 de noviembre de 1983) (34) como posteriormente el Tribunal Supremo en su primera sentencia sobre la eutanasia, rechazaron decididamente este criterio. El Tribunal Supremo vuelve a hacerlo muy claramente en su segunda sentencia sobre la eutanasia (35).

Una construcción parecida a la anterior es la llamada «*excepción médica*». Se trataría de una causa de justificación no escrita según la cual quedaría impune la conducta activa u omisiva que, a pesar de ser penalmente típica, fuera la médicamente más indicada (así la define la sentencia del Tribunal de Gronigen de 1 de marzo de 1984 (36), que absuelve con base en este argumento). Se trata por lo tanto de caracterizar la situación como un problema exclusivamente médico, que tiene que decidirse de acuerdo con las reglas profesionales. La segunda sentencia del Tribunal Supremo rechazó contundentemente esta posibilidad, que tampoco ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina (37).

Un tercer argumento dirigido a lograr la impunidad de la conducta de eutanasia activa es el que en la literatura alemana sobre el tema se denomina «*psychische Overmacht*» (fuerza psicológica irresistible). Según esta idea, que operaría en su caso como una causa de exculpa-

(33) Extractada en SCHOLTEN, *op. cit.*, p. 475

(34) Recogida brevemente en SCHOLTEN *op. cit.*, p. 475

(35) VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, p. 299.

(36) Extractada por SCHOLTEN, *op. cit.*, pp. 476 y 467.

(37) VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, pp. 300-1.

El rechazo de la idea que propugna circunscribir la eutanasia activa al ámbito de la decisión profesional no impide que haya supuestos de eutanasia omisiva que sí se dejan expresamente a la decisión de los médicos, como la continuación del tratamiento de los pacientes en coma; así ocurre en el supuesto resuelto por el Tribunal de Arnheim en sentencia de 31.10.89 (SCHOLTEN *op. cit.*, pp. 484-7): en este caso, el cónyuge de una mujer que llevaba quince años en estado de inconsciencia irreversible acudió a la vía civil solicitando de los tribunales que ordenasen a los médicos la interrupción de la alimentación que la mantenía con vida; el tribunal renunció a hacerlo, considerando que sólo los médicos eran competentes para juzgar la conveniencia de actuar en uno u otro sentido.

ción, puede ocurrir que el sufrimiento del enfermo coloque al propio sujeto activo en una situación de presión psicológica que le resulte prácticamente imposible resistir. Dicho razonamiento no es valorado de igual forma por todos los autores. Según algunos, éste habría sido definitivamente rechazado por el Tribunal Supremo (38); según otros, el mismo no habría quedado completamente excluido por la jurisprudencia del alto tribunal, por mucho que nunca haya sido utilizado como base directa para absolver en casos de este tipo (39). Es igualmente discutido el ámbito de sujetos a los que esta construcción, en caso de entenderse admitida, resultaría aplicable: algunos autores han señalado como consecuencia lógica de este razonamiento el que —a diferencia del estado de necesidad, uno de cuyos requisitos en la jurisprudencia es que el sujeto activo sea un profesional de la Medicina—, en principio dejaría abierta la posibilidad, aun excepcional, de una práctica de la eutanasia por sujetos no médicos, pues cualquier persona es susceptible de sufrir dicha presión psicológica (por ejemplo ante los padecimientos de un ser querido) (40). Por otra parte, e independientemente de que esta causa de exculpación fuera o no aplicable a los no médicos, también es discutido en la doctrina si podría en su caso incluir a los propios profesionales de la Medicina (médicos y personal de enfermería). La razón para no admitirlo estribaría en la idea de que estos profesionales deben poder enfrentarse a las situaciones difíciles en las que les coloca el ejercicio de la Medicina (41).

2. Los requisitos del estado de necesidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo holandés

La primera estimación clara del estado de necesidad como causa de justificación en un supuesto de homicidio consentido solicitado por un enfermo se produce con la ya citada «primera sentencia sobre eutanasia» del Tribunal Supremo holandés de 27 de noviembre

(38) VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, p. 301.

(39) KEOWN, «On Regulating Death», *Hastings Cent Rep* 1992, p. 41; el mismo, *Law Q Review* 1992, p. 74. Así, la segunda sentencia del Tribunal Supremo entendió que los tribunales deben examinar, además de la existencia de un estado de necesidad, «si la ejecución del hecho probado se produjo bajo la influencia de una presión a la que la acusada no pudo oponer resistencia» (cita de la sentencia tomada del extracto de la misma realizado por SCHOLTEN, *op. cit.*, p. 478)

(40) SCHOLTEN, *op. cit.* pp. 460-1; mucho más extremo y crítico en sus conclusiones al respecto, KEOWN, *Hastings Cent Rep* 1992, p. 41; el mismo, *Law Q Rev* 1992, p. 74.

(41) En este sentido, VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, p. 301, refiriéndose a jurisprudencia inferior y a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1988.

de 1984, y se consolida con su «segunda sentencia», dictada el 21 de octubre de 1986 (42). Dicho estado de necesidad se va perfilando cada vez más claramente como una colisión de deberes. Así se recoge expresamente en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1994, donde se contraponen el deber del médico de proteger la vida frente a su deber profesional de hacer todo lo posible para aliviar el sufrimiento continuado e insoportable de su paciente (43).

Rasgo importante de la configuración de esta causa de justificación por parte del Tribunal Supremo —y uno de los más criticados por parte de la doctrina— es la manera en que su enfoque de la misma, al menos en las primeras sentencias, la convierte en gran medida en una cuestión propia de la Medicina, a pesar del rechazo de la «excepción médica». En efecto, en varias sentencias se refiere el Tribunal Supremo a los estándares de la «ética médica» o a la «opinión médica objetiva» como medidas con las que enjuiciar la presencia de una situación de necesidad en el caso concreto (44). Varios autores han criticado la jurisprudencia en este punto, con los argumentos de que ni la ética médica es unánime respecto del problema de la eutanasia activa (45) ni, aunque lo fuera, es ésta una cuestión exclusivamente médica, sino un problema de ética general cuyo debate se plantea a toda la sociedad. El hecho de que estas situaciones se den por su propia naturaleza en el ámbito de la Medicina no quiere decir que sean sin más actos médicos, cuya práctica deba ser enjuiciada por las normas profesionales correspondientes, sino que deben ser situados en un contexto ético y legal general (46).

(42) Sobre traducciones de estas sentencias a otros idiomas, *vid.* las referencias a las mismas en notas 31 y 32 respectivamente.

(43) VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, pp. 302-3. Por no disponerse de traducciones inglesa o alemana de esta sentencia, las referencias a la misma proceden de la exposición del supuesto de hecho y la síntesis de su fundamentación realizadas por este autor, a las que se añaden las ofrecidas por S.GEVERS («Physician Assisted Suicide: New Developments in the Netherlands», *Bioethics* 1995, vol. 9, núm. 3/4, pp. 309-12) y GRIFFITHS (*Med Law Int* 1995, pp. 368-9).

(44) Así, utiliza estos términos la primera sentencia del Tribunal Supremo («opinión médica objetiva», SCHOLTEN, *op. cit.*, p. 476). En el mismo sentido, la segunda sentencia sobre eutanasia del alto tribunal señala que hubiera debido comprobarse «si existió una situación calificable como de necesidad según la opinión médica responsable y las normas de la ética médica» (SCHOLTEN, *op. cit.*, p. 478; REIS, *EuGRZ* 1987, p. 285).

(45) KEOWN, *Hastings Cent Rep* 1992, p. 40.

(46) LEENEN, «Supreme Court's Decisions on Euthanasia in the Netherlands», *Med Law* 5(1986)4, pp. 350-1. *Vid.* igualmente JOCHEMSEN, *J Med Ethics* 1994, pp. 214-5. Por otra parte, VAN KALMMTHOUT (*op. cit.*, p. 305) señala que esta remisión general del Tribunal Supremo a los criterios de la ética médica y a la

Por otra parte, hay que señalar que los requisitos exigidos por los tribunales holandeses para poder apreciar un estado de necesidad no se han mantenido estáticos en los últimos años, sino que han ido evolucionando respecto de los inicialmente fijados (47). Los criterios esenciales giran en torno a los siguientes puntos:

2.1 El sufrimiento extremo del paciente.—Este requisito plantea varios problemas en los que resulta necesario detenerse.

La discusión sobre la eutanasia suele centrarse prácticamente siempre, y así ha sido también durante muchos años en Holanda, en torno a la idea de la enfermedad *física*, que produce graves sufrimientos al sujeto que la padece. Con el concepto de «sufrimiento» quiere significarse fundamentalmente la existencia de dolores físicos insoportables, aunque también pueda derivarse de incomodidades extremas (tales como la absoluta dependencia derivada de una minusvalía) experimentadas por él mismo como una merma de su dignidad. En estos últimos supuestos cobra especial importancia un elemento que podríamos denominar espiritual o psíquico, que puede resultar para el propio enfermo más determinante incluso que los dolores físicos mismos (48). Ahora bien, en cualquier caso existiría en la base de estos supuestos una enfermedad física grave, y sería de ella de la que, de uno u otro modo, derivaría un sufrimiento insoportable para el

opinión médica objetiva en la configuración del estado de necesidad transforma el sentido propio de esta causa de justificación; siguiendo al autor holandés SCHALKEN, estima que la apreciación del estado de necesidad requiere una individualización incompatible con la aplicación de los criterios colectivos y supuestamente objetivos de toda una profesión, tal y como pretende hacer la jurisprudencia en estos supuestos.

(47) Explican brevemente los criterios fundamentales JKM GEVERS, *Bioethics* 1987, p. 158; VAN DER MAAS/VAN DELDEN/PIJNENBORG, *Hastings Cent Rep* 1993, p. 25; RIGTER, *Hastings Cent Rep* 1989, p. 31; RIGTER/BORTS-EILERS/LEENEN en *Br Med J* 1988, p. 1594; VAN DER WAL/DILLMANN en *Br Med J* 1994, p. 1347. De forma mucho más detallada, VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, pp. 311 a 318. En las páginas siguientes trataremos de ver sucintamente cómo han ido evolucionando los criterios considerados esenciales por la doctrina.

(48) Las razones por las cuales un paciente solicita la eutanasia han sido objeto de estudio en varias investigaciones empíricas. Así, de acuerdo con la investigación que sirvió de base al informe R Emmelink, la pérdida de dignidad estaría en la base del 57 por 100 de las peticiones; factores muy frecuentes son también el dolor (presente en un 46 por 100 de los casos), el experimentarse la muerte como indigna (46 por 100), el ser dependiente de los demás (33 por 100) o el sentirse cansado de vivir (23 por 100). Los autores de la investigación insisten en que sólo en 10 de los 187 casos estudiados es el dolor la única razón que motiva al enfermo a solicitar ayuda para morir (VAN DER MAAS/VAN DELDEN/PIJNENBORG/LOOMAN, *Lancet* 1991, p. 672). *Vid.* igualmente VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, p. 272.

paciente. En muchas ocasiones, se dice, los padecimientos psicológicos no son más que la reacción «lógica» o «comprensible» a las miserias provocadas por la enfermedad física (49).

Teniendo en cuenta lo anterior, creo que puede afirmarse que recientemente –con la sentencia de 21 de junio de 1994 (50)– el Tribunal Supremo holandés ha dado un paso cualitativo importantísimo en lo que respecta a la eutanasia dirigida a terminar con el padecimiento *psíquico* de una persona. La novedad introducida por esta sentencia consiste en que se abre la puerta a la aplicación del estado de necesidad (siempre que se cumplan unos requisitos estrictos) en un supuesto de auxilio al suicidio llevado a cabo por un psiquiatra respecto de una mujer que padecía un sufrimiento *psíquico* extremo, derivado éste de enormes desgracias en su vida personal –al fracaso de su matrimonio se unía la muerte de sus dos hijos; el primero de ellos cometió suicidio y el segundo falleció como consecuencia de un cáncer-. Frente a los argumentos del fiscal del caso, el Tribunal Supremo parte de que la causa del padecimiento no merma la intensidad con que éste es experimentado por la persona afectada. Así mismo, la sentencia rechaza el argumento de que nunca pueda hablarse de voluntad libre y sería de morir en quien sufre psicológicamente o recibe asistencia psiquiátrica (51).

Finalmente, el tribunal no apreció el estado de necesidad y declaró culpable al acusado (52); sin embargo, lo que importa tener en cuenta es que la no estimación de esta causa justificativa de la conducta no se debió a que el origen de la situación desesperada de la paciente fuera *psíquico* y no *físico*, sino a la falta de adopción de las precauciones extremas que, según el Tribunal Supremo, exigen este tipo de casos,

(49) Algunos autores se refieren aquí al sufrimiento que podría denominarse «psicológico» por contraposición al de carácter «psiquiátrico». El primero sería la reacción anímica normal ante la enfermedad, diferenciable de la reacción anormal o patológica frente al deterioro físico. Vid KEOWN, *Law Q Rev* 1992, pp. 54-5.

(50) *Vid. supra* nota 43.

(51) S.GEVERS, *Bioethics* 1995, p. 311-2; GRIFFITHS, *Med Law Int* 1995, pp. 368-9; VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, p. 310. GRIFFITHS (*op. cit.* pp. 369 y 378) señala que la sentencia está fuertemente influida por el informe de la KNMG, publicado en noviembre de 1993, relativo a la asistencia al suicidio de pacientes psiquiátricos, informe del que da cuenta detallada en pp. 363-7. No obstante, este tipo de casos ha sido objeto de gran controversia y tanto el propio organismo profesional médico como el Gobierno y órganos consultivos han mantenido posturas cambiantes al respecto. Sobre esta evolución *vid.* GRIFFITHS, *op. cit.* p. 364.

(52) Aunque renunció a imponer una condena, merced al juego del artículo 9a del CP holandés, que posibilita a los tribunales hacerlo así cuando lo consideren conveniente dadas la personalidad del acusado y las circunstancias del hecho.

especialmente delicados (53). Las críticas a esta sentencia no se han hecho esperar (54).

Al margen de todo ello, la sentencia de 21 de junio de 1994 resuelve definitivamente una cuestión problemática, referida a la necesidad de que la enfermedad del sujeto fuera o no terminal. Si ya no es imprescindible la existencia de una enfermedad física, tanto menos lo será el carácter terminal de la misma. Lo relevante es, pues, que el sujeto padezca un sufrimiento extremo que le resulte insopor- table (55).

(53) GRIFFITHS, *Med Law Int* 1995, p. 369; VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, pp. 309-10. Así, se consideró que el médico debía haber consultado con otro especialista, el cual hubiera debido a su vez examinar a la paciente y constatar varios extremos esenciales, tales como la gravedad del sufrimiento y las posibles alternativas para aliviarlo, o el carácter voluntario y reflexionado de la decisión de la mujer, cuya capacidad para decidir no debería estar afectada por su enfermedad.

SCHOLTEN (*op. cit.* pp. 491-3) recoge un caso semejante al de la sentencia del Tribunal Supremo, pero resuelto en vía disciplinaria por el Centraal Medisch Tuchtcollege el 29 de marzo de 1990, a mi juicio de modo excesivamente ambiguo. Merece la pena resaltar que el órgano disciplinario no excluye que pueda colaborar en el suicidio de un paciente psiquiátrico; esta posibilidad se deja abierta, sólo que insistiéndose en el especial cuidado requerido en este tipo de casos (punto 7 de la fundamentación). En esta línea de extremar las precauciones se encuentra una sentencia del Tribunal de Harlem de 4 de julio de 1994, mencionada por S. GEVERS en *Bioethics* 1995, p. 312. Dicha sentencia, sólo unas semanas posterior a la del Tribunal Supremo, condenó a un médico que había asistido al suicidio de su paciente, el cual sufría depresión crónica, a la que se añadía una parálisis parcial surgida como consecuencia de dos ataques cerebrales. El enfermo se negó a recibir terapia anti-depresiva; no obstante, el Tribunal consideró que el médico no había examinado suficientemente las alternativas de tratamiento disponibles. Este último factor recibe especial atención en el informe de la KNMG (*vid supra*, nota 51), en el que se sostiene que la legitimidad del auxilio al suicidio de pacientes psiquiátricos pasa por la falta de cualquier posibilidad de aliviar el padecimiento (GRIFFITHS, *Med law Int* 1995, pp. 365-6).

(54) OGILVIE/POTTS, «Assisted Suicide for Depression: the Slippery Slope in Action», *Br Med J* 309 (1994)6953, pp. 492-3, señalan que la sentencia parece basarse en la ausencia de rasgos psicóticos en la paciente; frente a ello, los autores se muestran más bien escépticos, tanto respecto de la distinción entre depresión psicótica y no psicótica (p. 492) como respecto de «la dudosa frontera entre la enfermedad psiquiátrica y la infelicidad comprensible» (p. 493). Igualmente crítico con esta sentencia JOCHEMSEN, *J Med Ethics* 1994, p. 217 nota 26.

(55) En este sentido, GRIFFITHS, *Med Law Int* 1995, p. 369; VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, pp. 285, 313, 314, donde también se refiere a la poca claridad de la situación anterior a esta sentencia en cuanto al requisito del carácter terminal de la enfermedad. Así, el no cumplimiento de este requisito fue considerado razón suficiente para excluir el estado de necesidad por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1988 (extractada en SCHOLTEN *op. cit.*, p. 480). Como hemos señalado, la sentencia de junio de 1994 parece dejar zanjada la cuestión en sentido negativo.

2.2 La petición expresa y seria por parte del paciente.—Hasta el momento, la jurisprudencia holandesa ha exigido siempre la existencia de una petición expresa y seria del paciente, siendo éste, como ya hemos señalado, el ámbito de supuestos inicialmente cubierto por el debate social en torno a la eutanasia (56). De este modo, en el juego entre los factores sufrimiento-autodeterminación, cada uno de ellos sería en principio requisito necesario, pero no suficiente por sí mismo, debiendo acumularse ambos para dar lugar a una justificación por estado de necesidad. Sin embargo, estas afirmaciones iniciales sobre el carácter expreso de la solicitud del paciente pueden y deben matizarse.

En primer lugar, debe mencionarse que, al menos en lo que a propuestas doctrinales se refiere, la eficacia otorgada a los testamentos vitales es mucho más amplia en Holanda que en la generalidad de los países occidentales. Efectivamente, por regla general se reconoce la eficacia de estas disposiciones (allí donde son admitidas) únicamente en el ámbito del rechazo de tratamientos, coincidiendo de este modo con el del consentimiento informado. En los Países Bajos, por el contrario, la doctrina —o al menos parte de ella—, admite también la eficacia del testamento vital en el que una persona dispone que se termine activamente con su vida para el caso de que se den unas determinadas condiciones, como el encontrarse en una situación terminal que le provoque grandes dolores. Además del cumplimiento de las circunstancias tenidas en cuenta por el sujeto al establecer su voluntad a través de este documento, se considera requisito necesario para dotar de eficacia a esta voluntad la imposibilidad del paciente para expresar cualquier otra por haber devenido incompetente, por ejemplo por encontrarse en estado de inconsciencia (57). En cualquier caso, con-

(56) Para una relación de fallos condenatorios debidos a la falta de voluntad del paciente (o a la insuficiente claridad de la solicitud) *vid.* LEENEN, *Med Law* 1989, pp. 520 ss.

(57) LEENEN, *Med Law* 1989, p. 520; VAN KALMTHOUT, *op. cit.*, pp. 312-3; señala este autor que el testamento vital es vinculante para los médicos en el caso de que lo establecido por el enfermo sea la renuncia a recibir un determinado tratamiento (lo cual concuerda con el sentido de la doctrina del consentimiento informado), mientras que se considera mera autorización en los casos en que se solicite la eutanasia activa. Dicho autor recoge en el Anexo 6 de su publicación (pp. 340-1) un modelo de testamento vital en el que se incluye la petición de eutanasia activa a la que nos estamos refiriendo. *Vid.* igualmente GRIFFITHS, *Med Law Int* 1995, pp. 357-9, donde reproduce la postura de la asociación médica KNMG sobre este problema —dada a conocer a través de su informe de 1991 relativo a pacientes en coma—, inclinada a favor de la máxima efectividad de la voluntad del paciente. La eficacia del testamento vital incluso en el aspecto activo es propuesta así mismo por la Comisión Estatal para la eutanasia (*vid.* pp. 166 y 173 del resumen de su informe publicado en

viene señalar que esta supuesta eficacia de los testamentos vitales es más una construcción doctrinal, pues no se encuentra refrendada expresamente por ninguna ley (58), como tampoco ha habido hasta el momento sentencia alguna en casos de eutanasia activa donde la voluntad del paciente hubiera sido manifestada exclusivamente a través de un testamento vital.

Como segunda matización al carácter ineludible del requisito de solicitud expresa del enfermo, debe señalarse que la vía abierta por el denominado «caso Rianne», todavía pendiente de resolución por el Tribunal Supremo, introduciría –en el caso de ser confirmada por éste– una novedad fundamental. Se trata de un supuesto en el que un médico terminó activamente, a solicitud reiterada de los padres, con la vida de un bebé nacido con graves deformaciones, que hubieran conducido a la muerte en cuestión de semanas y que a su vez le producían grandes dolores.

El sujeto fue procesado por asesinato (59) en abril de 1995, pero el tribunal de Alkmaar decidió finalmente absolverle aplicando estado

Bioethics 1987). La Comisión propone que esta voluntad escrita sea efectiva cuando el paciente sea incapaz de expresar su voluntad y sólo si se cumplen tres condiciones: a) que el médico se convenza de que el paciente tomó la decisión voluntaria y reflexivamente en su momento; b) que el médico haya llegado a la convicción de que no hay otra solución para la situación insostenible en que se encuentra el paciente; c) que el médico haya consultado a un experto designado por el Ministerio de Bienestar, Salud y Asuntos Culturales. Muy crítico con esta posibilidad CAPRON (*Hastings Cent Rep* 1992, p. 31).

Por otra parte, en un informe de 1993, referido a enfermos de demencia senil, la KNMG va más allá de los casos de pacientes inconscientes, planteando (no sin divisiones entre sus miembros y con muchos matices) la posible eficacia del testamento vital relativo a la terminación activa de la vida en supuestos de pacientes de demencia senil, que en un momento anterior hayan dejado expresada su voluntad al respecto (GRIFFITHS, *Med Law Int* 1995, pp. 361-3).

(58) SCHOLTEN *op. cit.*, p. 467. Este autor es más ambiguo sobre la relevancia jurídica de estas disposiciones.

(59) En este sentido contundentemente por ejemplo LEENEN, *Med Law* 1989, p. 520, que califica de asesinato todo acto dirigido a terminar con la vida del paciente sin su expresa solicitud; JKM GEVERS (*Bioethics* 1987, p. 156) afirma igualmente que estos casos deben considerarse homicidios o asesinatos. Una postura más flexible adoptan VAN DER MAAS/VAN DELDEN/PIJNENBORG/LOOMAN en «Life-Terminating Acts Without Explicit Request of the Patient», *Lancet* 341 (1993), pp. 1197 y 1199: según estos autores, el debate sobre la eutanasia activa no se agota en la expresa solicitud, puesto que siempre van a plantearse situaciones de terribles sufrimientos, que sólo pueden terminar con la muerte del paciente, en casos en que éste «no puede proporcionar una voluntad clara sobre el curso de acción deseado» (p. 1199). En su opinión, si se respetan todas las garantías y si se toman en consideración únicamente los «mejores intereses» del enfermo, estos casos no son asesinatos; sin embargo, tampoco podrían considerarse sin más como «práctica médica normal»,

de necesidad (60). En apelación, el Tribunal de Amsterdam confirmó este fallo, por lo que la sentencia definitiva del Tribunal Supremo resultará esencial para determinar si realmente se exige o no este requisito de la petición expresa del paciente, inicialmente considerado fundamental (61).

2.3 La realización de la eutanasia por un médico.—Este requisito aparece muy claro en la jurisprudencia: el estado de necesidad como causa de justificación del homicidio consentido o de la participación en el suicidio sólo entra en juego en los casos en que el tercero interviniente sea un médico (62). Con ello se excluye también la práctica por otro tipo de personal sanitario como son los enfermeros/as (63).

2.4 La consulta del médico con otros profesionales.—Este requisito no ha sido unánime en la jurisprudencia. Mientras que alguna sentencia sí que lo ha considerado fundamental (64), y aun siendo claramente sugerido por el cuestionario establecido para el proce-

debiendo ser siempre una excepción a ésta (p. 1199). A mi juicio, en la opinión de estos autores se echa en falta una mayor precisión en cuanto a las diferentes situaciones que pueden incluirse bajo la idea de eutanasia no expresamente solicitada. Sí realiza tal distinción VAN DER WAL en *Bioethics* 1993, p. 337.

Los resultados de la investigación que sirvió de base al informe Rimmelink referentes a la práctica de la eutanasia no expresamente solicitada son analizados por VAN DER MAAS/VAN DELDEN/PIJNBORG en *Hastings Cent Rep* 1993, pp. 24 a 27, así como por PIJNBORG/VAN DER MAAS/VAN DELDEN/LOOMAN en *Lancet* 1993 pp. 1196-9. Muy crítico con el informe JOCHEMSEN, *J Med Ethics* 1994, pp. 212-4, así como TEN HAVE/WELIE en *Hastings Cent Rep* 1992 (*passim*), a cuyas objeciones responden directamente VAN DELDEN/PIJNBORG/VAN DER MAAS en «Reports from the Netherlands: Dances with Data», *Bioethics* 1993, vol. 7, núm. 4, pp. 323 ss.

(60) VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, p. 322.

(61) Sobre este complejo problema de los bebés nacidos con graves deformaciones *vid.* GRIFFITHS, *Med Law Int* 1995, pp. 354-6 (con amplias referencias al infome de la KNMG al respecto, publicado en 1990), p. 375.

(62) *Vid.* sin embargo lo dicho *supra* sobre la teórica posibilidad de aplicar a no médicos la causa de exculpación derivada de la presión psicológica que la situación desesperada del enfermo puede ejercer sobre el tercero.

(63) *Vid.* sin embargo EL PAIS de 25 de septiembre de 1995, p. 28; la noticia da cuenta de una sentencia del tribunal territorial de Leeuwarden, que en septiembre del 95 «revocó la pena de dos meses de cárcel que un tribunal inferior había impuesto a J. Van der Weerd, enfermera de profesión, que en julio del año pasado puso fin, con una inyección mortal, a la vida de su colega y novio, enfermo de sida. El tribunal, no obstante, se mantiene en la teoría de que sólo los médicos pueden practicar la eutanasia, aunque en este caso eximen a la enfermera esgrimiendo un argumento de “buena voluntad”».

(64) Así por ejemplo la del Tribunal de Apelación de Arnhem de fecha 27 de febrero de 1987, extractada en SCHOLTEN, *op. cit.*, p. 479.

dimiento de notificación vigente (uno de cuyos bloques pretende que se detallen las consultas con otros médicos), el Tribunal Supremo tiende a considerar que no es un criterio esencial. Así, en sentencia de 23 de junio de 1987 (65), el Tribunal entiende que en el caso de cumplirse los requisitos ya mencionados, el estado de necesidad existe objetivamente, y justifica la práctica también cuando no se ha consultado con otro facultativo (66). Sin embargo, como hemos señalado con anterioridad, la consulta sí sería esencial cuando se tratase de un paciente con problemas psicológicos o psiquiátricos (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1994).

2.5 La subsidiariedad.—Como requisito inherente al estado de necesidad, los tribunales exigen para su apreciación que la práctica de la eutanasia sea la única forma de terminar con el sufrimiento del enfermo.

III. VALORACIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL EN HOLANDA

El enjuiciamiento de la situación jurídica de la eutanasia en Holanda puede referirse a dos aspectos diferentes, uno político-criminal y otro de tipo más dogmático.

1. La crítica fundamental que desde el primer punto de vista puede realizarse afecta al enorme campo de acción que el legislador holandés ha dejado conscientemente en manos de los Tribunales en el desarrollo de los requisitos que se consideran necesarios para incluir un determinado caso bajo el estado de necesidad justificante (67). El establecimiento de un sistema sustantivo de regulación de la práctica de la eutanasia —una vez decidido que ésta pueda ser legítima en determinadas ocasiones— resulta sin duda enormemente complejo. No obstante, creo que a pesar de ello sería deseable una regulación material, y no meramente procedimental como la actual, que estableciese con claridad cuál es el o los puntos de partida de la aceptación de la práctica de la eutanasia activa (qué tipo de sufrimiento físico y/o psíquico se considera necesario, qué tipo de peti-

(65) SCHOLTEN *op. cit.* p. 484.

(66) LEENEN *Med Law* 1989, p. 526, nota 16; KEOWN *Hastings Cent Rep* 22 (1992)2, p. 41; SCHOLTEN *op. cit.*, p. 461; VAN KALMMTHOUT *op. cit.*, pp. 315-6.

(67) En este sentido, JOCHEMSEN, *J Med Ethics* 1994, p. 215; VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, pp. 325-6.

ción del paciente se exige, qué excepciones podrían admitirse para determinados casos en que ésta no exista o no pueda obtenerse, etc.). A mi juicio, la dejación del establecimiento de los criterios a merced exclusivo de los Tribunales prima excesivamente la flexibilidad sobre la seguridad jurídica, y mantiene en manos de unos órganos no democráticamente elegidos la evolución del tratamiento de un problema ético de primera magnitud que afecta profundamente a toda una sociedad.

Quizás el problema más evidente en esta evolución es el que afecta al requisito de la petición expresa, que hemos ejemplificado con el «caso Rianne». Este tipo de casos muestra con toda claridad la difícil relación entre los factores sufrimiento y autodeterminación a la hora de justificar la práctica de la eutanasia y su aparición reactiva más que nunca el miedo a la llamada «pendiente resbaladiza» (68). De hecho, son frecuentes las afirmaciones de autores extremadamente contrarios a la eutanasia que demonizan la situación holandesa y la presentan como una tolerancia absoluta ante homicidios de pacientes sin más matizaciones (69). Por ello, y aun hallándonos en un ámbito muy delicado, puede resultar útil, antes de enjuiciar brevemente la

(68) En puridad, esta objeción a la legalización de la eutanasia se formula en varios aspectos diferenciables. Uno primero parte de la idea de que cualquier legalización de la eutanasia solicitada no será capaz de establecer mecanismos de control que eviten la práctica de las modalidades no voluntaria o incluso involuntaria. Este riesgo de abuso, concretamente respecto de los Países Bajos, es resaltado por ejemplo por KEOWN, (*Law Q Rev* 1992, pp. 61 y ss.; especialmente en p. 70), o JOCHEMSEN (*J Med Ethics* 1994, pp. 213 y 216) y rechazado por autores holandeses como GRIF-FITHS (*Med Law Int* 1994, p. 138, y *Med Law Int* 1995, p. 379), VAN DER MAAS/VAN DELDEN/PIJNENBORG/LOOMAN (*Lancet* 1991, p. 673) y VAN DER WAL/DILLMANN (*Br Med J* 1994, p. 1348).

Una segunda formulación de este argumento de la «pendiente resbaladiza» se refiere a un aspecto distinto del anterior; según esta idea, la legalización de la eutanasia voluntaria implica un primer paso en la pérdida de importancia del valor vida, una ruptura del tabú de su intangibilidad que inevitablemente conducirá a la legalización de otras prácticas cada vez más lesivas para la misma.

(69) Una buena muestra de este tipo de argumentación alarmista puede hallarse en MARKER, «A Dutch Treat», *Human Life Rev* vol. 16 (1990)4, pp. 7 y ss., quien señala por ejemplo que en Holanda «se estima que actualmente mueren más personas como consecuencia de la eutanasia involuntaria que a resultas de la voluntaria» (p. 7). La referencia a la práctica de la eutanasia en los Países Bajos como paradigma de los abusos a los que, según esta opinión, conduce su legalización, es frecuente en la literatura norteamericana sobre el tema, e incluso puede encontrarse en la jurisprudencia. *Vid.*, a título de ejemplo, CHOPKO/MOSES, «Assisted Suicide: Still a Wonderful Life?», *70 Notre Dame L Rev* 1995, 519 y ss., p. 544, o la sentencia del Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos en el asunto *Compassion in Dying v. Washington*, 49 F.3d 586. Ésta confirma la constitucionalidad de la ley del estado de

relación entre los factores mencionados, distinguir entre varios tipos de situaciones en las que falta la petición expresa y actual por parte del paciente. Dicha ausencia de petición puede deberse:

a) A la incapacidad absoluta del enfermo para manifestarse al respecto en el momento en que se plantea –a la vista de lo que se considera grave sufrimiento para él– la posibilidad de practicarle la eutanasia. Dentro de estos casos habrá que distinguir a su vez entre

– aquellos en que el paciente ha sido competente alguna vez. Si el paciente ha sido competente en algún momento anterior, habrá que tener en cuenta si se ha manifestado en alguna ocasión (de manera oral o por escrito) sobre la posibilidad de encontrarse en una situación como la presente y sobre lo que desearía para sí dada esa eventualidad.

– aquellos en que, como ocurre con un bebé, el enfermo no ha sido nunca competente.

b) A que el paciente, capaz de comunicarse, no haya sido consultado al respecto, o bien a que habiéndolo sido haya negado su consentimiento a la práctica de la eutanasia. Resulta claro que en estos últimos casos poco importa que el sujeto sea competente en el sentido jurídico: un anciano senil es incompetente en este sentido, pero su negativa a que le sea practicada la eutanasia es completamente vinculante, independientemente del grado de sufrimiento que en principio pretendiera evitársele a través de ésta.

Sólo en los casos incluidos en el bloque «a)» se discute en Holanda la posible legitimidad de la práctica de la eutanasia, mientras que los del bloque «b)» se considerarían siempre no justificados (70). La admisión de la justificación es más clara cuando antes de caer en la situación actual el paciente ha sido competente y ha expresado su deseo de que se le practique la eutanasia llegado un determinado punto (71), puesto que en ese caso existe también un elemento de autodeterminación, aunque ejercida en un momento anterior. Más problemáticos son los casos en

Washington que criminalizaba el auxilio al suicidio con el argumento, entre otros, de que el estado mantiene un interés en evitar «abusos similares a los que han tenido lugar en Holanda» (p. 593).

A este tipo de afirmaciones sobre una supuesta práctica indiscriminada y abusiva de la eutanasia en Holanda se refiere VAN KALMMTHOUT (*op. cit.*, p. 291) para rechazarlas decididamente. En el mismo sentido, RITGERS/BORST-EILERS/LEENEN en *Br Med J* 1988, p. 1593.

(70) *Vid.* no obstante *supra*, nota 57, sobre la propuesta de la KNMG relativa a la efectividad del testamento vital, incluso en el aspecto de eutanasia activa, en casos de demencia senil.

(71) *Vid.* lo dicho *supra* respecto de los testamentos vitales.

que el paciente no se ha pronunciado mientras podía hacerlo, que quedarían excluidos por no cumplir en modo alguno el requisito de la petición expresa. Por último, los supuestos más complejos, dentro de los que se encuentra el caso Rianne, son aquellos en los que el paciente no ha sido nunca competente, por lo que ni ha podido nunca pronunciarse expresamente sobre lo que desearía para sí en una eventual situación de este tipo, ni puede tampoco deducirse ninguna voluntad hipotética al respecto. En estos supuestos, únicamente existiría el factor del sufrimiento, pero no el de la autodeterminación.

2. La segunda posible reflexión crítica sobre la actual situación legal de la eutanasia en los Países Bajos se refiere a la idoneidad del criterio utilizado por los tribunales holandeses para justificar, en su caso, el homicidio consentido o la participación en el suicidio cuando éstos se produzcan en situaciones eutanásicas. Gevers critica el recurso al estado de necesidad señalando que éste «ha sido desarrollado en Derecho Penal para situaciones excepcionales, y no para situaciones previsibles que ocurren regularmente» (72). Por su parte, Keown entiende que con la aplicación de este criterio los tribunales subvierten el orden de valores por el que el legislador se ha pronunciado a través del artículo 293 CP holandés, en el que queda claro que el consentimiento de la víctima no elimina el delito (73).

IV. CONCLUSIÓN

La cuestión sobre la conveniencia de acudir al estado de necesidad en estos casos está en mi opinión muy relacionada con el problema que hemos examinado anteriormente, es decir, con la falta de previsión por parte del legislador de otra causa de justificación expresamente aplicable a estos supuestos (el consentimiento, la eliminación del sufrimiento o una combinación de ambas). El mantenimiento en el Código Penal de la ineficacia absolutoria del consentimiento respecto del homicidio tiene como consecuencia, a mi juicio, la dificultad de valorar la importancia de este factor a la hora de justificar una conducta eutanásica por estado de necesidad (74). En efecto, si el consentimiento por sí sólo no basta, podemos entender —o al menos

(72) JKM GEVERS, *J Med Ethics* 1992, p. 140. En el mismo sentido, VAN KALMMTHOUT, *op. cit.*, p. 324.

(73) KEOWN, *Law Q Rev* 1992, pp. 72-3.

(74) KEOWN (*Law Q Rev* 1992, pp. 74 y 77) señala que en el debate sobre la eutanasia en Holanda se ha dado una importancia sólo aparente a la cuestión de la

así lo han hecho en principio los tribunales holandeses— que para poder justificar el homicidio se requiere algún otro elemento, que será el de la enfermedad o el sufrimiento: unidos ambos factores, su peso sería mayor que el representado por la conservación de la vida en sí misma, e inclinaría la balanza del lado favorable a la terminación de los padecimientos del sujeto. Ahora bien, la cuestión difícil reside en dilucidar si el factor sufrimiento es por sí mismo suficiente para justificar la terminación de la vida, que es la dirección hacia la que parece ir evolucionando la jurisprudencia (en espera siempre de la mencionada sentencia el Tribunal Supremo sobre el caso Rianne). Desde luego que será más fácil apreciar la justificación cuando exista voluntad de morir por parte de la víctima, puesto que en ese caso el lado de la balanza favorable a la terminación de la vida contará con el peso añadido del valor de la autodeterminación. Sin embargo, no es consencuencia necesaria de ello que sólo la combinación de ambos factores pueda superar la importancia de la vida y dar lugar a la causa de justificación. Utilizando la misma lógica inherente al estado de necesidad, nada excluiría en principio que, cuando el sufrimiento sea extremadamente agudo y cuando con ello no se viole la autodeterminación del paciente (por ejemplo, en el caso de un bebé, que no puede

autodeterminación del paciente, empleándola como el argumento esencial para justificar su práctica, cuando en opinión de este autor no resulta tan evidente que éste sea el argumento más importante de los que en realidad están en su base. Pone el ejemplo de la práctica de la eutanasia a enfermos en estado de inconsciencia irreversible: «La extendida aceptación de la eutanasia en casos de pacientes en coma es especialmente reveladora, puesto que en estos supuestos se elimina la necesidad tanto de la petición como del sufrimiento (sea éste insoportable o no); ello hace pensar que el derecho a la autodeterminación es tan sólo una explicación incompleta de la justificación de la eutanasia ofrecida en Holanda, a pesar del énfasis que normalmente se hace recaer en él» (p. 76). La conclusión a la que llega este autor, a mi entender excesiva, es que supuestos como éstos revelan que en la base de la práctica de la eutanasia en Holanda se encuentra el principio de que hay vidas indignas o que no merece la pena vivir («not worth living», p. 77). En el mismo sentido, JOCHEMSEN, *J Med Ethics* 1994, pp. 213-4.

Por su parte TEN HAVE/WELIE, en *Hastings Cent Rep* 1992, p. 35 opinan que la justificación empleada en los casos en que no existe petición expresa (la del grave sufrimiento) entra en conflicto con el criterio dominante, según el cual la estimación de aquél es una cuestión subjetiva, y sólo el paciente puede decidir cuándo se ha convertido en insoportable. Y concluyen: «Parece que los defensores de la eutanasia utilizan el argumento subjetivo para defender el derecho del paciente competente a optar autónomamente por la eutanasia, y el argumento impresionista» («*impressionist*», refiriéndose con este término a la impresión de los médicos de lo que puedan ser los deseos del paciente) «para defender su práctica sobre los pacientes mentalmente incompetentes».

expresar su voluntad), el peso de este factor pueda en opinión de los tribunales superar también el que implica la vida en sí misma (75).

La situación sería a mi entender más clara si el legislador hubiera optado por especificar qué elementos son los que quiere tener en cuenta, y qué importancia respectiva han de tener en la consideración de la eutanasia activa. El estado de necesidad ofrece quizá un ámbito demasiado amplio en el que valorar estos factores. Además de ello, creo que asiste la razón a Gevers en la crítica reproducida más arriba: el estado de necesidad tiene un carácter excepcional, y no parece el instrumento adecuado para justificar una práctica extendida que de facto pretende legalizarse.

BIBLIOGRAFÍA

- CAPRON, A. M., «Euthanasia in the Netherlands: American Observations», *Hastings Center Report* 22 (1992)2, pp. 6 ss.
- CHOPKO/MOSES, «Assisted Suicide: Still a Wonderful Life?». *70 Notre Dame Law Review*, 1995, pp. 519 ss.
- VAN DELDEN/PIJNENBORG/VAN DER MAAS, «The Rummelink Study: Two Years Later». *Hastings Center Report* 23 (1993)6, pp. 24 ss.
- , «Reports from The Netherlands: Dances with Data». *Bioethics* 1993, vol. 7, núm. 4, pp. 323 ss.
- GEVERS, JKM, «Legal Developments Concerning Active Euthanasia on Request in the Netherlands. *Bioethics* 1987, vol. 1, núm. 2, pp. 156 ss.
- , «Legislation on Euthanasia: Recent Developments in the Netherlands». *Journal of Medical Ethics* 18 (1992)3, pp. 138 ss.
- GEVERS, S., «Physician Assisted Suicide: New Developments in the Netherlands», *Bioethics* 1995, vol. 9, núm. 3/4, pp. 309 ss.
- GRIFFITHS, J., «The Regulation of Euthanasia and Related Medical Procedures that Shorten Life in the Netherlands», *Medical Law International*, 1994, vol. 1, pp. 137 ss.
- , «Recent Developments in the Netherlands Concerning Euthanasia and Other Medical Behavior that Shortens Life», *Medical Law International*, 1995, vol. 1, pp. 347 ss.

(75) Este posible paso de la exigencia de la petición expresa hacia su flexibilización podría ilustrarse perfectamente con estas frases de VAN DELDEN/PIJNENBORG/VAN DER MAAS en *Hastings Cent Rep* 1993, p. 26: «La eutanasia, por lo tanto, siempre se basa en la autonomía y en la beneficencia. Aunque opinamos que tanto el derecho autónomo como el sufrimiento son condiciones necesarias para la práctica de la eutanasia, podemos concebir situaciones por las que nadie querría pasar. En estos casos de sufrimiento extremo, puede terminarse con la vida de forma justificada sin la petición explícita del paciente» (26).

- TEN HAVE/WELIE, «Euthanasia: Normal Medical Practice?». *Hastings Center Report* 22 (1992)2, pp. 34 ss.
- JOICHEMSEN, H: «Euthanasia in Holland: an Ethical Critique of the New Law», *Journal of Medical Ethics* 1994 20 (1994), pp. 212 ss.
- VAN KALMTHOUT, A, «Eutanasia, ayuda al suicidio y terminación activa de la vida sin solicitud expresa en los Países Bajos», en *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*, coordinado por los profesores Díez Ripollés y Muñoz Sánchez, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp. 263 ss.
- KEOWN, J, «The Law and Practice of Euthanasia in the Netherlands». *The Law Quarterly Review* 108 (1992), pp. 51 ss.
- , «On Regulating Death». *Hastings Center Report* 22 (1992)2. pp. 39 ss.
- LEENEN, HJJ, «Supreme Court's Decisions on Euthanasia in the Netherlands.» *Medicine and Law* 5 (1986)4, pp. 349 ss. (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo holandés de 27 de noviembre de 1984).
- , «Dying With Dignity: Developments in the Field of Euthanasia in the Netherlands». *Medicine and Law* 8 (1989)5, 517 ss.
- «The Definition of Euthanasia». *Medicine and Law* 3 (1984)3, pp. 333 ss.
- VAN DER MAAS/VAN DELDEN/PIJNENBORG/LOOMAN, «Euthanasia and Other Medical Decisions Concerning the End of Life», *Lancet* 338 (1991)8768, pp. 669 ss.
- , «Life-Terminating Acts Without Explicit Request of the Patient». *Lancet*, 341 (1993) pp. 1196 ss.
- MARÍN GÁMEZ, J. A., «La eutanasia desde la perspectiva del Derecho comparado. Especial atención a los casos holandés y norteamericano», *Revista de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 85, 1996, pp. 139 ss.
- MARKER, R., «A Dutch Treat», *Human Life Review* vol. 16 (1990)4, pp. 7 ss.
- OGILVIE/POTTS, «Assisted Suicide for Depression: the Slippery Slope in Action». *British Medical Journal* 309 (1994)6953, pp. 492-3. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo Holandés de 21 de junio de 1994.
- PIJNENBORG/VAN DELDEN/KARDAUN/GLERUM/VAN DER MAAS, «Nationwide Study of Decisions Concerning the End of Life in General Practice in the Netherlands». *British Medical Journal* 309 (1994)6963, pp. 1209 ss.
- REIS, H., Traducción y comentario a la sentencia Tribunal Supremo holandés de 21 de octubre de 1986). *Europäische Grundrechte Zeitschrift* 1987, pp. 282 ss.
- RIGTER, H., «Euthanasia in the Netherlands: Distinguishing Facts from Fiction». *Hastings Center Report* 19 (1989)1, pp. 31-2.
- RIGTER/BORST-EILERS/LEENEN, «Euthanasia Across the North Sea». *British Medical Journal* 297 (1988)6663, 1593 ss.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, «La eutanasia activa en la legislación holandesa». *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Universidad de Educación a Distancia (UNED), Facultad de Derecho, Madrid, 1994, pp. 1157 ss.
- SCHOLTEN. «Niederlande», en *Materialien zur Sterbehilfe*, Max-Planck-Institut für Strafrecht, Freiburg 1991, pp. 451 ss.

- DE WACHTER, M. A., «Euthanasia in the Netherlands». *Hastings Center Report* 22 (1992)2, pp. 23 ss.
- VAN DER WAL, G., «Unrequested Termination of Life: Is It Permissible?». *Bioethics* 1993 vol. 7, núm. 4, pp. 330 ss.
- VAN DER WAL/DILLMANN, «Euthanasia in the Netherlands». *British Medical Journal* 308 (1994)6940, 1346 ss.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

| | |
|--------------------|-------------------------------------|
| Br Med J: | British Medical Journal |
| EuGrZ: | Europäische Grundrechte Zeitschrift |
| Hastings Cent Rep: | Hastings Center Report |
| J Med Ethics: | Journal of Medical Ethics |
| Law Q Rev: | Law Quarterly Review |
| Med Law: | Medicine and Law |
| Med Law Int: | Medical Law International |
| Notre Dame L Rev: | Notre Dame Law Review |

Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código penal español de 1995

EDUARDO DEMETRIO CRESPO

Profesor Asociado de la Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. Introducción. 1. Delimitación conceptual: 1.1 «Individualización judicial de la pena»/Determinación legal de la pena; 1.2 «I.J.P. *stricto sensu*» e «I.J.P. *lato sensu*»; 1.3 El concepto «factor de la I.J.P. y sus tres significados como factor real, final y lógico. 2. Las cinco fases de la «I.J.P.».— II. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el Nuevo Código Penal Español de 1995. 1. Aclaraciones previas. 2. El criterio de la gravedad del hecho: 2.1 Aproximación al concepto. 2.2 La gravedad del hecho como factor real de la I.J.P.: el problema de la graduabilidad del injusto. 2.3 Pautas para la determinación de la gravedad del hecho: 2.3.1 Dependientes de los factores finales de la I.J.P.: A. Introducción; B. La retribución: a) La nocividad del comportamiento; b) La reprochabilidad del comportamiento; C. La Prevención General: a) Como exigencia de proporcionalidad, b) Como juicio de prognosis frente a la comunidad. 2.3.2 Dependientes de otros factores reales de la I.J.P.: A. La culpabilidad; B. El bien jurídico. 3. El criterio de las circunstancias personales del delincuente: 3.1 Importancia del criterio en el CP de 1995. 3.2 La personalidad del delincuente como factor real de la I.J.P.: 3.2.1 Aproximación al concepto. 3.2.2 Personalidad del delincuente y fines de la pena: A. Personalidad del delincuente y retribución; B. Personalidad del delincuente y prevención especial; C. Personalidad del delincuente y prevención general. 3.2.3 Factores indiciarios: A. La vida anterior del reo; B. El comportamiento posterior al hecho. 3.3 Otras circunstancias personales: 3.3.1 La situación familiar, profesional o económica. 3.3.2 La «sensibilidad a la pena del autor» y la «susceptibilidad de pena» del autor. III. Conclusión Final.—IV. Bibliografía.—V. Abreviaturas y siglas.

I. INTRODUCCIÓN

1. Delimitación conceptual

1.1 «Individualización judicial de la pena» (*) y «Determinación legal de la pena»

En primer lugar conviene recordar una diferenciación conceptual previa, y es la existente entre la «*determinación legal de la pena*» («*Strafbemessung*»), y la «*I.J.P.*» («*Strafzumessung*»). En el primer estadio se determina por el legislador en abstracto las penas correspondientes a determinados delitos, y aquél deberá fijar unas penas máximas y otras mínimas para cada delito conforme a la gravedad del mismo, ofreciendo de este modo un espacio de juego («*Spielraum*»), o marco penal («*Strafrahmen*»), que se pone a disposición del juez. A este estadio pertenece también la aplicación de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En la *individualización de la pena por el juez*, éste asume la tarea de la elección de la pena adecuada al caso concreto, dentro del marco ofrecido por el legislador (1). En el derecho positivo español la I.J.P. implica una delimitación de tipo cuantitativo, pero también de carácter cualitativo, como por ejemplo en los supuestos de penas alternativas (arts. 244.1, 291, 295, etc.), penas de imposición potestativa (art. 226.2), o en los supuestos en que cabe la aplicación de sustitutivos penales (arts. 88 y 89) (2).

Según Dreher el problema de la I.J.P. es el determinar la pena justa a partir del marco penal típico de un tipo penal correctamente determinado, pero en modo alguno la corrección de un tipo penal determinado incorrectamente (que es un problema del uso correcto de los medios jurídicos), como tampoco la cuestión de la inimputabilidad del autor (3). A estos efectos hay que tomar en consideración el tenor del artículo 4.3.º del CP 1995 en el que se señala lo siguiente:

(*) En lo sucesivo citaremos este término con las siglas «I.J.P.»

(1) Cfr.: MEZGER, Edmund, «Strafzweck und Strafzumessungsregeln», en *Materiales zur Strafrechtsreform*, 1954, I.Bd, pp. 1-28, esp. p. 1 (Cit.: «Strafzweck ...»); SPENDEL, Günter, *Zur Lehre von Strafmaß*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1955, pp. 160 y ss. (Cit.: *Zur Lehre ...*).

(2) Cfr.: MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Civitas, 1996, p. 189 (Cit.: *Las consecuencias ...*).

(3) DREHER, Eduard, «Rationalere Strafzumessung?», en VV.AA., *Pönometrie, Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*, Köln, Institut für Konfliktforschung, 1977, pp. 37-48, esp. pp. 37-38 (Cit.: «Rationalere...»).

«Del mismo modo acudirá al Gobierno (el Juez o Tribunal) exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia (4), cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos *el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo*» (5) (6).

Mir Puig señala que por «determinación de la pena» se entiende la fijación de la pena que corresponde al delito, y que ello afecta tanto a la clase como a la cantidad de pena, incluyendo en un sentido amplio la decisión acerca de la suspensión de la pena o su sustitución por otras penas o por medidas de seguridad. Aclara además, que en ese esquema la determinación de la pena posee un momento legal y otro judicial, a lo que debe añadirse la intervención de la Administración penitenciaria en la ejecución de las penas privativas de libertad (7). Por su parte Quintero Olivares añade a esos dos momentos otro de carácter previo y fundamental como es la determinación constitucional de la pena (8).

(4) Me parece interesante poner de relieve las repercusiones que esta declaración legal puede tener sobre la discusión de si por motivos de prevención especial debería renunciarse a ejecutar una pena si no existieran necesidades resocializadoras o el autor fuera, por el contrario, irresocializable. Esta frecuente objeción a la disolución de la antinomia entre prevención general y prevención especial a favor de ésta última, nos parece al menos equívoca, entre otras cosas, porque, aunque el juez llegara a esa conclusión, está obligado a determinar una pena o un sustitutivo penal dentro del marco legal de un ordenamiento jurídico (que puede disponer o no de la llamada «renuncia a la pena») en la sentencia, y a ejecutarla por mandato constitucional (art. 117 CE).

(5) La cursiva es mía.

(6) Hay que observar la sustitución de los criterios legales que se ha producido en este precepto respecto al CP, TR 1974, en el que se aludía en el artículo 2.º.2 a «el grado de malicia» y el «daño causado por el delito», siendo especialmente importante la introducción de un criterio de corte básicamente preventivo especial («circunstancias personales del reo»), en sustitución de uno de corte retributivo («el grado de malicia»).

Se ha dicho, respecto a la regulación del artículo 2.º, párrafo 2.º, CP TR 1973, que se trata de «una vía secundaria para resolver la injusticia del caso concreto: la propuesta de un indulto total o parcial para el condenado, con lo que este precepto, que podría ser un instrumento útil para la reforma de la Ley penal, se ha convertido en un medio de atenuar los efectos de la Ley al caso concreto» (Cfr.: VV.AA., *Código Penal Comentado*, Madrid, Akal, 1990, p. 11).

(7) Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª edición corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995, Barcelona, PPU, 1996, pp. 736-737 (Cit.: *Derecho Penal*, 4.ª ed.).

(8) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Determinación de la pena y política criminal», *CPC*, núm. 4, 1978, pp. 49-84, esp. p. 57 («Determinación ...»).

El acto de I.J.P ha sido calificado como un acto de «discrecionalidad jurídicamente vinculada» (9). Efectivamente, el juez puede moverse «libremente» en principio en el marco legal previamente determinado por el legislador para un determinado delito, y al juez le corresponde la misión de concretar la conminación penal de la ley para el caso concreto, pero siempre orientado por algunos principios que habrán de extraerse bien de las declaraciones expresas de la ley, bien de los fines del derecho penal en su conjunto, o más concretamente de los fines de la pena (10), partiendo de la función y de los límites que corresponden al Derecho Penal (11). Hay que tener en cuenta a estos efectos que fines de la pena, modelo de Estado y elementos de teoría del delito no son independientes, sino que se condicionan entre sí (12).

1.2 «I.J.P stricto sensu», e «I.J.P lato sensu»

La I.J.P en sentido estricto es la decisión sobre el tipo y cantidad de pena que corresponde aplicar al autor de un hecho delictivo por la transgresión culpable de un precepto penal, decisión en la que el primer paso lógico es la elección entre la pena privativa de libertad y la pena de multa. A la I.J.P en sentido amplio pertenecen a su vez la decisión sobre la aplicación o no de la suspensión de la ejecución de la pena, y otros substitutivos penales (13).

1.3 El concepto «factor individualizador de la pena», y sus tres significados como factor final, real, y lógico

El concepto de «fundamento individualizador de la pena» («*Strafzumessungsgrund*»), en la ya clásica concepción de Spendel, comprende tres significados: real, final, y lógico (14).

(9) JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed, Granada, Comares, 1993, p. 788 (Cit.: *Tratado* ...); Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 5.ª ed, 1996, p. 871.

(10) Cfr. en la doctrina alemana JESCHECK, *Tratado*..., *Op. cit.* p. 788; en la doctrina española MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, PPU, 1990, p. 825 (Cit.: *Derecho Penal* ...).

(11) Cfr.: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, 4.ª ed, *Op.cit.*, p. 745.

(12) Cfr.: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/GARCÍA RIVAS/FERRÉ OLIVÉ/SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 817.

(13) HIRSCH, Günter, «Vorbemerkungen zu den §§ 46», en *LK*, 10 Auflage, pp. 1-79, p. 27 (cit.: «Vorbemerkungen...»); ZIPF, Heinz, *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg. Karlsruhe, C.F. Müller, 1977, pp. 7-8; BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln.Berlin.Bonn.München, Carl Heymanns Verlag, 1974, pp. 38 y ss (cit.: *Strafzumessungsrecht*...).

(14) SPENDEL, GÜNTER, *Zur Lehre* ..., pp. 191 y ss.

La advertencia de que el concepto de fundamento individualizador no es unitario se encuentra por primera vez en las investigaciones de Wimmer, bien que éste último sólo diferenciara entre los factores reales de la medición («*Zumessungstatsachen*»), y consideraciones acerca de la misma («*Zumessungserwägungen*») (15).

De acuerdo con la definición de Spendel el concepto «fundamento individualizador de la pena» puede entenderse en primer lugar como «fundamento real» («*Realgrund*»), o *causa essendi* de la medida de la pena. Con ello se quiere aludir a los antecedentes de hecho y circunstancias que necesariamente tienen que ser tenidas en cuenta. Los ejemplos que señala el autor son clarificadores: el extraordinario valor de las cosas robadas, la especial brutalidad de unos malos tratos, o el número de muertos como consecuencia de una acción imprudente. En segundo lugar tiene el significado de «fundamento final» («*Zweckgrund*»), o *causa finalis*, lo cual significa preguntarse por el fin que se persigue con la imposición de la pena. Por último está el «fundamento lógico» («*logischer Strafzumessungsgrund*»), o *ratio cognoscendi* que vincula los presupuestos de la individualización con la individualización misma (16).

2. Las cinco fases de la I.J.P

Bruns ha refinado el esquema de Spendel, proponiendo distinguir hasta cinco fases de la I.J.P: a) *Ajustamiento a los fines de la pena*; b) *Averiguación de los factores de hecho relevantes para la individualización de la pena*; c) *La determinación de la dirección valorativa de los factores reales*; d) *La ponderación de las circunstancias de la individualización de la pena entre sí* (17); e) *Clasificación del caso en la escala de penas del marco penal previo* (18).

Streng ha criticado esta clasificación en el sentido de que no se puede esperar de ella que ayude a solucionar los problemas de la I.J.P, bien que le reconozca el valor de ayudar a una exposición ordenada

(15) WIMMER, August, «Die Strafzumessungstatsachen im Prozess», en *NJW*, (1947/8), pp. 126-129, esp. p. 126-7.

(16) SPENDEL, GÜNTER, *Zur Lehre ...*, *Op. cit.*, pp. 191-3.

(17) Sobre el problema de la ponderación desde el punto de vista del Derecho Constitucional, Cfr.: OSSENBÜHL, Fritz, «Abwägung im Verfassungsrecht», en *Abwägung im Recht*, Symposium zur Emeritierung von Werner Hoppe, Köln.Berlin.Bonn.München, Carl Heymanns, 1996, pp. 25-41.

(18) *Strafzumessungsrecht...*, *Op. cit.*, p. 6.

de los mismos (19). Montenbruck, por su parte, considera esta crítica fuera de lugar ya que una clasificación de esta índole hace las decisiones del juez más controlables (20).

En nuestro país Bacigalupo se ha adherido básicamente a esta ordenación sistemática de las «operaciones intelectuales» propias de la I.J.P, como proceso lógico que, a su juicio, consta de los siguientes niveles: «1. *Determinación de los fines de la pena* (...); 2. *Fijación de las circunstancias de hecho a valorar* (factores reales o de hecho de la individualización de la pena) a partir del criterio seguido respecto de los fines de la pena (...); 3. *Valoración de los factores reales de la individualización a favor o en contra del autor* (...); 4. *Transformación de todas las consideraciones en una expresión numérica*» (21).

II. ANÁLISIS DE LOS CRITERIOS DE LA I.J.P EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL DE 1995

1. Aclaraciones previas

En el análisis teórico de cuáles deben ser los criterios que guíen al juez en el momento que representa la cúspide de su actividad resolutoria habrán de tomarse en cuenta en primer término las indicaciones expresas de la ley. En este sentido nos fijaremos preferentemente en los criterios indicados en la regla primera del artículo 66 (CP de 1995) relativo a la aplicación de la pena cuando no concurrieren circunstancias agravantes ni atenuantes o cuando concurren unas y otras; a saber, «las circunstancias personales del delincuente», y «la mayor o menor gravedad del hecho».

Tampoco se puede olvidar el análisis de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que si atendemos al tenor de la regla 4.^a del artículo 66 (22), la entidad y número de éstas se erige

(19) Cfr.: STRENG, Franz, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*, Heidelberg, R.v. Decker's & G.Schenck, 1984, p. 46 (Cit.: *Strafzumessung* ...).

(20) Cfr.: MONTENBRUCK, Axel, *Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten*, Berlin, Duncker&Humblot, 1989, p. 20.

(21) Cfr.: BACIGALUPO, Enrique, «La individualización de la pena en la reforma penal», en *RFDUC*, 1980, pp. 58-73, esp. pp. 60-61 (Cit.: «La individualización...»).

(22) Artículo 66. 4.^a: «Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena en uno dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la *entidad y número* de dichas circunstancias».

igualmente en un importante criterio individualizador. Sin embargo, no hay que olvidar que las circunstancias agravantes y atenuantes en cuanto tales pertenecen a la fase de la determinación legal de la pena, y no a la de la I.J.P. *stricto sensu* (23). Por este motivo, y con el propósito de delimitar el objeto de estudio, nos ceñiremos en este trabajo al análisis de los criterios de la gravedad del hecho y de las circunstancias personales del delincuente.

Pero fuera de esto, las reglas segunda y tercera del artículo 66, así como los artículos 74, 76, y 77, no proporcionan criterios para la individualización de la pena dentro de los marcos que establecen. Creemos que hubiera sido conveniente la introducción de un precepto en

(23) En este sentido se manifiesta igualmente BACIGALUPO, quien entiende que las circunstancias agravantes y atenuantes no son sino elementos del tipo, de lo que se deduce que tienen que ver con la individualización legislativa y no con la judicial. Advierte, además, que esta terminología («individualización legislativa», «individualización judicial») puede conducir a errores «porque la determinación del marco penal abstracto aplicable a un delito no queda definido, en el sistema español, en el momento de la sanción de la ley, sino que requiere una operación complementaria que el legislador ha puesto en manos del juez, al permitirle establecer el grado de la pena (máximo, mínimo, medio) antes de entrar a la individualización judicial propiamente dicha» (Cfr.: BACIGALUPO, Enrique, «La individualización...», *Op. cit.*, p. 63).

En el sistema de penas actual, conforme a la regulación del CP 1995, este paso intermedio, todavía de la determinación legal de la pena, bien que llevada a cabo por el juez, no lleva como en el CP TR 1973 a la aplicación de las penas en sus grados mínimo, medio, o máximo, sino que según la concurrencia o no de circunstancias, y según qué tipo de circunstancias concurren o no concurren, permiten al juez moverse en toda la extensión del marco penal típico (regla 1.ª del artículo 66), en su mitad inferior (regla 2.ª del artículo 66), en su mitad superior (regla 3.ª del artículo 66), o en la pena inferior en uno o dos grados (regla 4.ª del artículo 66). Por *grado* se entiende ahora no los grados máximo, medio, o mínimo, de la anterior, con la que venían previstas las diferentes penas consistentes en escalas graduales (artículo 73 CP TR 1973), sino que pena superior en grado será la resultante de aumentar a la cifra máxima señalada por la Ley para el delito la mitad de su cuantía, y pena inferior en grado la resultante de deducir a la cifra mínima señalada por la ley para el delito la mitad de su cuantía (artículo 70.1.º y 2.º CP 1995). La nueva regulación ofrece un marco mucho mayor que la anterior al ámbito de la I.J.P., en coherencia con exigencias doctrinales que entendían que aquella regulación contenía una excesiva determinación legal apriorística que impedía una concreta individualización, y que ha obligado al juez a hacer uso de su arbitrio en un momento anterior como es la calificación técnico-penal del hecho y de las circunstancias, para forzar una calificación más ajustada a la entidad del hecho y las circunstancias del autor.

Creemos que, en rigor, podría hablarse de una etapa inmediatamente anterior a la I.J.P., indicada por el término «determinación judicial de la pena» («*richterliche Strafbemessung*»), que junto a la «fijación legal de la pena» («*gesetzliche Strafbestimmung*»), integraría lo que con carácter general denominamos «determinación legal de la pena» («*Strafbemessung*»).

el NCP que regulara los criterios para la I.J.P (24), de modo que éste dejara de ser un ámbito condenado en mayor o menor medida a la «arbitrariedad».

Hay que destacar que tanto el artículo 25.2 de la Constitución de 1978, como el artículo 1 de la Ley General Penitenciaria de 1979, ponen un énfasis especial en el fin de la *prevención especial en su aspecto positivo de reeducación y reinserción social*. Sin embargo, y pese a estas declaraciones, el derecho penal español asienta sus bases sobre una *teoría unitaria de la pena*, lo cual sigue estando vigente en el nuevo CP 1995 (25), en el que el criterio de la *gravedad del hecho* como criterio de la I.J.P, junto a *las circunstancias personales del delincuente*, es una prueba de ello, bien que este último criterio haya adquirido una gran importancia al impregnar el Código Penal en diferentes aspectos de la I.J.P en sentido estricto y en sentido amplio, así como otros aspectos conexos a la misma.

2. El criterio de la gravedad del hecho

2.1 Aproximación al concepto

El Tribunal Supremo en sentencia de 20 de marzo de 1986 entiende que «gravedad del hecho equivale al desvalor de la conducta puesta de manifiesto en la infracción», tanto en su vertiente de acto personal, como la referida al resultado lesivo a un bien jurídico (26), (27).

En la doctrina italiana existen aportaciones específicas sobre este elemento que aparece en el artículo 133 del Código Penal Italiano (28). Entre los elementos enunciados por los distintos autores como relevantes en el estudio de este criterio aparecen la modalidad del mismo, su naturaleza, especie, medios, objeto, tiempo, lugar, daño o peligro ocasionado, intensidad del dolo o gravedad de la imprudencia, etc. Es decir, todo el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del

(24) En este sentido, Cfr.: LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 513.

(25) Cfr.: CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 30.

(26) GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986», en *PJ*, 1986, pp. 141-158, esp. p. 147.

(27) Cfr.: LLORCA ORTEGA, José, *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 92.

(28) Cfr.: GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios de la determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982, *Op. cit.*, pp. 212 y ss (Cit: *Los criterios ...*).

hecho criminal. Para García Arán el Código Penal italiano presenta, al igual que el español, la confluencia entre los datos que allí se enumeran como indiciarios y las circunstancias modificativas genéricas. En este sentido señala que es evidente «que la determinación de la mayor o menor gravedad encuentra una vía indiciaria en aquello que es considerado como más o menos grave en otros lugares del código, especialmente en las circunstancias genéricas, independientemente de las críticas que se formulen en ese estadio y por lo tanto si allí se ha aceptado que el incremento objetivo del injusto agrave la pena, ese debe ser el sentido del incremento de la gravedad» (29).

2.2 *La gravedad del hecho como factor real de la I.J.P : el problema de la graduabilidad del injusto*

La parte especial del Código Penal contiene una ordenación valorativa de los diferentes bienes jurídicos protegidos a través de las distintas cantidades de pena asignadas para la lesión o puesta en peligro de cada uno de ellos. Pues bien, a juicio de Bruns, este esquema valorativo representa en último término, un gran catálogo de factores de la I.J.P, que necesitan de una complementación más cercana para la delimitación de la cantidad final de pena (30). Cuando el legislador determina con carácter general el desvalor de los diferentes tipos penales, determina asimismo programáticamente las fronteras de la actividad judicial en el caso concreto.

Pues bien, ello pone de relieve y justifica que la pregunta por la adecuación a la culpabilidad se plantee ya en lo que se refiere al marco penal típico. Con carácter general, el marco penal debe permitir, dentro de un mayor o menor marco de arbitrio judicial, la aplicación de la pena adecuada a cada caso.

Una consideración elemental que subyace a este planteamiento es la capacidad de graduación del injusto culpable. Si bien esta capacidad de graduación de la culpabilidad fue reconocida desde antiguo, no sucede lo mismo respecto al injusto, para lo que hemos de remitirnos al trabajo de Kern, «*Grade der Rechtswidrigkeit*» (31). El autor comienza poniendo de relieve, de acuerdo con los parámetros de la evolución del pensamiento penal en aquel momento, que la culpabilidad, al comprender diversos grados, tales como el dolo, o la imprudencia, era susceptible de graduación, y que además, ello se podía

(29) *Ibidem*, p. 214.

(30) BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht...*, *Op. cit.*, p. 70.

(31) KERN, Eduard, «Grade der Rechtswidrigkeit», en *ZStW*, (1952), 64, pp. 255-291.

comprobar complementariamente en la determinación de la pena, en la que diferentes criterios podían afectar la medida de la misma aumentándola o disminuyéndola. A continuación señala que, a diferencia de la culpabilidad, esta capacidad de graduación no había sido constatada respecto a la antijuricidad. Respecto a esta última se constata su existencia o su no existencia, pero no que pueda ser mayor o menor (32). Pues bien, como ha puesto de relieve Bruns, el grado de la antijuricidad modifica el contenido del injusto y el concepto del injusto en la I.J.P va más allá del juicio formal de antijuricidad, comprendiendo sutiles diferenciaciones materiales, que sólo adquieren significado a la luz de la dogmática propia de aquella. Las razones por las cuales una acción antijurídica puede pesar de modo diferente, son de diversa índole: carácter tutelable de la víctima, envergadura del daño causado, tipo de ejecución del hecho, utilización de determinados medios, especiales funciones, obligaciones jurídicas, o relaciones del autor, etc (33).

La afirmación relativa a que la medida de la «culpabilidad por el hecho» depende del contenido de injusto del hecho penal individual y de que la cantidad de la pena adecuada al injusto se mide de acuerdo a la gravedad del injusto individual parece clara; sin embargo por sí misma no representa nada más que una especie de declaración de principios. Para poder poner en relación este proceso de cuantifica-

(32) La consecución de dicha graduación la argumenta el autor a partir de la constatación básica del lenguaje ordinario conforme a la cual se habla de cosas «prohibidas», «estrictamente prohibidas», «prohibidas con pena», «prohibidas con penas graves», etc. Desde el punto de vista jurídico aparece a un lado la categoría de lo prohibido, y a otro, la de lo permitido y lo obligatorio. Esta tripartición conduce a las tres categorías de lo antijurídico, lo jurídicamente neutro, y lo adecuado al Derecho. Dentro de lo antijurídico la primera graduación se produce entre lo prohibido penalmente y lo prohibido sin una pena, en la que aquello representa, frente a esto último, un grado especial de antijuricidad. Dentro de lo prohibido con pena, se puede diferenciar asimismo entre lo prohibido con una ley penal, y lo prohibido con una ley administrativa; lo cual no es sólo una diferenciación en cuanto al grado, sino también en cuanto al tipo de sanción. Y así continua aportando una serie de criterios para comprobar los grados de la antijuricidad: una acción materialmente antijurídica, en el sentido de que tanto su contenido como su resultado es desaprobado por el ordenamiento jurídico, es más grave que una acción antijurídica, que lo es por el hecho de lesionar prescripciones formales o ir más allá de la competencia correspondiente; el grado de la antijuricidad de una acción es esencialmente menor cuando actúa sobrepasando los límites de su derecho que cuando actúa injustificadamente o sin autorización; por otro lado la lesión de determinadas obligaciones jurídicas que derivan de la profesión o el cargo representan asimismo un especial grado de antijuricidad (*Ibidem*, pp. 261 y ss).

(33) BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht...*, *Op. cit.*, p. 394.

ción con la pena adecuada al caso concreto, se requiere su integración en el conjunto del sistema de la I.J.P. El proceso de cuantificación del injusto individual pasa por los siguientes pasos: 1. Determinación del fin de la I.J.P; 2. Indagación relativa a los fundamentos reales de la I.J.P relevantes en el injusto concreto; 3. Valoración de cada uno de los factores reales relevantes en el injusto concreto; 4. Ponderación de todos los factores reales de la I.J.P relevantes para el injusto que han sido sopesados; 5. Ordenación del injusto individual en el interior del marco penal típico (34).

Desde mi punto de vista se puede decir que nuestro Código Penal incorpora con las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal puntos de referencia importantes para la determinación del tipo del injusto individual, ya que a tenor de las reglas de aplicación de las penas, la concurrencia o no de circunstancias agravantes y/o atenuantes implica la determinación de un marco penal típico más o menos amplio. Su verdadera relevancia en la I.J.P viene dada sin embargo, en la medida en que el número y entidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal condiciona la labor de individualización. En el contexto en que ahora las traemos a colación adquieren significado como *catálogo incompleto de factores reales de la individualización de la pena anticipado legalmente y con una determinada valoración (agravatoria o atenuatoria), indicada por la ley*. Se diferencian del catálogo de circunstancias para la I.J.P contenidos en el parágrafo 46.2 del StGB en que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal no son criterios de la I.J.P en sentido estricto, sino que entran en juego en una fase previa a la individualización misma, aunque la condicionen posteriormente de acuerdo con su número y entidad. A juicio de Günther el catálogo de circunstancias de la I.J.P recogidos en el parágrafo 46.2 del StGB constituyen en parte puntos de referencia equívocos, por lo que es necesario recurrir también aquí a los elementos esenciales del concepto del injusto: *el desvalor de acción y el desvalor de resultado*. Para hallar el tipo del injusto relevante en la I.J.P hay que deducir del conjunto del suceso todos aquellos hechos que influyen el injusto de acción y el injusto de resultado del correspondiente injusto típico, y que por otra parte representan valo-

(34) Cfr.: GÜNTHER, Hans-Ludwig, «Grade des Unrechts und Strafzumessung», en *Kriminalität, Persönlichkeit, Lebensgesichte, und Verhalten. Festschrift für Hans Göppinger zum 70. Geburtstag*, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Springer, 1990, pp. 453-462, esp. p. 455-6.

res de acción o de resultado en la esfera de la justificación con un efecto de aminoración del injusto (35).

2.3 Pautas para la determinación de la «gravedad del hecho»

2.3.1 Dependientes de los factores finales de la I.J.P

A. INTRODUCCIÓN

Los criterios para la determinación (medición) de la gravedad del hecho dependen, a nuestro juicio, en buena medida de los fines de la pena. De igual manera que los factores reales de la I.J.P y los fines de la pena se relacionan entre sí en la medida en que la determinación de los «factores reales» a tener en cuenta en la individualización judicial de la pena depende de los fines de la pena que se tomen en consideración, en coherencia con ello la fijación de los criterios en particular para la determinación de un factor real en concreto depende asimismo de los fines de la pena (36). De este modo, por ejemplo, si se entiende que el fin de la pena por excelencia en la I.J.P es la «compensación de la culpabilidad» («*Schuldausgleich*»), tal y como entiende Schaeferdick (37), de ello resultan los siguientes criterios de determinación de la gravedad del hecho: la nocividad del comportamiento («*Die Schädlichkeit des Verhaltens*») y la reprochabilidad del comportamiento («*Die Vorwerfbarkeit des Verhaltens*») (38), sin que se admita en principio, la posibilidad de tomar en consideración circunstancias que hagan posible castigar de modo diferente hechos de la misma grave-

(35) *Ibidem*, p. 458.

(36) Esta misma idea es puesta de relieve por DOLCINI, cuando señala la falta de claridad del criterio de la gravedad del hecho (que se menciona expresamente, junto al de la inclinación del autor a la comisión de delitos, como criterios de ponderación de la I.J.P., en el artículo 133 del Código Penal italiano), ya que el legislador no ha señalado si la gravedad del hecho debe medirse conforme al fin de la pena de la retribución, de la prevención general o de la prevención especial. Señala, por ejemplo, que un mismo hecho habrá de medirse de forma muy diferente según que entendamos que dicha medición sirve a la retribución de la culpabilidad, a la producción de confianza en los ciudadanos respecto al ordenamiento jurídico, o a la prevención de la reincidencia (Cfr.: DOLCINI, Emilio, «Probleme der Strafzumessung in Italien», en *ZStW*, 94, (1982), pp. 373-403, esp. p. 377 (cit.: «Probleme...»)).

(37) Cfr.: SCHAEFERDIEK, Sascha, *Die kurze Freiheitsstrafe im schwedischen und deutschen Strafrecht*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, 1996, punto VI. Apartado 2.º Capítulo IV, (citado del manuscrito que el autor tuvo la amabilidad de proporcionarme).

(38) *Ibidem*, punto VI.2.4. Apartado 2.º. Capítulo IV.

dad (es decir, se rechaza la idea de la *individualización de la medición de la pena*, de la *racionalidad final de una I.J.P orientada a las consecuencias* (39).

B. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA RETRIBUCIÓN

a) *La nocividad del comportamiento*

La nocividad del comportamiento depende del grado del daño cometido o del peligro provocado. La determinación de este componente es relativamente aporoblemática en la comparación de delitos del mismo tipo, a los que subyacen los mismos o parecidos bienes jurídicos; así como en categorías de delitos homogéneas. La comparación de categorías de delitos, sin embargo, en los cuales se protegen bienes jurídicos diferentes o que afectan a diferentes tipos de intereses, es muy problemática. Para responder a esta cuestión se han propuesto diferentes criterios, entre los cuales se encuentran «el grado de limitación de la libertad de decisión de la víctima» (entendida como la capacidad de la persona de determinar el curso de su vida), o el «grado de menoscabo del nivel de vida de la víctima» (entendiendo éste último en un sentido amplio, no sólo desde el punto de vista económico) (40).

La valoración de la gravedad del hecho a través de este criterio no puede consistir en una determinación *a priori* de valor universal, sino que depende de las costumbres de cada cultura. Por ejemplo la nocividad de una figura delictiva que se base en la protección de la «esfera privada» presupone la valoración de la misma por un grupo humano determinado como digna de dicha protección, etc. (41). Ello pone de

(39) Cfr.: GIEHRING, Heinz, «Ungleichheiten in der Strafzumessungspraxis und die Strafzumessungslehre - Versuch einer Analyse aus der Sicht eines Strafrechtswissenschaftlers», en PFEIFFER/OSWALD, *Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1989, pp. 77-125, esp. pp. 81 y ss; DECKERT, Martina Renate, *Folgeorientierung in der Rechtsanwendung*, München, C.H. Beck, 1995, pp. 218 y ss; BAURMANN, Michael, *Folgeorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 1981, pp. 7 y ss.

(40) Cfr.: HIRSCH, ANDREW. V./JAREBORG, Nils, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bonn, Forum, 1991, pp. 41 y ss, esp. pp. 44 y 45 (Cit.: *Strafmaß* ...); «Gauging Criminal Harm: A living-Standard Analysis», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 11, (1991), pp. 1 y ss.

(41) HIRSCH/JAREBORG, *Strafmaß* ..., *Op.cit.*, p. 45. Los autores derivan de este argumento la conclusión de que una doctrina orientada en la culpabilidad no es en modo alguno metafísica o absoluta. Desde mi punto de vista, sin embargo, esto no es tan evidente, puesto que la «historicidad» de la pena puede realmente constituir un elemento de la pena absoluta (¿cómo habría de ser entendida sino como la «única

relieve a su vez que el criterio de interpretación de la gravedad del hecho que estamos analizando afecta en realidad más directamente a la determinación de las escalas penales que a la I.J.P en el caso concreto.

b) *La reprochabilidad del comportamiento*

La cuestión de los factores que han de intervenir en la valoración de la reprochabilidad es muy discutida (42). En este sentido se alude a la forma de culpabilidad (grado de conciencia y perseverancia o determinación, así como el grado de la infracción al deber), los motivos e intenciones del autor, así como el ánimo o móvil expresado en el hecho. Circunstancias que pueden agravar la reprochabilidad del hecho y, por consiguiente, la culpabilidad, pueden ser el aprovechar un desamparo especial de la víctima, o una situación especial de confianza, el seguimiento de motivaciones racistas, etc. Se discute si la reincidencia puede constituir también en este sentido una circunstancia agravante con la fundamentación de que el hecho le es más reprochable al autor porque ha desatendido la advertencia de procesos anteriores (43), (44). Por el contrario pueden funcionar en sentido atenuatorio una provocación de la víctima, diversas circunstancias de la vida anterior del reo como alcoholismo grave, etc.

Junto a ello habría que considerar circunstancias que no afectan en sí a la gravedad del hecho, sino al denominado *merecimiento de pena* («*Strafwürdigkeit*») del autor. Existirían circunstancias que aminoran este merecimiento de pena, como la reparación después del hecho, un mal estado de salud del autor, o la circunstancia de que el autor, como consecuencia del hecho, haya sufrido ya consecuencias graves como la pérdida del puesto de trabajo, etc.

Una interpretación del proceso de I.J.P que se guíe y fundamente en el criterio de la gravedad del hecho, interpretado además del modo

pena justa posible» por un grupo humano determinado? Está claro que esta valoración no puede ser la misma en un siglo que en otro, en un país que en otro, etc., y sin embargo, reconocer ésto no impide seguir en el contexto metafísico de la consecución de la «pena adecuada a la culpabilidad»).

(42) STRENG, Franz, *Strafzumessung ...*, *Op. cit.*, pp. 22 y ss.

(43) Esta circunstancia agravante se recoge en el CP 1995, artículo 22.8.º, bien que se haya circunscrito a cuando el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título del Código, a cuyos efectos no se computan los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

(44) Cfr.: CHANG, Gyu-Won, *Rückfall und Strafzumessung. Rechtsvergleichende Untersuchung zur Behandlung des Rückfalls im deutschen und koreanischen Strafrecht und kritische Studie zur Strafschärfung wegen Rückfalls*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1993, esp. pp. 53 y ss.

anteriormente expuesto, no es a mi modo de ver compatible ni con la regulación del Código Penal alemán (donde se incorpora una cláusula preventivo especial en el § 46.2 StGB), ni con la del Código Penal español de 1995 (que también la incorpora en el artículo 66.1.º). De cualquier forma hay que ver que los criterios que se proponen para la interpretación del elemento de la nocividad del hecho, juegan más bien en la fase de determinación legal de la pena para la consecución de los marcos penales típicos y las escalas de gravedad correspondiente (que para nosotros es una cuestión de proporcionalidad, pero también de prevención general, o si prefiere de la prevención general limitada por el principio de proporcionalidad). Y que, por otra parte, los criterios para la interpretación de la reprochabilidad del hecho, con el correspondiente aumento o disminución de la culpabilidad, han sido ya seleccionados por el legislador en nuestro ordenamiento en un amplio catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes, que juegan como catálogo incompleto de factores reales de la I.J.P previstos legalmente (45). Estas circunstancias, como ya hemos dicho, pertenecen al estadio de la determinación legal de la pena, y sirven al juez para la determinación del marco penal concreto. Más allá de las mismas no creemos posible en nuestro ordenamiento jurídico aludir a otras circunstancias que agraven la culpabilidad y, por consiguiente, la pena. Esta última afirmación se basa en una interpretación de la culpabilidad en la I.J.P en nuestro ordenamiento jurídico, que en todo caso sirve para limitar o excluir la pena, pero no para aumentarla (46).

C. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PREVENCIÓN GENERAL

a) *Como exigencia de proporcionalidad*

Antes de entrar en el análisis de los concretos criterios de interpretación de la gravedad del hecho que vendrían dados por una interpretación preventivo general de ésta última, aclaremos cuál puede ser el sentido de una interpretación de este tipo. Para ello, nos sirven muy bien las reflexiones de Mir Puig sobre el criterio de la gravedad del hecho:

«Las críticas que suelen dirigirse a la prevención general atribuyen con frecuencia un contenido a la prevención inadecuado al Derecho positivo. Así sucede cuando se critica, pongo por caso, a la prevención gene-

(45) *Vide supra.*

(46) *Cfr.:* HORN, Eckhard, «Vorbemerkungen vor & 46», en SK, 1995, pp. 1-97, p. 33, marg. núm. 42 (Cit.: «Vorbemerkungen...»).

ral porque puede llevar a la consecuencia inadmisibles de castigar con pena de escasa gravedad los hechos más graves, que, precisamente por serlo, encuentran ya un firme obstáculo a su realización en la firme reprobación ético-social que les rodea y son, por ello, de escasa comisión. Esta objeción presupone una idea excesivamente amplia de lo que ha de ser objeto de la prevención (...). No basta, pues, decir que la función de la pena es la prevención para el Derecho positivo. En este punto es donde tiene entrada la idea de *gravedad del hecho*, que lejos de ser irrelevante a los efectos preventivos, es una de sus dos guías centrales. La otra es la del *peligro* del modo de ataque o de repetición del hecho. La gravedad del hecho es tomada por la ley como base de la gravedad de la pena en la tipificación de los delitos y como criterio general de medición de la pena (art. 61.4.º y 7.º). (...). De lo anterior se sigue que la función de la pena –y del Derecho Penal– es, en nuestro Derecho, la *prevención de los delitos por razón de su gravedad y del peligro representado por los medios empleados y por la posibilidad de repetición*. La gravedad del hecho integra, por tanto, el contenido de la función de prevención. Pero junto a este sentido *positivo*, le corresponde otro *negativo*: servir de límite a la prevención. Según aquel primer aspecto positivo, la gravedad del hecho indica cuándo hay necesidad de prevenir mediante una pena, aunque no exista o sea pequeño el peligro de repetición. En su función de límite, determina en cambio, cuándo no se puede castigar *aunque haya necesidad de prevención* por razón de la peligrosidad del hecho. Este segundo aspecto en que importa considerar la gravedad del hecho, que podría resumirse bajo la expresión «necesidad de proporcionalidad» de pena y delito, ya no integra la vertiente positiva, constitutiva o fundamentadora de la función del Derecho Penal, sino que posee solamente el sentido de límite al desarrollo de esta función: no se castiga *para realizar la idea de proporción* (lo contrario sería admitir la función retributiva de la pena), sino para prevenir hechos graves y peligrosos *hasta el límite* determinado por la necesidad de proporción» (47).

De las dos funciones atribuidas por Mir Puig a la gravedad del hecho entendemos que sólo la negativa tiene un significado central a los efectos que nos ocupan de la I.J.P. Es decir la función positiva, conforme a la cual la gravedad del hecho indica cuándo hay necesidad de prevenir con una pena aunque no exista peligro de repetición afecta a la etapa de la determinación legal de la pena, en la que según la importancia del bien jurídico se establece la pena correspondiente (prescindiendo de la probabilidad de repetición que pueda existir). Esta función se refiere efectivamente a la vertiente constitutiva y fundamentadora del Derecho Penal (protección de bienes jurídicos a tra-

(47) MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*, Barcelona, Bosch, 1976, pp. 97-99 (Cit.: *Introducción...*).

vés de la prevención general). Sin embargo cuando hablamos de gravedad del hecho como criterio de la I.J.P, y lo interpretamos desde la prevención general, estamos hablando de una cuestión muy diferente.

Hasta qué punto una lectura preventivo general de la gravedad del hecho como criterio de la I.J.P puede reducirse a lo que Mir Puig entiende en las declaraciones anteriormente transcritas por *aspecto negativo* de la gravedad del hecho, en el sentido de límite a la prevención que se identifica con la «necesidad de proporcionalidad» entre pena y delito es harto discutible. Nosotros entendemos que la proporcionalidad es efectivamente tanto un límite de la prevención general como fin del Derecho Penal y de la pena, como un límite de la I.J.P, derivado del Estado de Derecho, pero creemos que los criterios preventivo generales interpretativos de la gravedad del hecho como factor real de la I.J.P pueden ser diferentes a la mera exigencia de proporcionalidad. Declaraciones posteriores del autor dan a entender que él también excluye la prevención general como factor final de la I.J.P, es decir, como fin de la pena que determina directamente la clase y cantidad de pena aplicable al caso concreto, así como la aplicación o no de substitutivos penales, o que fundamenta una agravación de la pena en este estadio de la intervención penal:

«El momento judicial de imposición de la pena es, en primer lugar, confirmación de la seriedad de la amenaza típica, por lo que sirve también a la prevención general; sin embargo, la medición de la pena debe respetar el límite máximo de la culpabilidad (prevención general hasta el límite de la culpabilidad). (...). La función de la pena en el momento judicial tendrá, pues en nuestro Derecho la exclusiva función de prevención general (...) sólo en el caso de que la «personalidad» a que se refiere el artículo 61.4.º del Código Penal no se entienda como índice de peligrosidad de futuros delitos, sino como expresión de la «perversidad» reprochable al delincuente. Sólo entonces cabrá decir que la pena persige evitar que los ciudadanos, en general (prevención general), eviten la perversión de su personalidad. Si se concibe, en cambio, la «personalidad» como base de la peligrosidad del autor, la pena fijada en atención a ella responderá a la idea de prevención especial. Debería, en esta segunda interpretación, modificarse el planteamiento (...), atribuyendo a la determinación judicial de la pena junto a la función de prevención general, la de prevención especial en el marco que ofrece el artículo 61.4.º del Código Penal. Debe insistirse, por último, en el sentido que, con Roxin, atribuimos a la función de la prevención general propia de la determinación judicial de la pena. No se trata de que en ese momento puedan tomarse en cuenta las *concretas* necesidades de prevención general (p. ej.: la mayor o menor frecuencia del delito en el momento de ser juzgado), sino *sólo de que la aplicación de la pena con*

arreglo a las prescripciones de la ley constituye la confirmación de la amenaza abstracta de la pena, y de este modo, condición de eficacia de la prevención general (48). En este sentido, aplicar la pena según las reglas legales responde a la función de prevención general. Una ulterior concreción de las necesidades de prevención general, según las circunstancias sociales del momento, sería inadmisibles, por lo menos en cuanto ello hubiese de suponer la agravación de la pena. Se vulneraría por esta vía el *límite de proporcionalidad* de pena y delito cometido, utilizándose al delincuente como *instrumento* al servicio de la utilidad social, más allá de lo que el actual pensamiento jurídico-penal y el propio derecho positivo consienten. (...) el Derecho Penal español no permite fijar la pena en atención a las concretas necesidades defensistas del momento: los únicos criterios *generales* de medición judicial de la pena (...) no aluden a ellas» (49).

A mi modo de ver, de la argumentación anterior puede extraerse la conclusión del rechazo de la prevención general como factor final de la I.J.P, y ello no significa afirmar que la imposición de la pena por el juez no sirva a la prevención general, sino que más bien al contrario la confirma. Pero la cuestión que nos ocupa ahora son las consecuencias dogmáticas de una interpretación preventivo general del factor real de la I.J.P «gravedad del hecho», y estas no son otras que la admisión del criterio interpretativo del «*peligro de difusión del delito*» o de la «*real difusión del delito*» (50). Estos criterios constituyen la excusa para satisfacer necesidades preventivo generales (normalmente al abrigo de la culpabilidad por quienes argumentan que son «consecuencias culpables» del hecho) en la etapa de la I.J.P.

Creemos que, en último término, hay que concluir, que la gravedad del hecho debería considerarse como límite *máximo* de la cuantía de la pena, lo cual constituye, a mi modo de ver, una garantía para el individuo que se deriva del principio de culpabilidad como principio constitucional derivado del Estado de Derecho, que no puede ser rebasado en ningún caso, ni por razones de prevención general, ni por razones de prevención especial, y que coincide básicamente con las exigencias de la «culpabilidad por el hecho».

No compartimos el punto de vista de Luzón Peña, quien entiende en su magnífico estudio *Medición de la pena y sustitutivos penales*, que la prevención general bien entendida requiere siempre proporcionalidad, y que ésta es una exigencia de la propia prevención general, motivo por el

(48) MIR PUIG, Santiago, La cursiva es mía.

(49) MIR PUIG, Santiago, *Introducción ...*, Op. cit, pp. 99, 101, 102.

(50) A estos criterios, entre otros, alude GARCÍA ARÁN como datos indiciarios sobre modulaciones de la gravedad (Cfr.: *Los criterios ...*, Op. cit, p. 220).

cual cree que el entendimiento de la proporcionalidad con la gravedad del hecho como límite máximo de la cuantía de la pena «se deriva de la exigencia de eficacia de la prevención general, que a la larga se vería menoscabada si –aunque sea dentro del mismo tipo de delito– a hechos de menor gravedad se les impusiera por intereses de prevención especial igual o superior pena que a hechos de mayor gravedad (...)» (51).

El entendimiento del principio de proporcionalidad se revela fundamental en la interpretación del principio de la gravedad del hecho. Creemos que una interpretación del mismo desde la perspectiva de la «compensación de la culpabilidad» conduce a los planteamientos de una teoría de la proporcionalidad con el hecho en el sentido del *neoclasicismo*, que hemos rechazado por tener un carácter retributivo. La interpretación preventivo general del mismo no está exenta de ciertas divergencias, sobre las cuales no es baladí incidir. Nosotros compartimos la posición de quienes sostienen que el principio de proporcionalidad con la gravedad del hecho es equivalente a la exigencia del principio de culpabilidad, entendida como un conjunto de garantías para el individuo y el sistema punitivo, derivadas del Estado de Derecho (52). Como dice Quintero Olivares, «la defensa de dichas garantías impone la inexcusable necesidad de rechazar que el fundamento o aumento del castigo pueda inspirarse en razones de prevención general», o dicho de modo más preciso, que la prevención general pueda ser un factor final de la I.J.P (53). La creencia de Luzón Peña, conforme a la cual lo anterior es incorrecto porque presupone manejar un concepto de prevención general equivocado, se basa en una concepción de la prevención general que incorpora el principio de proporcionalidad y que deriva las exigencias de ésta de la propia prevención general (54), pero esto no es más que la concepción de prevención general tal y como el autor la entiende *a priori* (por lo demás perfectamente válida); pero a mi modo de ver, no es cierto que la eficacia de la prevención general venga dada por la proporcionalidad, sino por la dureza de la pena impuesta, motivo por el cual la proporcionalidad ha de constituirse en límite autónomo a la prevención general que deriva del Estado de Derecho por el principio de culpabilidad, pero no de la prevención general misma.

(51) *Medición de la pena...*, *Op. cit.*, p. 84.

(52) Cfr.: CALLIES, Rolf-Peter, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch, 1973, p. 186-193, esp. p. 187.

(53) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Determinación de la pena...», *Op. cit.*, p. 66.

(54) LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979, p. 44.

b) *Como juicio de prognosis frente a la comunidad*

Otro aspecto de una posible lectura preventivo general de la gravedad del hecho como criterio de la I.J.P, desde una perspectiva preventivo general positiva, a nuestro juicio coincidente en su esencia con criterios retributivos, es ofrecida por Vicente Remesal, en el sentido de que «el fundamento de las consecuencias o efectos del hecho en función de las exigencias de la prevención general radica en su significado como juicio de prognosis frente a la comunidad, en la medida en que dicha gravedad repercute en la nocividad social: cuanto mayor sea la nocividad social, tanto más serio y efectivo debe ser el medio de prevención (...). Desde esta orientación preventivo general, la gravedad de las consecuencias del hecho (considera en función de su significado para el ordenamiento jurídico lesionado) se toma en cuenta, no tanto porque se haya producido un daño, sino fundamentalmente con la intención de evitar la producción de daños posteriores semejantes por cualquier otro miembro de la comunidad o, más exactamente, con la de evitar la falta de reacción punitiva (...) frente a dichos daños o efectos del delito. Desde esta perspectiva se justifica, por tanto, la inclusión de la gravedad del daño en la determinación de la pena orientada a la prevención general. La consideración de la actitud de la comunidad ante la prevalencia de lo justo frente a lo injusto, ante la reafirmación (aunque parcial y tardía) del ordenamiento jurídico, sino que abarca también su dimensión cuantitativa» (55).

El autor se refiere con esta argumentación en realidad a las «consecuencias del hecho», a propósito del análisis del comportamiento postdelictivo en relación a la prevención general; y considera el concepto de la «gravedad del hecho», como equivalente al de acción injusta culpable, rechazándose un concepto amplio de hecho (56). Sin embargo, y dado el condicionamiento que en nuestro ordenamiento jurídico adquieren las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal sobre la I.J.P, unido a la escasa precisión dogmática en la que nos movemos, parece conveniente señalar que el razonamiento anterior sigue un camino argumentativo equivocado, en cuanto a su posible transvase a la interpretación del criterio de la gravedad del hecho en cuanto tal como criterio de la I.J.P. Ello se debe a nuestro juicio a que, como revela el propio lenguaje utilizado («nocividad social», «prevalencia de lo justo frente a lo injusto»), en último tér-

(55) VICENTE REMESAL, Javier de, *El comportamiento postdelictivo*, León, Universidad de León, 1985, pp. 360 y ss, esp. pp. 360-361.

(56) *Ibidem*, p. 352, nota 9.

mino, se produce una remisión a la retribución para la determinación de la relevancia de las consecuencias del hecho, y por consiguiente, de la gravedad del hecho misma.

2.3.2 Dependientes de otros factores reales de la I.J.P

A. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CULPABILIDAD

Bacigalupo, ha señalado que, la culpabilidad reserva su función, entre nosotros, al ámbito de los *presupuestos de la pena*, mientras que la individualización se lleva a cabo desde puntos de vista *puramente preventivos*, cuya consecuencia práctica ha sido la anulación del aspecto retributivo de las teorías de la unión (57), ya que en la fórmula legislativa la decisión de la medida de la pena se hace depender de la gravedad del hecho y de la personalidad del autor, y no de la culpabilidad (58). El autor entiende que dentro del marco de las teorías de la unión, hoy predominantes en España, y en la medida en que la cuestión fundamental en discusión sea la proporcionalidad de la pena con la gravedad del delito cometido, en el estado actual de la discusión son posibles dos respuestas: o bien la gravedad del hecho depende de la gravedad de la culpabilidad (reprochabilidad), y los fines preventivos se contemplan en el sentido de la teoría del espacio de juego (59) o de la teoría del valor del empleo (60); o bien la gravedad del hecho dependerá de fines preventivos (fundamentalmente preventivo especiales) que será necesario alcanzar, sin que en todo caso, la pena aplicable pueda superar la medida de la que corresponda con la gravedad de la culpabilidad (61).

Todos los problemas derivados de las opciones señaladas por Bacigalupo (la culpabilidad como fundamento, la culpabilidad como límite, o finalmente la renuncia a la culpabilidad en la I.J.P.), tienen su

(57) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «La individualización...», *Op. cit.*, p. 68.

(58) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal español y latinoamericano», en STRATENWERTH, Günther, *El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 11-40, esp. p. 40.

(59) Sobre esta teoría, Cfr. por todos, DREHER, Eduard, «Zur Spielraumtheorie als der Grundlagede der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes», *JZ*, 1967, pp. 41-46.

(60) Sobre esta teoría, Cfr.: HORN, Eckhard, «Vorbemerkungen...», *Op. cit.*, pp. 30 y ss.

(61) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «La individualización...», *Op. cit.*, pp. 68-69.

significado respecto al criterio de la gravedad del hecho, en el sentido de que finalmente ésta debería medirse respecto de dos dimensiones diversas, que no tienen por qué ser coincidentes, lo cual implicaría la necesidad de «dar un fundamento a la exclusión de ciertas consecuencias derivadas de la determinación de la pena en base a consideraciones puramente preventivas (por ejemplo la exagerada agravación de la pena para el reincidente, la indeterminación del tiempo de la privación de libertad para el habitual, la aplicación de sanciones que tienen consecuencias más dañosas que beneficiosas, etc)» (62).

No hay que olvidar, como ha señalado Gómez Benítez, que «con frecuencia se alude a la culpabilidad para significar la gravedad del hecho o del delito, es decir, para aludir al conjunto de elementos desvalorativos (de la acción y del resultado) y de la reprochabilidad que conforman el desvalor del injusto y de la culpabilidad», con lo que en último término, se pretende decir «que la exigencia de proporcionalidad entre pena y gravedad del hecho no es más que un mandato al juez para que busque la pena proporcional a la culpabilidad» (63). Sin embargo, a juicio del autor, una alternativa preventiva de la medición de la pena requiere mantener la separación entre los elementos de las categorías dogmáticas del injusto y la culpabilidad en la I.J.P, graduando la gravedad del hecho con independencia de la graduación del desvalor de la culpabilidad, por lo que «es inevitable la ubicación del dolo y de la infracción objetiva de cuidado en el desvalor del injusto y la consecuente regulación y explicación preventivo-general de la incidencia del error vencible en la medición de la pena: con el «dolo» y la «imprudencia» se tratará, en todo caso, de problemas concernientes al desvalor al desvalor del injusto, y en este sentido, afectantes a la gravedad del hecho. El desvalor de la culpabilidad ni existe ni es graduable en este contexto (...)» (64).

B. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL BIEN JURÍDICO

Para determinar la gravedad del hecho resultan esenciales aquellos factores que determinan oscilaciones en el contenido del injusto, así como la propia delimitación de este último. La gravedad se medirá

(62) *Ibidem*, p. 71.

(63) *Cfr.*: GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», *RDUC*, (1980), monográfico 3, pp. 129-194, esp. p. 183 (Cit.: «Racionalidad...»).

(64) *Ibidem*, p. 186.

de acuerdo con la entidad del desvalor del acto y del resultado descritos en el tipo, por lo que se identifica en último término con el injusto y de ahí que el concepto de injusto que se sostenga resulte relevante a la hora de definirla. Si se parte de la concepción conforme a la cual el injusto es un acto contrario a derecho que provoca la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, habrá que admitir la relevancia del concepto de bien jurídico que se mantenga a estos efectos, de modo que si se entiende el bien jurídico como expresión de una relación social concreta, ello lleva a configurar la relación concreta en que se encuentran el autor y la víctima en un criterio de graduación del injusto cometido (65).

El bien jurídico, es además una clave interpretativa del sistema de determinación legal de la pena, así como de la repercusión de ésta en la I.J.P, que guarda relación por otro lado con el significado preventivo general que se otorgue a ésta última y con papel del principio de culpabilidad en éste ámbito. Gómez Benítez ha puesto de relieve, en primer lugar, la relación existente entre la dependencia de la reacción estatal respecto al valor del bien jurídico lesionado y el principio de culpabilidad como garantía liberal para una medición *proporcional* de la pena, bien que tradicionalmente no se haya deducido de la misma solamente la función limitativa del principio de culpabilidad, sino también el criterio básico de graduación de la culpabilidad a efectos de la imposición de una pena (66). Asimismo, en relación a los sustitutivos penales, éstos pueden entrar o no en juego, en último término, en base al valor del bien jurídico lesionado, de acuerdo con el límite preventivo general que se fije.

3. Las circunstancias personales del delincuente

3.1 *Importancia del criterio en el CP 1995*

Como ya hemos mencionado anteriormente el Código Penal de 1995 alude a «las circunstancias personales del delincuente» como criterio de la I.J.P cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes, o cuando concurren unas y otras (art. 66.1.^a). El texto sustituye el inciso de «personalidad del delincuente», del artículo 61.4.^a del CP, TR 1973, por el de «circunstancias personales del delincuente», del cual se puede decir que es más amplio y que en definitiva debe comprender la personalidad del delincuente y junto a ello, otra

(65) GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios...*, *Op. cit.*, p. 217.

(66) GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel «Racionalidad...», *Op. cit.*, pp. 186-187.

serie de factores (67). Creemos que en nuevo Código penal reduce en este punto el arbitrio del juez puesto que le obliga a tomar en consideración un mayor número de cuestiones.

El criterio aparece en el Nuevo Código Penal en más ocasiones, como en el artículo 4.3.º para los supuestos en que el Juez o Tribunal estime conveniente la derogación o modificación de un precepto o la concesión del indulto, para lo que acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente «sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del delincuente».

En el artículo 68 CP 1995 también se alude, junto a otros criterios, a las circunstancias personales del autor como consideración para modular la pena en los casos de concurrencia de eximentes incompletas, supuesto en el que los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados.

En el marco de la I.J.P en sentido amplio es muy importante la regulación contenida en el artículo 80 CP 1995 relativa a la *suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad*, conforme a la cual «los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años», y donde se señala en su párrafo segundo que el plazo de suspensión «se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena».

Asimismo, a tenor del artículo 88 CP 1995, los Jueces y Tribunales *podrán* sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando *las circunstancias personales del reo*, la naturaleza del hecho, su conducta, y en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales. Asimismo, excepcionalmente pueden sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de *las circunstancias del hecho y del culpable* se infiera que el cumplimiento de aquellas habría de frustrar sus *finés de prevención y reinserción social*.

(67) SERRANO MAILLO, Alfonso, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Madrid, Dikynson, 1995, p. 17, nota núm. 17.

No hay que olvidar que en el ámbito de las medidas de seguridad, el criterio asume igualmente un papel relevante. El artículo 95 CP 1995 señala:

«1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:

- 1.º Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito
- 2.º Que del hecho y de las *circunstancias personales del sujeto* pueda deducirse un *pronóstico de comportamiento futuro* que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos».

3.2 *La personalidad del delincuente como factor real de la I.J.P*

3.2.1 Aproximación al concepto

Respecto al criterio relativo a la personalidad del delincuente, sin perjuicio de que se tomen en consideración las aportaciones de la criminología, la psicología o la psiquiatría, al derecho penal deben interesar fundamentalmente «el conjunto de factores existenciales que configuran su actitud ante lo protegido por el derecho penal» porque «sólo así puede avanzarse en la averiguación de la necesidad preventivo especial y de la reacción penal más adecuada para cumplir tal efecto» (68).

El Tribunal Supremo en diferentes sentencias (20 de marzo de 1986, 3 de octubre de 1989), entiende que la «personalidad del delincuente» representa una apreciación compleja integrada por elementos psicológicos y el análisis de su proyección social (69), debiendo ponderarse las condiciones personales de educación, entorno familiar, oficio, situación profesional y económica, valorando su posible sensibilidad frente a la pena y los efectos de ésta sobre su vida (sentencia de 29 de noviembre de 1993) (70). Conviene, en cualquier caso, afirmar que este criterio no puede conducir a una pena superior a la que se considere adecuada a la gravedad del hecho (además, en la determinación de ésta última, no cabe incluir las características personales del autor, el grado de su oposición al derecho, ni otros rasgos ya existentes con anterioridad al delito); sino que tendrá que jugar por debajo de la pena adecuada al injusto culpable indicando si

(68) GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios ...*, *Op. cit.*, p. 224.

(69) GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Arbitrio ...», *Op. cit.*, p. 147.

(70) LLORCA ORTEGA, José, *Manual ...*, *Op. cit.*, p. 92.

una pena inferior es suficiente para producir el efecto contramotivador que se persigue y evitar la desocialización del reo. El campo que puede ofrecer mayor juego a un criterio individualizador preventivo-especial favorable al reo es el de los sustitutivos penales (71).

En relación a la cuestión de si las circunstancias que conciernen a la personalidad del autor pueden influir la cantidad de pena en sentido agravatorio a través del aumento de la culpabilidad, se han señalado la existencia de dos posibles vías argumentativas para ello (72): una de ellas es que al entenderse la culpabilidad de la I.J.P como «injusto culpable», quepa entonces teóricamente la posibilidad de que la personalidad del autor aumente el injusto a través de circunstancias que atañen a la culpabilidad; y por otro lado podría también discutirse si el componente de la culpabilidad del «injusto culpable» debe entenderse con un substrato totalmente diferente al de la teoría del delito, de modo que los puntos de vista orientados en el autor pudieran jugar un papel en este marco. Frisch ha puesto de relieve sin embargo la invalidez de ambas argumentaciones. De la primera porque no es inteligible cómo y en qué medida esos elementos de la personalidad deben elevar el injusto del hecho (por ejemplo es claro que el injusto de resultado no se ve influenciado por la personalidad), y lo segundo porque es la coartada perfecta para una concepción moralizante, que traspasa la frontera hacia la culpabilidad por la conducción de la vida (73).

3.2.2 Personalidad del delincuente y fines de la pena

Como Bruns ha subrayado el criterio de la «personalidad del delincuente» como factor real de la I.J.P tiene consecuencias muy diferentes para la medición de la pena en función de la óptica final con la que se interprete (74). Al igual que señalamos en relación al criterio de la gravedad del hecho como factor real de la I.J.P se trata de un criterio complejo, cuya interpretación depende en primer término de los fines de la pena a los cuales se conceda validez en este estadio de la intervención penal.

(71) GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios ...*, *Op. cit.*, p. 226.

(72) FRISCH, Wolfgang, «Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil I)», en *ZStW*, 99, (1987), pp. 349-388, esp. pp. 383 y ss (cit.: «Gegenwärtiger ...»).

(73) *Ibidem*, p. 384.

(74) BRUNS, Hans Jürgen, *Strafzumessungsrecht...*, 2.^a ed, *Op. cit.*, p. 479 («Das Täterprinzip ist an sich mit allen Strafzwecken vereinbar, wird von den verschiedensten kriminalpolitischen Strömungen getragen, führt im einzelnen aber zu unterschiedlichen, oft abweichenden Folgerungen»).

A. PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE Y RETRIBUCIÓN

La vinculación del principio de la personalidad del delincuente como factor real de la I.J.P a la retribución viene dada por su conexión a la culpabilidad (como la propia denominación actual de la retribución como principio de culpabilidad/expiación –*Schuldsühneprinzip*– pone claramente de relieve), y por consiguiente, su desnaturalización como principio preventivo; lo cual supone al mismo tiempo la no aceptación del concepto de la «culpabilidad por el hecho» en la I.J.P. Esta línea argumentativa aparece de modo paradigmático en la obra de BRUNS, de cuya obra extraemos a continuación dos breves pasajes que ilustran perfectamente lo que queremos indicar:

«La culpabilidad por el hecho y el injusto del hecho sólo pueden ser valorados plenamente como factores reales de la I.J.P., si al mismo tiempo se considera convenientemente la personalidad del autor. De este modo la I.J.P. se ha convertido desde hace tiempo en puerta de entrada del principio del autor («*Täterprinzips*»): no hay que castigar el hecho, sino al autor; la pena justa y correcta sólo puede encontrarse a través de la adecuación de su medida a la personalidad del autor» (75). «Las cualidades específicas del acusado, sobre todo sus obligaciones pueden conducir ya a un crecimiento del injusto del hecho, influyendo en cualquier caso el grado de culpabilidad, que depende fuertemente de los elementos psicológicos, motivacionales y caractereológicos de la culpabilidad. Que diferentes autores, aun cometiendo el mismo delito, reciben penas diferentes según su personalidad, bajo el punto de vista del principio de la culpabilidad/expiación, no puede discutirse y es hoy reconocido de forma general» (76).

B. PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE Y PREVENCIÓN ESPECIAL

Desde el punto de partida adoptado en este trabajo una interpretación retributiva del criterio de la personalidad del delincuente, de modo que éste pueda determinar en sentido agravatorio la cantidad de pena a imponer, debe ser rechazada. Ello obedece tanto a los planteamientos político-criminales que deben presidir una fundamentación preventiva del Derecho Penal y de la pena, como a los criterios lógico-argumentativos de su relación/diferenciación con respecto a la I.J.P., y a los criterios dogmáticos que conducen a la exclusión de la culpabilidad de autor en la I.J.P. en sus diferentes manifestaciones. Por el contrario, procede una interpretación preventivo especial de

(75) *Ibidem*, p. 384.

(76) *Ibidem*, p. 479.

este criterio como plasmación en nuestro ordenamiento jurídico de la consideración de las consecuencias de la imposición de la pena para la vida futura del reo, y no como una consideración especial de la peligrosidad del delincuente (criterio que habría de usarse para las medidas de seguridad), en función de sus circunstancias personales (lo cual comprende tanto su concreta personalidad, como la llamada sensibilidad a la pena del reo y otros datos relativos a sus condiciones de vida). En este sentido parece evidente que la elección de la pena que proporcione al reo mayores utilidades y menores daños depende de modo prioritario y principal de la personalidad del reo (77).

C. PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE Y PREVENCIÓN GENERAL

Al igual que respecto al criterio de la gravedad del hecho, Vicente Remesal entiende que el criterio de la personalidad del delincuente es susceptible de una interpretación preventivo general, usando para ello prácticamente los mismos argumentos: «Quién es el autor, sobre qué motivos de su personalidad se asentó la decisión de cometer el delito, cómo se manifiesta su actitud frente al ordenamiento jurídico, con qué intensidad se muestran la energía y la intensidad criminal manifestadas por el autor a través de la comisión del delito, en qué medida se descubre en el comportamiento del autor (...). Son aspectos todos ellos que, en la medida en que pueden ser captados por la comunidad, influyen sobre sus reacciones ante la conminación y, en su caso, imposición y ejecución de una pena por el Estado» (78).

Sobre nuestro rechazo a este tipo de argumentación nos remitimos a lo dicho a propósito de la misma en relación a la gravedad del hecho (79).

En el mismo sentido entiende Bruns que la opinión pública reacciona de modo muy diferente a los diferentes juicios penales –tanto por lo que se refiere a la inclinación a la comisión de delitos, como al fortalecimiento de su confianza jurídica– dependiendo de quién haya sido el autor. De modo especial, señala, sin considerar la personalidad del delincuente no podría valorarse correctamente el interés de la comunidad en la ejecución de la pena impuesta. Para el autor, por

(77) Cfr.: GRIBBOHM, Günter, «Vorbemerkungen zu den §§ 46 bis 50», en *Leipziger Kommentar*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1995, pp. 83-242, esp. p. 109 (Cit.: «Vorbemerkungen...»).

(78) VICENTE REMESAL, Javier de, *El comportamiento...*, *Op. cit.*, pp. 367-368.

(79) *Vide supra*.

consiguiente, la prevención general y la personalidad del autor no son criterios contrapuestos e independientes (80).

A nuestro modo de ver, en último término, de lo que se está hablando es de que en determinados supuestos la sociedad puede entender que, debido al juicio favorable que merece la personalidad del delincuente, puede prescindirse de la ejecución de la pena atendiendo, por consiguiente, a criterios de prevención especial. Sin embargo esta mediación de la opinión de la sociedad en cada caso particular nos parece una «abstracción» rechazable por diferentes motivos, entre los cuales se encuentran, la escasa fiabilidad de la racionalidad de la supuesta decisión de tolerancia social. Más bien, habría que dejar de hablar en este terreno de prevención general (vinculándola a la retribución a través de su formulación «positiva»), y quedarnos con una interpretación preventivo especial de un criterio que mira fundamentalmente hacia el futuro de la vida de la persona sobre la que recaerá la pena.

3.2.3 Factores indiciarios

A. LA VIDA ANTERIOR DEL REO

Se trata de un concepto «peligroso» por su cercanía a la idea de la «culpabilidad por la conducción de la vida», en la que se mezclan diferentes ideas que pueden favorecer o perjudicar al reo. En esta temática resulta especialmente relevante la cuestión de las penas anteriormente impuestas, o a *sensu contrario*, la impunidad anterior del reo hasta ese momento, que se supone que pueden dar un elemento de juicio para la consideración de la personalidad del delincuente (81). En nuestro Ordenamiento Jurídico hay que señalar que el Nuevo Código Penal de 1995 sigue incluyendo la reincidencia como «consecuencia agravante» (artículo 22.8.º). Sin duda todo ello constituye uno de los puntos más actuales y complicados de la actual investigación de la dogmática del Derecho de la I.J.P (82), cuya exposición,

(80) *Strafzumessungsrecht...*, 2.ª ed, *Op. cit.*, pp. 386 y ss.

(81) Cfr.: BRUNS, Hans Jürgen, *Strafzumessungsrecht...*, 2.ª Ed, *Op. cit.*, pp. 578 y ss.; VÖGLER, Theo, «Die strafschärfende Verwertung strafbarer Vor- und Nachtaten bei der Strafzumessung und die Unschuldvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK)», en *Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht*, München, C.H. Beck, 1985, pp. 429-444, *passim*.

(82) Cfr., por todos, ERHARD, Christopher, *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie, Schuld*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, *passim*.

siquiera en sus rasgos fundamentales, desborda por completo el marco de este trabajo.

B. EL COMPORTAMIENTO POSTERIOR AL HECHO

La relevancia del comportamiento postdelictivo (83) constituye igualmente un tema de una gran envergadura en la dogmática del Derecho de la I.J.P (84), de especial actualidad en la discusión doctrinal en Alemania, debido a la introducción por el legislador a través de la Ley de lucha contra el delito de 28.10.94 (en vigor a partir del 1.12.94) de un nuevo precepto en el Código Penal Alemán, el § 46 a (85), que confiere a la reparación un significado mayor que el que había tenido hasta ahora en el Derecho Penal de adultos. Dicho precepto complementa la regulación de los principios de la I.J.P en el StGB, contenida fundamentalmente en el parágrafo 46, donde en su apartado segundo se hace alusión a aquellas circunstancias que hablan a favor o en contra del reo, tomándose en consideración, entre otras, el esfuerzo del autor por reparar el mal causado y procurar una compensación a la víctima. Junto a ello en los artículos 56 y ss. del

(83) En la literatura española, Cfr, por todos, Vicente REMESAL, Javier, *El comportamiento...*, *Op. cit, passim*.

(84) Cfr, por todos, BRAUNS, Uwe, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter. Ein Beitrag zur Neuarbeitung eines Strafzumessungsfaktors de lege lata und de lege ferenda*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, *passim*.

(85) El precepto reza así:

«§ 46 a Hat der Täter

1. in dem Bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen (Täter-Opfer-Ausgleich), seine Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wiedergutmacht oder deren Wiedergutmachung ernsthaft erstrebt oder

2. in einem Fall, in welchem die Schadenswiedergutmachung von ihm ehrhebliche persönliche Leistungen oder persönlichen Verzicht erfordert, das Opfer ganz oder zum überwiegenden Teil entschädigt, so kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs.1 mildern oder, wenn keine höhere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu dreihundertsechzig Tagessätzen verwirkt ist, von Strafe absehen».

«Si el autor,

1. en el esfuerzo por conseguir una conciliación con la víctima (compensación autor-víctima), ha reparado el hecho totalmente o en su mayor parte, o ha perseguido seriamente la reparación del mismo o

2. en un caso en el que la reparación del daño requiere considerables esfuerzos o renunciaciones personales, ha indemnizado totalmente o en su mayor parte a la víctima, podrá el Tribunal atenuar la pena conforme al §49.1, o si la pena privativa de libertad no es de más de un año, o la pena de multa de trescientos sesenta días-multa, renunciar a la imposición de la pena».

Código Penal alemán se regula la «remisión condicional de la pena» («*Strafaussetzung zur Bewährung*»), y en el artículo 56.b.2. establece que el tribunal puede imponer al autor la reparación de los daños ocasionados por el hecho. Además aparece regulada como sanción, aunque recibe el nombre de «Instrucción» («*Weisung*») en el Derecho Penal Juvenil alemán, con el propósito de contribuir al proceso de educación del menor encausado, sin que se halle limitado a un determinado grupo de delitos. En concreto queda regulado en el artículo 10. 1. 7 de la Ley de Tribunales de Menores («*Jugendgerichtsgesetz*») (86).

En nuestro Código Penal, el haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, constituye una circunstancia atenuante (artículo 21.5.º). Asimismo el artículo 81.3 de nuestro Código Penal exige la satisfacción de las responsabilidades civiles para dejar en suspenso la ejecución de la pena, y el artículo 88 señala que para la sustitución de las penas de prisión, los Jueces o Tribunales valorarán, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado.

El tema goza además actualmente en el campo político-criminal y criminológico de un lugar preferente en la discusión, por lo que se refiere a la relevancia jurídico penal de la reparación y de la llamada «compensación autor-víctima», o conciliación entre las partes (87). La discusión, con carácter general se centra en saber cuál ha de ser el papel de la reparación dentro del sistema de consecuencias del delito en el Derecho Penal material (88), así como en la I.J.P específicamente.

(86) Cfr.: EISENBERG, Ulrich, *Jugendgerichtsgesetz*, München, C.H. Beck'sche, 1995, pp. 137-167, esp. pp. 149 y ss; WALTER, Michael, *Jugendkriminalität*, Stuttgart.München..., Richard Boorberg, 1995, esp. pp. 229 y ss.

(87) Cfr., por todos, KERNER/HASSEMER/MARKS/WANDREY (Hrsg), *Täter-Opfer-Ausgleich-Auf dem Weg zur bundesweiten Anwendung?* Bonn, Forum, 1994.

(88) En este sentido se han sugerido diversas posibilidades, entre las cuales destacan las siguientes: a) *La composición privada del conflicto*, (junto a la pena privativa de libertad y la multa); b) *La incorporación de la reparación en el Derecho Penal como sanción penal*; c) *Establecer la reparación como un nuevo fin de la pena* alcanzable por prestaciones compensatorias del Derecho civil; d) *Convertir la reparación en una sanción autónoma*, en la que se mezclan elementos jurídico-civiles y penales; e) *Otorgar a la reparación un papel dependiente dentro del Derecho Penal con su carácter civil inalterado* (Cfr.: DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «La «solución» de conflictos de intereses en Derecho Penal. Problemas dogmáticos y perspectivas político criminales para la discusión», en *Conflicto social y sistema penal*, Madrid, Colex, 1996, pp. 19-38, esp. pp. 31-35).

3.3 Otras circunstancias personales

3.3.1 La situación familiar, profesional o económica

A mi modo de ver bajo la expresión «circunstancias personales del delincuente», caben una serie de aspectos diversos que, con carácter general, deberían tender a contemplar las consecuencias de la imposición de la pena concreta en el caso particular para la vida futura del reo. En Alemania, donde el parágrafo 46.1.2 incluye una cláusula preventivo especial, la doctrina ha aludido a una de serie de posibles *consecuencias negativas*, que atañen por ejemplo a la *situación familiar o profesional* (89). En este sentido se advierte sobre todo de los efectos perniciosos de la ejecución de penas cortas privativas de libertad (90) en el plano personal: separa al reo de su familia y de su puesto de trabajo, y le impide durante el tiempo de su duración ocuparse de su familia, y reparar el daño causado; además implica el peligro del llamado «contagio criminal» (91). Nos parece, sin embargo, que todo ello debe ser objeto de consideración también en la imposición de penas privativas de libertad de larga duración, y tal vez, en muchos supuestos, aun con mayor razón. De cualquier forma ello parece evidente en nuestro Ordenamiento jurídico en el que la pena privativa de libertad inferior a seis meses ha sido ya abolida.

Pero también se puede hablar de *circunstancias de tipo económico* que deben ser tomadas en consideración, en especial en la imposición de penas de multa, ya que si éstas son demasiado altas, y dejan al reo en una situación cercana al desamparo, pueden impulsarle a volver a delinquir. Tampoco es conveniente, sin embargo, que sean demasiado bajas, puesto que ello contribuiría a restar importancia al hecho.

Respecto a las *consecuencias de tipo profesional* el Tribunal Supremo alemán ha señalado la necesidad de considerar en la I.J.P (e incluso ya en la elección del marco penal) las consecuencias de la imposición de la pena para la vida profesional del reo en el futuro, sobre todo en supuestos de funcionarios en los cuales la imposición de la pena implica la pérdida definitiva de su condición de tales, o de

(89) Cfr, por todos, GRIBBOHM, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op. cit.*, pp. 109 y ss.

(90) El artículo 35 del CP español de 1995 establece que «la pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código». A su vez el artículo 71.2 establece la sustitución preceptiva de la pena de prisión inferior a seis meses, que pueda resultar como consecuencia de aplicar las reglas de determinación de la pena establecidas en el código.

(91) *Cfr.*: GRIBBOHM, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op. cit.*, p. 109.

soldados, que son igualmente despedidos y pierden el derecho a indemnización, o de otros profesionales como farmacéuticos o abogados, que tienen también consecuencias negativas para el ejercicio posterior de su profesión. Las consecuencias de tipo profesional deberían ser contempladas, sin embargo, en todo tipo de profesiones o trabajos, valorando caso por caso (92).

3.3.2 La «sensibilidad a la pena» del autor y la «susceptibilidad de pena» del autor

Con los términos «sensibilidad a la pena» («*Strafempfindlichkeit*») y «susceptibilidad a la pena» («*Strafempfänglichkeit*»), se viene aludiendo desde hace tiempo en los escritos de la doctrina alemana sobre I.J.P a otro aspecto que se toma en consideración bajo puntos de vista preventivo especiales, en relación a la personalidad del delincuente, que al igual que las circunstancias de tipo familiar, profesional, o económico, no guardan conexión ni con la gravedad del injusto, ni con la culpabilidad; y que constituye un factor real de la I.J.P especialmente importante (93).

Hay que poner de relieve, sin embargo, que los defensores del mantenimiento del fin retributivo del Derecho Penal se han preocupado de dar, incluso a este factor, no sólo una lectura preventiva (preventivo especial), sino también una lectura expiatoria (94). Por ello se ha establecido una diferenciación conceptual en el sentido siguiente: diferente «sensibilidad a la pena» significa que una persona padece más que otra con la imposición de la misma pena, mientras que diferente «susceptibilidad de pena» implica que el efecto positivo o negativo de la misma pena puede ser distinto según el reo, entendiendo que el primer aspecto atañe a la imposición de la pena *más justa* en el caso concreto, y el segundo a aquella que es *necesaria* para alejar al autor de la comisión de nuevos hechos delictivos (95).

El elemento de la «sensibilidad a la pena» juega *con carácter atenuatorio* en la I.J.P, y se han contemplado bajo este punto de vista en la Jurisprudencia alemana supuestos relativos a una elevada edad, o a enfermedades graves (96), sobre todo se ha tratado de argumentar en

(92) *Ibidem*, p. 110.

(93) Cfr.: BRUNS, Han Jürgen, *Strafzumessungsrecht...*, 2.^a Ed, *Op. cit.*, pp. 497 y ss.

(94) *Ibidem*, p. 497-8.

(95) Cfr.: HIRSCH, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op. cit.*, marginal núm. 89.

(96) Nuestro CP introduce en el artículo 80.4 un supuesto de suspensión extraordinaria de la ejecución de la pena privativa de libertad, sin sujeción a requisito alguno, en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con

casos de sida por esta vía. Por el contrario, una valoración agravatoria de una escasa «susceptibilidad de pena» está prohibida por el principio del Estado de Derecho de la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor (97). El mismo planteamiento ha de esgrimirse respecto a la valoración de las circunstancias de tipo familiar, profesional, o económico.

Zipf entiende que un mayor grado de «sensibilidad a la pena» puede verse correspondido con una disminución del nivel de la intervención penal, logrando una mayor *humanización del Derecho Penal*, sin afectar por ello a la efectividad de la lucha contra el delito (98). Hay que tener en cuenta que para la valoración del elemento de la «sensibilidad a la pena» del autor se requieren investigaciones de tipo criminológico, de las cuales debe ayudarse el juez; y en las que resultan de interés primero el dato del efecto general medio de la aplicación de las penas, y en segundo lugar las desviaciones correspondientes a casos particulares. Cabría subrayar, con zipf, lo siguiente: «El principio de culpabilidad no indica nunca cómo debe ser penalizado el autor, sino sólo cómo *no* puede ser penalizado. Para el «cómo» de la determinación de la pena la «accesibilidad a la pena» es uno de los factores decisivos en el ámbito preventivo» (99).

No hay que perder de vista en este marco, los peligros que conlleva una consideración «elitista» de este elemento (así como de las circunstancias profesionales), que lleve a privilegiar a personas cultivadas, o que ocupan puestos importantes en la sociedad, frente al resto. Más bien al contrario, entendemos que el concepto de la «no necesidad de resocialización» debería revisarse, en el sentido de que creemos que también los «delincuentes de cuello blanco» necesitan probablemente «ser resocializados», toda vez que aceptemos este concepto con carácter amplio como la «dotación de la capacidad al individuo de no lesionar bienes jurídicos». En todo caso, la individualización significa precisamente en este terreno el examen particular de cada caso. Se puede decir, con Bruns, que el principio de igualdad no prohíbe una I.J.P. que atienda a la personalidad del delincuente, pero no debe

padecimientos incurables. Resulta criticable, sin embargo, la excepción que establece para el caso de que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

(97) Cfr.: GRIBBOHM, Günter, «Vorbemerkungen...», *Op. cit.*, p. 111.

(98) Cfr.: ZIPF, Heinz, *Die Strafmaßrevision*, München, C.H. Beck, 1969, p. 128.

(99) *Ibidem*, p. 130 («Das Schuldprinzip besagt nie, wie ein Täter bestraft werden muß, sondern nur, wie er *nicht* bestraft werden darf. Für das, "Wie" der Strafbesetzung ist die Strafzugänglichkeit einer der entscheidendsten Faktoren im Präventionsbereich»).

conducir a privilegiar de modo injusto a determinados grupos de la población (100).

III. CONCLUSIÓN FINAL

El Derecho Penal español no plantea, a mi modo de ver, en los criterios generales para la I.J.P, a saber, *la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente*, la antinomia entre prevención general y prevención especial, sino la *antinomia entre retribución y prevención especial*. Adopta, por lo tanto, una teoría mixta de la pena en la I.J.P, que es contradictoria «a conciencia». El criterio de la *gravedad del hecho*, pese a ser susceptible de una determinada lectura preventivo general (la pena adecuada a la gravedad del hecho es probablemente la pena preventivo generalmente más eficaz), es en esencia una exigencia de *proporcionalidad* vinculada al principio de la *culpabilidad por el hecho*. El criterio de las *circunstancias personales del delincuente* obliga al juez a individualizar la pena, a tener en cuenta una serie de factores de *carácter preventivo especial*, desde la personalidad del delincuente, hasta sus circunstancias personales, económicas, y profesionales, así como su concreta «sensibilidad a la pena»; que en definitiva deben contribuir a una valoración proyectada al futuro sobre los efectos de la pena en la vida futura del reo en sociedad.

A mi juicio la prevención general no juega un papel constitutivo en la I.J.P en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, como ha sido argumentado, entendemos que una agravación de la pena adecuada a la gravedad del hecho, o la mera elección de la pena más grave entre aquellas que puedan considerarse como adecuadas a la gravedad del hecho por motivos preventivo generales, es un comportamiento jurídicamente ilícito, que debería ser susceptible de revisión en casación. La pena debe individualizarse, a mi modo de ver, siguiendo para ello criterios de prevención especial positiva favorables al reo que persigan por encima de todo la *maximización del fin de la no desocialización del reo*, así como la consecución de las máximas cotas de *resocialización* siempre que ello sea posible.

Entiendo que *no existe en el caso concreto una sola pena adecuada a la gravedad del hecho*, sino que pueden existir un conjunto de penas que respondan a ese criterio. Las exigencias planteadas por

(100) Cfr.: BRUNS, Hans Jürgen, *Das Strafzumessungsrecht...*, 2.^a Ed, *Op. cit.*, p. 501.

la presencia en nuestro ordenamiento jurídico del criterio de la gravedad del hecho, confirmarían a la culpabilidad por el hecho como criterio garantista y protector que juega a favor del reo marcando la frontera superior que en ningún caso puede ser rebasada por criterios preventivos, ni preventivo generales, ni preventivo especiales. Esta frontera superior no tiene porqué ser necesariamente coincidente, como ha señalado algún autor, con el límite superior del marco penal típico, en cuyo caso bastaría con aludir al principio de legalidad y no a la culpabilidad por el hecho.

La búsqueda de la pena adecuada a la culpabilidad se sustituye en nuestro ordenamiento jurídico por la búsqueda de la pena adecuada a la gravedad del hecho. A mi modo de ver ello no es simplemente un cambio de etiquetas, sino que la formulación de la gravedad del hecho como un criterio de la I.J.P. junto al de las circunstancias personales del delincuente (incluso mencionado en segundo lugar respecto a éste último en el CP 1995), evitando fórmulas legislativas como la desafortunada frase del parágrafo 46 del Código penal alemán conforme a la cual «la culpabilidad es el fundamento de la I.J.P.», hace que podamos afirmar con cierta claridad su *carácter meramente limitativo y no constitutivo* en nuestro ordenamiento jurídico, vaciando de contenido retributivo al criterio de la culpabilidad en la I.J.P.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique, «Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho Penal español y latinoamericano», en Stratenwerth, Günther, *El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pp. 11-40.
- , «La individualización de la pena en la reforma penal», en *RFDUC*, 1980, pp. 58-73 (Cit.: «La individualización...»).
- BAURMANN, Michael, *Folgeorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, Nomos, 1981.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/GARCÍA RIVAS/ FERRÉ OLIVÉ/SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Praxis, 1996.
- BRAUNS, Uwe, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter. Ein Beitrag zur Neuarbeitung eines Strafzumessungsfaktors de lege lata und de lege ferenda*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996.

- BRUNS, Hans-Jürgen, *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung*, 2., neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln.Berlin.Bonn.München, Carl Heymanns Verlag, 1974 (cit.: *Strafzumessungsrecht...*).
- CALLIES, Rolf-Peter, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagendiskussion*, Frankfurt am Main, Fischer Taschenbuch, 1973.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Tecnos, 1996.
- CHANG, Gyu-Won, *Rückfall und Strafzumessung. Rechtsvergleichende Untersuchung zur Behandlung des Rückfalls im deutschen und koreanischen Strafrecht und kritische Studie zur Strafschärfung wegen Rückfalls*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1993.
- DECKERT, Martina Renate, *Folgeorientierung in der Rechtsanwendung*, München, C.H. Beck, 1995.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «La «solución» de conflictos de intereses en Derecho Penal. Problemas dogmáticos y perspectivas político criminales para la discusión», en *Conflicto social y sistema penal*, Madrid, Colex, 1996, pp. 19-38.
- DOLCINI, Emilio, «Probleme der Strafzumessung in Italien», en *ZStW*, 94, (1982), pp. 373-403.
- DREHER, Eduard, «Rationalere Strafzumessung?», en vv.AA, *Pönometrie, Rationalität oder Irrationalität der Strafzumessung*, Köln, Institut für Konfliktforschung, 1977, pp. 37-48.
- , «Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes», *JZ*, 1967, pp. 41-46.
- EISENBERG, Ulrich, *Jugendgerichtsgesetz*, München, C.H. Beck'sche, 1995.
- ERHARD, Christopher, *Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der in § 46 StGB verwendeten Systemkategorie "Schuld"*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992.
- FRI SCH, Wolfgang, «Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil I)», en *ZStW*, 99, (1987), pp. 349-388 (cit.: «Gegenwärtiger ...»).
- GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Los criterios de la determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982 (cit: *Los criterios ...*).
- GIEHRING, Heinz, «Ungleichheiten in der Strafzumessungspraxis und die Strafzumessungslehre - Versuch einer Analyse aus der Sicht eines Strafrechtswissenschaftlers», en Pfeiffer/Oswald, *Strafzumessung. Empirische Forschung und Strafrechtsdogmatik im Dialog*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1989, pp. 77-125.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», *RFDUC*, (1980), monográfico 3, pp. 129-194 (Cit.: «Racionalidad...»).

- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Arbitrio judicial y artículo 61.4 del Código Penal: comentario a la sentencia de 20 de marzo de 1986», en *PJ*, 1986, pp. 141-158.
- GRIBBOHM, Günter, «Vorbemerkungen zu den §§ 46 bis 50», en *Leipziger Kommentar*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1995, pp. 83-242 (Cit.: «Vorbemerkungen...»).
- GÜNTHER, Hans-Ludwig, «Grade des Unrechts und Strafzumessung», en *Kriminalität, Persönlichkeit, Lebensgesichte, und Verhalten. Festschrift für Hans Göppinger zum 70. Geburtstag*, Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Hong Kong, Springer, 1990, pp. 453-462.
- HIRSCH, Andrew.v./JAREBORG, Nils, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit. Die deutsche Strafzumessungslehre und das Prinzip der Tatproportionalität*, Bonn, Forum, 1991 (Cit.: *Strafmaß ...*).
- , «Gauging Criminal Harm: A living-Standard Analysis», en *Oxford Journal of Legal Studies*, 11, (1991), pp. 1 y ss.
- HIRSCH, Günter, «Vorbemerkungen zu den §§ 46», en *LK*, 10 Auflage, pp. 1-79 (cit.: «Vorbemerkungen...»).
- HORN, Eckhard, «Vorbemerkungen vor & 46», en *SK*, 1995, pp. 1-97 (Cit.: «Vorbemerkungen...»).
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.^a ed, Granada, Comares, 1993, (Cit.: *Tratado ...*).
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 5.^a ed, 1996.
- KERN, Eduard, «Grade der Rechtswidrigkeit», en *ZStW*, (1952), 64, pp. 255-291.
- KERNER/HASSEMER/MARKS/WANDREY (Hrsg), *Täter-Opfer-Ausgleich-Auf dem Weg zur bundesweiten Anwendung?* Bonn, Forum Verlag, 1994.
- LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Tecnos, 1996.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979.
- LLORCA ORTEGA, José, *Manual de determinación de la pena conforme al Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Civitas, 1996.
- MEZGER, Edmund, «Strafzweck und Strafzumessungsregeln», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1954, 1. Bd, pp. 1-28.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 4.^a edición corregida y puesta al día con arreglo al Código penal de 1995, Barcelona, PPU, 1996 (Cit.: *Derecho Penal*, 4.^a ed).
- , *Introducción a las bases del Derecho Penal. Cocepto y método*, Barcelona, Bosch, 1976 (Cit.: *Introducción...*).
- MONTENBRUCK, Axel, *Abwägung und Umwertung. Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten*, Berlin, Duncker&Humblot, 1989.

- OSSENBUHL, Fritz, «Abwägung im Verfassungsrecht», en *Abwägung im Recht*, Symposium zur Emeritierung von Werner Hoppe, Köln. Berlin. Bonn. München, Carl Heymanns, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Determinación de la pena y política criminal», *CPC*, n.º 4, 1978, pp. 49-84 («Determinación ...»).
- SCHAEFERDIEK, Sascha, *Die kurze Freiheitsstrafe im schwedischen und deutschen Strafrecht*, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, 1996 ejemplar dactilografiado.
- SERRANO MAILLO, Alfonso, *Compensación de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal e individualización de la pena*, Madrid, Dikynson, 1995.
- SPENDEL, Günter, *Zur Lehre von Strafmaß*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1955 (Cit.: *Zur Lehre ...*).
- STRENG, Franz, *Strafzumessung und relative Gerechtigkeit. Eine Untersuchung zu rechtlichen, psychologischen Aspekten ungleicher Strafzumessung*, Heidelberg, R.v. Decker's & G.Schenck, 1984 (Cit.: *Strafzumessung ...*).
- VICENTE REMESAL, Javier de, *El comportamiento postdelictivo*, León, Universidad de León, 1985 (Cit.: *El comportamiento...*).
- VOGLER, Theo, «Die strafscharfende Verwertung strafbarer Vor- und Nachtaten bei der Strafzumessung und die Unschuldvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK)», en *Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht*, München, C.H. Beck, 1985, pp. 429-444.
- VV.AA, *Código Penal Comentado*, Madrid, Akal, 1990, p. 11.
- WALTER, Michael, *Jugendkriminalität*, Stuttgart. München..., Richard Boorberg, 1995.
- WIMMER, August, «Die Strafzumessungstatsachen im Prozess», en *NJW*, (1947/8), pp.126-129.
- ZIPF, Heinz, *Die Strafmaßrevision*, München, C.H. Beck, 1969, p. 128.
- , *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Heidelberg. Karlsruhe, C.F. Müller, 1977.

V. ABREVIATURAS Y SIGLAS

| | |
|-----|--|
| CP | <i>Código Penal</i> |
| CPC | <i>Cuadernos de Política Criminal</i> |
| IJP | <i>Individualización judicial de la pena</i> |
| JZ | <i>Juristen Zeitung</i> |
| LK | <i>Leipziger Kommentar</i> |
| NCP | <i>Nuevo Código Penal</i> |
| NJW | <i>Neue Juristische Wochenschrift</i> |
| PJ | <i>Poder Judicial</i> |

| | |
|--------------|--|
| <i>RFDUC</i> | <i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense</i> |
| <i>SK</i> | <i>Systematischer Kommentar</i> |
| <i>StGB</i> | <i>Strafgesetzbuch</i> |
| <i>VVAA</i> | <i>Varios Autores</i> |
| <i>ZStW</i> | <i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft</i> |

Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del delito de JAKOBS

BEATRIZ DE LA GÁNDARA VALLEJO

Profesora Adjunta de Derecho Penal.
Universidad San Pablo CEU

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo pretendo abordar la cuestión de cuáles son los principales fundamentos teóricos de los que parte Jakobs a la hora de formular su sistema de la teoría del delito. Opino que éstos se hallan, en el fondo, en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann, ya que Jakobs parte de cómo es la moderna sociedad contemporánea para proponer un concepto de Derecho penal funcionalista, o sea, un sistema funcionalista de la teoría del delito. Lo que es el Derecho penal está determinado por la función que cumple en el sistema social, e incluso el propio Derecho penal es considerado como un sistema autónomo, es decir, un subsistema autorreferente y autopoietico, dentro del sistema más amplio de la sociedad.

La opinión que acabo de exponer no parece ser compartida por toda la doctrina penal española ya que, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, hay autores que, siendo grandes conocedores de la teoría de la imputación de Jakobs y habiendo realizado magníficos estudios sobre la misma, pretenden presentar el modelo dogmático-penal propugnado por Jakobs como una especie de prolongación o continuación de la obra de su maestro, Welzel, en la medida en que aquél se habría inspirado en algunos de los plan-

teamientos más sugerentes de éste. Así pues, se trata de una cuestión que está abierta a debate.

De todas formas, antes de presentar los argumentos que esgrimo en defensa de mi tesis y de contrastarlos con los manejados por los autores que apoyan la otra postura antedicha, creo que conviene exponer –si bien de forma más bien sucinta puesto que, evidentemente, no se trata de algo que yo haya descubierto, sino de una teoría ya bastante conocida entre la doctrina penal española– en qué consiste el modelo funcionalista propugnado y defendido por Jakobs. Y ello por dos motivos. En primer lugar, por una cuestión de pura lógica elemental, puesto que no parece tener demasiado sentido querer entrar a analizar los fundamentos de una teoría, sin antes haber explicado cuáles son sus líneas maestras según mi propio entendimiento de la misma. En segundo lugar, porque al dedicar los dos siguientes apartados a procurar explicar de la forma más clara posible en qué consiste el sistema funcionalista de la teoría del delito de Jakobs, iré poniendo de manifiesto cómo algunos de los conceptos claves que emplea este autor están ya presentes en la teoría sociológica de Niklas Luhmann.

II. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL MODELO DOGMÁTICO DE JAKOBS

II.A El sistema funcionalista de la teoría del delito

Hechas estas aclaraciones, ha llegado el momento de explicar clara pero sucintamente cuál es la postura que Jakobs mantiene acerca de qué es el Derecho penal, para lo cual constituye una premisa ineludible aclarar cuál es la verdadera función que según este autor desempeña el Derecho penal en nuestra sociedad, puesto que el mundo de los conceptos jurídico-penales ha de organizarse con arreglo a la función social que desempeña el Derecho penal «y no conforme a datos previos naturales o de cualquier otra clase ajenos a la sociedad» (1).

Pues bien, en una sociedad caracterizada por un alto nivel de complejidad, como es la nuestra, la verdadera función del Derecho penal radica en hacer posible las relaciones sociales, es decir, la vida en sociedad, mediante la reducción de complejidad (2). Para ello, el

(1) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción del alemán de Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luís SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2.ª ed., Madrid, 1997, p. VII.

(2) Para entender todo el significado de esta afirmación, que a primera vista puede parecer más bien carente de contenido, hay que tener en cuenta que una socie-

Derecho penal tiene como cometido específico estabilizar aquellas normas tan básicas que su infracción generalizada impediría una mínima convivencia. Por lo tanto, el verdadero objeto de protección de las normas penales no son bienes jurídicos, sino las propias normas que hacen posible la convivencia en sociedad (3). En este sentido, pues, el Derecho penal no es más que una rama del Derecho, en

dad funcionalmente diferenciada –como es nuestra sociedad occidental contemporánea– es siempre más compleja que sociedades anteriores pero que, al mismo tiempo, reduce de modo más riguroso la complejidad a la que se enfrenta, puesto que es precisamente mediante la diferenciación funcional en subsistemas –entre los cuales se encuentra el Derecho– que la sociedad logra aumentar la eficacia de su actividad de comunicación, reduciendo la redundancia y ordenando su entorno alrededor de problemas que se agrupan por funciones (o dicho con mayor precisión, que se agrupan «en equivalentes funcionales»). Esta limitación de la redundancia supone una mayor posibilidad de comunicación, o, lo que es lo mismo, una conducta selectiva más adecuada; es decir, facilita la orientación en un mundo dominado por la complejidad. Acerca de todo ello, cfr. Niklas LUHMANN: *Zweckbegriff und Systemrationalität: Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Frankfurt am Main, 1973, pp. 270-271; del mismo: *Soziologische Aufklärung-1: Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, 4.ª ed., Opladen, 1974, pp. 124-125; del mismo: *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main, 1984, pp. 52-55; y del mismo: *Ökologische Kommunikation: Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?*, Opladen, 1986, pp. 45-50, y 97. Cfr. también Diego BETANCOR CURBELO: «Derecho y sociedad, factores recíprocos. La Sociología del Derecho en la formación del jurista», en *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de las Palmas de Gran Canaria*, núm. 2, 1997, p. 74., citando a Adam PODGORECKI, el cual coincide en describir la reducción de complejidad como una de las funciones esenciales del Derecho.

(3) Así, en el modelo de la teoría del delito desarrollado por JAKOBS, el verdadero bien que protege el Derecho penal es la estabilidad de las expectativas normativas esenciales frente a la defraudación; esto es lo que JAKOBS denomina «bien jurídico-penal». Naturalmente que esto constituye un «rodeo normativo», pero su sentido reside precisamente en evitar llegar a la extraña conclusión de que el Derecho penal a veces no se preocupa de la pérdida de sus bienes dado que el Derecho penal no garantiza la existencia de dichos bienes en todo caso, sino sólo frente a determinados ataques. No obstante, y a pesar de los «defectos de partida» de que adolece la teoría del bien jurídico, JAKOBS parece opinar que es posible mantener una justificación relativa de la misma. Personalmente, creo que esta «justificación relativa» se halla en la utilidad que puede prestar la teoría del bien jurídico como instrumento de interpretación de las disposiciones penales de la Parte Especial, pero no como criterio de legitimación material del Derecho penal, y por tanto tampoco como criterio que explique cuál es la verdadera función que desempeña el Derecho penal. En realidad, si se acepta el concepto de bien jurídico propugnado por JAKOBS, lo que sirve para justificar y explicar la existencia del Derecho penal es la idea de la prevención general positiva, y utilizar la terminología de «bien jurídico-penal» nada aporta a esta fundamentación de la función propia del Derecho penal.

Dicho de otra forma, el concepto del bien jurídico-penal al que se refiere JAKOBS al tratar el problema del Derecho penal como instrumento de protección de bienes

cuanto subsistema formado por la propia sociedad por medio de la diferenciación sistémica para afrontar un sector de la complejidad propia del entorno, agrupado por la función que debe cumplir (4).

Los subsistemas sociales reducen la complejidad mediante la formación de expectativas. No obstante, y por lo que se refiere más específicamente al Derecho, lo que se tiene en cuenta son contactos sociales, lo cual implica que cada parte en el contacto social acepta al otro como *alter ego*, es decir, como otro igual que él. Por lo tanto, en el sistema del Derecho nos hallamos, en realidad, ante un esperar de expectativas, lo cual significa que nos hallamos ante el problema de la doble contingencia (5). Así pues, para hacer posible la interacción social, es necesario poder prever lo que los demás esperan de nosotros, para poder anticipar sus expectativas en vez de defraudarlas, y así evitar conflictos. En definitiva, para poder orientarse en sociedad es necesario compaginar dos planos distintos: lo que yo espero de los demás y lo que los otros esperan de mí (6). Y es la vigencia de las

jurídicos, no es el que suele estar en el primer plano del debate doctrinal. Por el contrario, en este debate de lo que se trata más bien es de si las normas jurídico-penales y, aunque sólo sea de forma indirecta, también el propio Derecho penal sólo son legítimos en tanto protejan bienes jurídicos, sin que la doctrina haya sido capaz de explicar claramente lo que constituye un bien jurídico en este contexto. Y ello naturalmente determina que la teoría de los bienes jurídicos sirva de poco para decidir la cuestión de qué bienes o valores son dignos de protección penal y cuáles no. En definitiva, la respuesta a la pregunta de para qué debe emplearse la protección dispensada por el Derecho penal depende más bien de la dañosidad social de la conducta lesiva, cosa que no se corresponde necesariamente con la lesión de bienes o valores por esa conducta. Acerca de todo ello, cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., pp. 44-48 y 57.

(4) En sentido análogo, BETANCOR CURBELO afirma que «el Derecho es... uno de los instrumentos estratégicos por los que la vida humana es modelada, estabilizada y hecha predecible». Cfr. Diego BETANCOR CURBELO: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, cit., p. 67.

(5) A la hora de configurar la estructura de este conocido teorema sociológico, LUHMANN opta por denominar a los sujetos de la doble contingencia *Ego* y *Alter*. Esta peculiaridad terminológica se debe a su deseo de dejar claro desde el principio que ambos son dos grandes operadores bajo los que cabe introducir no sólo seres humanos, sino también sistemas sociales, etc. No obstante, en el caso de la acción social, *Ego* y *Alter* son considerados por LUHMANN como sistemas psíquicos, o sea, como personas físicas. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona, 1990, pp. 211-212, y 246-247, con referencias bibliográficas.

(6) Y es que la doble contingencia supone plantear una metaperspectiva desde la que pueden abordarse distintas formas de selecciones y conexiones, ya que opera como catalizador de selecciones y como ordenador de las mismas. Ello tiene lugar de la siguiente forma. *Ego* sabe que *Alter* sabe que *Ego* actúa teniendo en cuenta la conducta de *Alter*; por tanto, *Ego* deberá actuar anticipando, en cierto modo, la conducta

normas lo que tiene como finalidad facilitar esta operación mediante la generalización de expectativas (7).

A estos efectos, es necesario distinguir entre dos clases de expectativas: las de carácter cognitivo y las de carácter normativo. O sea, se trata de la conocida distinción entre el Ser (expectativas cognitivas) y el Deber Ser (expectativas normativas) (8). Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, en los contactos sociales, que son los únicos que interesan desde el punto de vista del Derecho penal, sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible. Si se defrauda esa expectativa, para el defraudado surge un conflicto frente al que debe reaccionar, pues con la defraudación se pone de manifiesto que el balance entre los sucesos en cuya producción está interesado y aquellos otros que se realizan ya no cuadra. Por lo tanto, el modelo de orientación del decepcionado debe ser sometido a revisión.

Ahora bien, en los contactos sociales también pueden surgir defraudaciones de expectativas del mismo modo que sucede en relación con la naturaleza. Estas expectativas son de carácter cognitivo,

y la reacción de *Alter*. Por consiguiente, la doble contingencia posibilita la comunicación, pero al mismo tiempo es un obstáculo para el desarrollo de la misma, al establecer redes y relaciones de extraordinaria complejidad entre quienes toman parte en ella, lo cual me parece que constituye una descripción muy realista de «los gozos y las sombras» de la comunicación, a juzgar por mi propia experiencia y por el estado general en el que se encuentra el mundo en el que vivimos. Cfr. Niklas LUHMANN: *Soziale Systeme*, cit., pp. 158, 160, 171 y ss.; y Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES: *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, 1995, p. 30, con referencias bibliográficas.

(7) La generalización de expectativas, que equivale a su estabilización, permite que los sistemas alcancen una estructura y posibilita su acción. Esta generalización no supone anulación de las expectativas, sino una forma de estabilización de las mismas, que las hace estar siempre presentes como elemento fundamental del sistema social y de la comunicación que llevan a cabo sus componentes. Por lo tanto, en la teoría de LUHMANN los conceptos de doble contingencia y expectativa constituyen dos pilares sobre los que se asienta la acción propia de los sistemas sociales. Es más, en realidad, LUHMANN considera que la estructura misma de la sociedad como sistema es una generalización de las expectativas de los sistemas que se encuentran en ella. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 271-272; y citando al propio LUHMANN, Diego BETANCOR CURBELO: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, cit., p. 74.

(8) Cfr. Javier SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES: *Intervención omisiva*, cit., p. 31.

lo que quiere decir que en caso de defraudación se ha errado el cálculo y hay que volver a aprender, o sea, a calcular mejor *pro futuro*. Frente a ello, la defraudación específica en el ámbito de los contactos sociales afecta a aquellas expectativas que se derivan de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, o sea, a expectativas de carácter normativo, pudiendo la pretensión contradecir al juicio cognitivo. Por consiguiente, a una expectativa normativa no se ha de renunciar ni siquiera en caso de defraudación, sino que ésta puede mantenerse de forma contrafáctica, si no se define como fallo decisivo la expectativa del decepcionado, sino la infracción de la norma por parte del que decepciona (9).

Sin embargo, y como ya apunté antes, es necesario advertir que sólo una parte muy pequeña de las expectativas normativas tiene importancia desde el punto de vista del Derecho penal; es decir, que las expectativas que están en la base de las normas jurídico-penales naturalmente son normativas, pero no toda expectativa normativa está jurídico-penalmente asegurada.

En primer lugar, resulta evidente que las defraudaciones que tienen lugar exclusivamente a nivel individual, es decir, que no lesionan esferas jurídicas ajenas, de las expectativas normativas de alguna de las partes en los contactos sociales no constituyen asuntos de interés público, y por ello no pueden motivar reacciones estatales. Sin embargo, de la infracción de las normas jurídico-penalmente garantizadas sí surge un conflicto público, siempre y cuando se trate de normas *legítimas*. Como ya señalé antes, el Derecho penal sólo se ocupa de asegurar o garantizar aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar si se pretende mantener la configuración social básica. Por ello, «(1) la defraudación, el conflicto y la exigencia de una reacción frente a la infracción de la norma no pueden ser interpretados como una vivencia del sistema individual “persona singular”, sino que han de ser interpretados como sucesos en el sistema de relación social» (10).

En segundo lugar, y dado que las personas pueden configurar el mundo, pero aun así viven en un mundo ya configurado, o sea, en un mundo con instituciones, las expectativas normativas estables, imprescindibles para posibilitar los contactos sociales, y que precisamente por ello están jurídico-penalmente aseguradas, pueden referirse a dos ámbitos distintos de objetos.

(9) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., pp. 9-10.

(10) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., Berlin-New York, 1991, 1/8.

Por una parte, es necesaria una expectativa normativa de que todos mantengan en orden su ámbito de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los cuales otros podrían resultar dañados. La estabilidad de esta expectativa es imprescindible, sobre todo, porque debido al derecho a la propia organización respectiva, a nadie le está permitido jurídicamente arrogarse ámbitos de organización ajenos. Es decir, que todo ciudadano tiene libertad de organizar libremente, pero como contrapartida se le exige el control, en forma de expectativa social, sobre los peligros creados o asumidos por él a través de sus actos de organización (11).

Esta expectativa tiene un contenido exclusivamente negativo: los ámbitos de organización deben permanecer separados. La defraudación de esta expectativa es lo que está en la base de los llamados delitos de dominio o delitos en los que el fundamento de la responsabilidad radica en una organización defectuosa del propio ámbito de libertad, es decir, en la extensión del propio ámbito de organización a costa de la de los demás. De ahí, que los delitos de dominio también puedan ser denominados delitos en virtud de competencia organizativa.

Por otra parte, también es necesaria una expectativa normativa de que las instituciones sociales elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo: que las instituciones estén en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares, o dicho de forma más sencilla, que las personas inmersas en esas instituciones se sacrifiquen en favor de la protección del bien jurídico o bienes jurídicos protegidos por la institución.

Por lo tanto, se trata de un deber de solidaridad institucionalmente garantizado, cuya infracción determina, por regla general, que el sujeto a quien incumbe esa clase de deber participe en el hecho delictivo en concepto de autor, y ello con independencia de que se trate de un delito común o especial, puesto que una cosa es que algunos tipos exijan un elemento objetivo de la autoría y otra el fundamento material de la posición de garante. No obstante, es precisamente la defraudación de esta expectativa lo que está en la base de los llamados delitos de infracción de deber o delitos en virtud de competencia institucional, que son los únicos que constituyen delitos especiales propios en sentido estricto (12).

(11) Cfr. Javier SÁNCHEZ-VERA: *Intervención omisiva*, cit., p. 24, con referencias bibliográficas.

(12) Y ello con independencia de que una persona a quien no incumba el deber de solidaridad institucionalmente garantizado y que, por tanto, carezca de competencia institucional (se trataría pues de un *extraneus*), también pueda responder por

Expuesto cuáles son los dos ámbitos a los que pueden referirse las expectativas jurídico-penalmente garantizadas, es preciso subrayar que la infracción de la norma no constituye un conflicto penalmente relevante debido a sus consecuencias externas, ya que el Derecho penal no puede borrar tales consecuencias. Además, un comportamiento humano no es sólo un suceso que surte efectos en el mundo exterior, sino que en la medida en que la persona puede evitar su comportamiento, éste también *significa algo*. Por lo tanto, la infracción de la norma radica en una conducta cuyo contenido expresivo contradice la norma. Dicho de otra forma, una infracción normativa es una desautorización de la norma. Esta desautorización da lugar a un conflicto social en la medida en que la norma como modelo de orientación es puesta en tela de juicio (13).

Y es de aquí de donde hay que partir si, como Jakobs, no deseamos interpretar los efectos del Derecho penal como si fueran sucesos de la naturaleza, sino como *hechos sociales*. Desde esta perspectiva, la función de la Dogmática penal reside en desarrollar las proposiciones necesarias para reaccionar frente a la infracción penal como *acto con significado (acto con contenido expresivo)* por medio de un acto que también tiene significado. Al igual que una lesión externa es la manifestación de la vulneración de la norma, también la pena es la manifestación de la estabilización de la norma (14).

Precisamente, la determinación exacta de cuándo concurre una conducta que desautoriza la norma constituye el problema propio de la teoría de la imputación, en especial de la imputación en calidad de comportamiento típico y antijurídico (15). Es decir, que el Derecho penal contribuye a la estabilización contrafáctica de las expectativas normativas necesaria para poder seguir orientándose en sociedad mediante la atribución o imputación de la defraudación: se imputa la

haber tomado parte en esta clase de delitos, pero sólo en concepto de mero partícipe, siendo del todo irrelevante que haya dominado o no el hecho. Acerca de todo ello, cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., p. 11; del mismo: *Strafrecht AT*, cit., 6/91, 25/45 y ss.; y Beatriz de la GÁNDARA VALLEJO: «Delitos en materia de alimentos», en Enrique BACIGALUPO (Dir.): *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 1998, pp. 271-272.

(13) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., 1/9. O dicho de otra forma: «La conducta que interesa al Derecho penal no es entonces una simple acción naturalística, sino una conducta que, por no cumplir las expectativas generadas por las relaciones sociales, defrauda a la sociedad...». Cfr. Yesid REYES ALVARADO: «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLV, fascículo III, septiembre-diciembre 1992, p. 951.

(14) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., p. V.

(15) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit, pp. 12-13.

defraudación de la expectativa no a un error del expectante, sino del delincuente (16).

Partiendo de la premisa de que ésta es la función propia del Derecho penal, o sea, de la idea de la prevención general positiva como fundamento sistemático, y no de la esencia o de las estructuras de objetos de la dogmática penal, ello no sólo conlleva la ventaja de ofrecer una explicación convincente de para qué sirve en realidad el Derecho penal. También ofrece la ventaja –aunque pueda no parecer tal a primera vista– de conducir a una renormativización de los conceptos penales, lo cual explica, por ejemplo, que en esta concepción, un sujeto no sea aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste. Por lo tanto, manejando este sistema de la teoría del delito no hay por qué mantener que la responsabilidad jurídico-penal tiene necesariamente que limitarse a sistemas psíquicos, es decir, a seres humanos, sino que también puede predicarse de otro tipo de sistemas igualmente autorreferentes y autopoieticos, cuales son las personas jurídicas (17).

En general, partiendo de este enfoque normativo (18), algunos de los problemas que había creado la dogmática penal por no apartar la vista de premisas ontológicas (o estructurales) desaparecen. Así, junto a numerosas armonizaciones en el concepto de culpabilidad, la oposición entre delitos de comisión y de omisión se hace menos tajante. Tanto en los delitos de acción como en los delitos de omisión, la responsabilidad penal puede basarse o bien en competencia por organización o en competencia institucional, siendo ésta distinción la que se

(16) Cfr. Javier SÁNCHEZ-VERA: *Intervención omisiva*, cit., p. 34, con referencias bibliográficas.

(17) Para más detalles acerca de cómo es posible mantener esto, cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., pp. 182-184. Como es sabido, los fundamentos teóricos para mantener esta postura afirmativa acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas provienen en gran parte de la teoría de los sistemas autorreferentes y autopoieticos de LUHMANN. Dentro de esta categoría LUHMANN destaca tres clases de sistemas distintos, que son los más importantes según su teoría, y que se corresponden con tres operaciones autopoieticas fundamentales: los sistemas vivos, los sistemas psíquicos y los sistemas sociales. En cada uno de ellos será la vida, la conciencia y la comunicación respectivamente, las formas esenciales de operación que permiten a este autor considerarlos como sistemas autopoieticos. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 112. Acerca del significado e importancia de los conceptos de autorreferencia y autopoiesis en la obra de LUHMANN, cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 105 y ss., con referencias bibliográficas.

(18) Que no tiene nada de extraño, puesto que la particularidad propia del Derecho como subsistema social es precisamente su aspecto normativo. En este sentido, cfr. Niklas LUHMANN: *Rechtssoziologie*, 3.ª ed., Opladen, 1987, p. 99.

revela como verdaderamente esencial, ya que del estado efectivo de organización del sujeto como *sistema psicofísico* (actuar u omitir) sólo dependen problemas de importancia más bien secundaria (19).

Igualmente, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad o competencia. Estos conceptos no ofrecen al Derecho penal modelos de regulación, sino que sólo surgen en el contexto de las regulaciones de Derecho penal. La propia suposición de que al menos tras haber surgido así, el concepto ha de referirse a un *sustrato prejurídico homogéneo* (al ocasionar, al querer, al conocimiento, etc.), se revela como un *malentendido naturalístico*, puesto que los conceptos jurídico-penales no hay que buscarlos antes de la sociedad, sino dentro de la misma (20). Todo lo cual resulta perfectamente lógico, si se parte de la base de que el sistema jurídico, en cuanto tal sistema, es autorreferente y autopoietico, lo cual significa, entre otras cosas, que crea su propio sentido.

A este respecto, Luhmann considera que el Derecho es siempre un «regulador social» y, como sistema autopoietico que es, se estructura a sí mismo por la unidad de la diferencia entre su código y su programa (21). Precisamente, con ello lo que Luhmann quiere poner de

(19) Cfr. en este sentido Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., p. VI; Javier SÁNCHEZ-VERA: *Intervención omisiva*, cit., pp. 18-24, 43 y ss., con abundantes citas bibliográficas; y Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción del alemán de Manuel CANCIO MELIÁ y estudio preliminar de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIÁ, Madrid, 1996, pp. 86-87.

(20) Cfr., si bien sólo refiriéndose al concepto penal de acción, Günther JAKOBS: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, p. 12. En sentido análogo, ya Eugen EHRlich entendía que «(e)l centro de gravedad del desarrollo legal no descansa sobre la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la decisión judicial, sino en la misma sociedad». La cita está tomada de Diego BETANCOR CURBELO: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, cit., p. 72.

(21) Para LUHMANN un «código» es siempre un código binario, es decir, un esquema compuesto de una diferencia directriz, circunstancia que le permite ordenar todo lo que se presenta ante él según dos alternativas. Dicho de forma más clara: «un código es un esquema general, de elevada abstracción, semejante a una imagen del mundo de tipo dualista». La importancia del código radica en el hecho de que ayuda decisivamente a la orientación de cada sistema en el cumplimiento de su función; así, el código propio del Derecho viene dado por la diferencia *Recht/Unrecht* (lícito/ilícito). Por su parte, el «programa» es lo que trata los «terceros factores» excluidos por el código, estableciendo los criterios de la acción correcta del sistema en relación con las condiciones *externas* del mismo. Por consiguiente, es el programa lo que determina que el Derecho se sensibilice y se haga resonante al entorno, en cuanto fuente de conflictos y problemas que el Derecho debe procesar para mantenerse como sistema positivo. Acerca de todo ello, cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 214-219 y 293-295, con referencias bibliográficas.

manifiesto es que es el propio sistema jurídico el que decide, mediante una operación que se tiene a sí mismo como referencia, lo que resulta relevante para su propio ámbito, el que delimita cuanto es relevante para él. Semejante nivel de clausura hace posible que el Derecho pueda defenderse a sí mismo de la injerencia de otros subsistemas sociales, es decir, hace posible que el ámbito normativo propio del Derecho pueda liberarse de cuestiones de oportunismo político, intereses económicos, desigualdades entre clases sociales, etc. En definitiva, el que el Derecho sea un subsistema autorreferente y autopoiético, y por tanto mantenga este nivel de clausura, es lo que permite hablar de la independencia del Derecho, y que éste sea influyente en la sociedad como conjunto (22).

En resumen, las normas penales incluyen, como reacción en caso de defraudación, el mantenimiento de la expectativa normativa puesto que estabilizan la expectativa por medio de la pena. La pena es la estabilización contrafáctica frente a la defraudación de una expectativa normativa asegurada jurídico-penalmente, estabilización que es necesaria para poder seguir orientándose en sociedad y que tiene lugar mediante la imputación de la defraudación al comportamiento no permitido de un sujeto.

II.B La función de la pena: teoría de la prevención general positiva

De todo lo dicho hasta ahora, que naturalmente requiere ser desarrollado teniendo en cuenta el Derecho penal vigente –es decir, básicamente el Código Penal español (23)–, se desprende una imagen de la pena bastante distinta de la que comúnmente tiene la mayoría de la gente. Aun reconociendo que el injusto es un mal y que el deber de cargar con los «costes» también es un mal, a pesar de ello la pena no debe ser entendida como infligir un mal a causa del mal cometido ya que, como bien dice Jakobs, es absurdo «querer un mal porque ya se

(22) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 293-294, con referencias bibliográficas. En sentido análogo, cfr. Diego BETANCOR CURBELO: *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, cit., p. 70.

(23) Derecho penal vigente que no es incompatible con el modelo de la teoría del delito descrito, sino que admite ser interpretado de acuerdo con cualquiera de los sistemas dogmáticos al uso, puesto que no hay datos ni en el Código Penal español ni en las leyes penales especiales que indiquen que haya que interpretar el Derecho penal español desde un sólo enfoque (causalista, finalista o funcionalista), con exclusión de los demás.

ha dado otro mal», y con ello lo único que se consigue es legitimar todo el sistema del Derecho penal en base a una premisa irracional, y en cuanto tal, poco científica (24).

Además, esta explicación de la pena como sumar un mal a otro mal sólo sirve para describirla de forma superficial. Frente a ello, la pena debe ser definida de forma positiva, como una demostración de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí que la función específica de la pena consista en la estabilización de la norma lesionada, puesto que la pena no cumple su cometido social dando lugar a un mal, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada (25).

Con lo dicho hasta ahora, también se pone de relieve cómo ha de entenderse la pena en cuanto reacción al conflicto que representa el delito: La pena –al igual que ocurre con la infracción de la norma– no debe ser considerada como un suceso exterior, dado que entonces sólo aparece la sucesión irracional de dos males a la que ya he aludido, sino como algo que también tiene sentido. El sentido o contenido expresivo que tiene la pena es el siguiente: que el contenido significativo del comportamiento delictivo no es determinante como modelo de orientación y que lo determinante sigue siendo la norma.

La ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera de lo que tiene sentido, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, también suministra la explicación última de por qué no puede ser considerada función de la pena el evitar lesiones de bienes jurídicos. Su función consiste más bien en reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia y reconocimiento. La expectativa se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. En todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo. Por consiguiente, la función de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. El contenido expresivo de la

(24) Y si no, piénsese en la legitimación que pretende dar gran parte de los estadounidenses a la pena de muerte, legitimación que se encuentra profundamente enraizada en esta concepción del «mal por mal» del *ius puniendi* del Estado. Irracionalidad que es hasta cierto punto comprensible cuando es la población la que piensa así. No lo es, sin embargo, si los que caemos en ella somos profesionales que nos dedicamos a la *ciencia* del Derecho penal, puesto que pondría de relieve una incapacidad para distanciarse de las situaciones, a veces personales, de la vida cotidiana, que es incompatible con el nivel de abstracción que requiere el quehacer científico. En este sentido, cfr. Niklas LUHMANN: *Ökologische Kommunikation*, cit., pp. 153 y ss.

(25) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., p. 9.

pena radica en una negación, que tiene lugar a costa del infractor, de la desautorización de la norma (26).

Traducido a las categorías propias de la problemática habitualmente denominada «fines o teorías de la pena», esto quiere decir que la negación de la desautorización de la norma por medio de la pena no tiene lugar por sí misma, porque sí, sino porque en la vida social no se puede renunciar a orientaciones garantizadas. Así pues, la pena tiene una función que debe surtir efectos en el nivel en el que tiene lugar la interacción social, y que no se agota en significar algo: la pena debe garantizar las condiciones de tal interacción y, por tanto, su función es *preventiva*.

La garantía de las condiciones que posibilitan la interacción social tiene lugar reafirmando al que confía en la norma en su confianza (27). Sin embargo, la reafirmación no tiene como contenido el que posteriormente nadie más vaya a infringir la norma, porque la pena haga desistir a delincuentes potenciales, ni que el comportamiento futuro del autor del delito vaya a cambiar debido a la ejecución de la pena. Los destinatarios de la norma no son primordialmente algunas personas en cuanto autores potenciales, sino todos, dado que nadie puede renunciar a las interacciones sociales y, por tanto, todos deben saber lo que pueden esperar de ellas. Así pues, en el modelo que Jakobs esboza acerca de la función del *ius puniendi* del Estado de lo que se trata primordialmente es de prevención general positiva, esto

(26) Cfr. Günther Jakobs, *Derecho penal*, cit., pp. 13-14. En sentido análogo, si bien empleando un enfoque mucho más genérico que el de JAKOBS, LUHMANN concede a la negación un valor especial en el desarrollo de los sistemas sociales, ya que toda negación esconde una historia de selección y de relaciones seleccionadas, toda negación tiene en su base un conjunto de posibilidades y relaciones cuyo exceso delimita. Por lo tanto, constituye un instrumento que permite combatir ese exceso de alternativas y, al mismo tiempo, hace posible que podamos vivir con él. En definitiva, la complejidad supondría la exigencia de un nuevo ámbito de racionalidad: una razón radicada en la «diferencia», que es siempre una forma particular de negación. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 65-66, con referencias bibliográficas.

(27) Lo cual constituye el mecanismo a través del cual el Derecho penal logra cumplir su función de reducir complejidad, que como ya dije es lo que, en definitiva, sirve para justificar su existencia. Esta postura dogmático-penal halla apoyo en la constatación de que, en general, la confianza constituye un elemento de extremada importancia en la formación de sistemas sociales, hasta tal punto que LUHMANN habla de una «autogénesis» de los sistemas sociales a partir de la doble contingencia desde la perspectiva del binomio confianza/desconfianza. Acerca de ello, cfr. Niklas LUHMANN: *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 2.^a ed., Stuttgart, 1973; e Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 253.

es, de prevención general mediante el ejercicio en el reconocimiento de la norma (28).

No obstante, el propio Jakobs admite que, de forma secundaria, la pena puede impresionar de tal modo al que la sufre o a terceros, que éstos se abstengan de realizar hechos delictivos en el futuro. Estos efectos producidos, no por reconocimiento de la norma, sino por miedo, son algo que cabe desear que se dé por añadidura al aplicar la pena, pero la principal función de la pena no radica en provocar tales efectos (29).

Aun así, Jakobs (30) también señala que el hecho de que sea imprescindible desarrollar una teoría para una pena practicable no significa que esa teoría se extienda a todas las fases del proceso punitivo en su totalidad. Por consiguiente, aunque se mantenga que la teoría más idónea para legitimar la pena y, por ende, para servir de soporte funcional al sistema de la teoría del delito, es la teoría de la prevención general positiva, ello no impide que queden huecos necesitados de configuración, huecos que se presentan ante todo en la fase de ejecución de la pena, pero también en el momento de elegir el legislador los marcos penales de cada delito, así como en el momento de la determinación de la pena concreta a aplicar (31). Precisamente para colmar las lagunas antedichas no cabe recurrir más que a la idea de la prevención especial, que de este modo opera como una teoría de la pena subsidiaria.

(28) Hay que señalar que JAKOBS no es el único miembro de la doctrina penal que defiende la idea de la prevención general positiva como principal fin de la pena y criterio rector del sistema de la teoría del delito. Dentro de esta corriente, cfr. Peter NOLL: «Schuld und Prävention unter der Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts», en *Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, pp. 219 y ss.; Winfried HASSEMER: «Generalprävention und Strafzumessung», en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE (Eds.): *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am Main, 1979, pp. 29 y ss.; del mismo: «Strafziele im sozialwissenschaftlich orientierten Strafrecht», en HASSEMER/LÜDERSSEN/NAUCKE (Eds.): *Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften*, Heidelberg, 1983, pp. 39 y ss.

(30) *Derecho penal*, cit., pp. 35-36.

(31) Esta afirmación tomada de JAKOBS también ayuda a explicar por qué las críticas formuladas contra su concepción de la culpabilidad en el sentido de que tiende a vaciar de contenido el concepto de culpabilidad penal, sólo son certeras si se entiende que la idea de prevención general positiva constituye el único criterio a tener en cuenta a la hora de analizar la culpabilidad. Sin embargo, estas críticas son rebatibles si se tiene en cuenta que la culpabilidad debe desempeñar dos funciones diversas: por una parte, debe determinar bajo qué condiciones puede un sujeto responder penalmente de su acción típica y antijurídica, y por otra, constituye un aspecto decisivo para la individualización de la pena, momento respecto del cual JAKOBS es el primero en reconocer que es necesario recurrir a otro criterio, cual es el de la preven-

En todo caso, debe quedar claro que las críticas formuladas por este autor contra la prevención especial como fundamento funcional de la pena y, por ende, del Derecho penal, no tienen como finalidad el «descalificar el proceso de adaptación social, sino sólo la absolutización de esa adaptación» (32). Por tanto, y a pesar de lo que algunos miembros de la doctrina penal parecen creer, también Jakobs reconoce que la prevención especial constituye una estrategia alternativa para la solución del conflicto que desencadena el delito (33).

Lo único que ocurre es que opina que el marco disponible para ello es más bien estrecho, sobre todo porque, si no se quiere incurrir en una especie de adoctrinamiento de los presos más propia de un campo de prisioneros que de un sistema penitenciario moderno, la prevención especial no puede superar los límites de lo que supone liberar a la persona en cuestión de taras *especiales*, lo que rara vez podrá realizarse sin la colaboración del autor (34). En definitiva, de lo que se trata es de evitar caer en un progresismo mal entendido, puesto

ción especial. Acerca de esta cuestión, relacionada con la posibilidad de afirmar la culpabilidad de una persona jurídica, cfr. Beatriz de la GÁNDARA: «El sujeto del Derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: Derecho vigente y consideraciones de *lege ferenda*», en Enrique BACIGALUPO (Dir.): *Curso de Derecho penal económico*, cit., pp. 62 y ss.

(32) Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., p. 33.

(33) De ahí que el modelo funcionalista basado en la idea de la prevención general positiva elaborado por JAKOBS no sea incompatible con la existencia en nuestro ordenamiento jurídico del artículo 25.2 CE, el cual establece que las «penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social». Y es que esta disposición no implica en absoluto que la función social primordial que desempeña el Derecho penal tenga que ser la prevención especial, ya que la única interpretación realista que cabe hacer de la misma es entender que sólo contiene una idea de carácter programático, en el sentido de que debemos procurar fomentar este aspecto funcional de la pena y, en general, del Derecho penal, en la medida de lo que sea posible. Así, por ejemplo, promoviendo respuestas al delito que no se limiten al concepto clásico de pena, sino que ocupen un lugar intermedio entre la pena en sentido estricto y la medida de seguridad, como puede ser la reparación, no en sentido civil, sino como consecuencia jurídica de carácter netamente penal. Acerca de las posibilidades que ofrece la reparación como alternativa a la pena, cfr., entre otros muchos trabajos, Claus ROXIN: «Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke», en SCHÖCH (Ed.): *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München, 1987, pp. 37 y ss.; A. ESER/G. KAISER/K. MADLENER (Eds.): *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Freiburg i.Br., 1990; AAVV: *Proyecto alternativo sobre reparación penal*, traducción del alemán de Beatriz de la GÁNDARA, Buenos Aires, 1998; Beatriz de la GÁNDARA: «La reparación y su regulación en el actual Código Penal», en *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de ICADE*, núm. 42, septiembre-diciembre 1998, pp. 87 y ss.

(34) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., pp. 33-34.

que no es precisamente el Derecho penal el instrumento más idóneo para resolver los conflictos sociales que suelen constituir los factores determinantes del delito.

Finalmente, también hay que tener en cuenta que la pena debe ser un instrumento idóneo para cumplir su finalidad preventiva, de forma tal que si en el caso concreto no lo es, entonces la pena en cuanto reacción frente a la infracción de la norma no es necesaria. En estos supuestos, por tanto, el principio de proporcionalidad opera como criterio que justifica renunciar a la aplicación de una pena, y recurrir a los llamados sustitutivos de la pena. Por consiguiente, es la idea de proporcionalidad, principio que goza de rango constitucional, lo que en realidad permite mantener el postulado de la intervención mínima o subsidiariedad del Derecho penal, y no la teoría del bien jurídico (35).

De todo lo dicho hasta ahora se desprende que el contenido y la función de la pena no se pueden configurar (ni siquiera limitándose a la pena estatal) con independencia de la existencia del orden social *concreto* en el que se pune, ni de la comprensión de su sentido. No obstante, y a modo de resumen, lo que sí es posible es entresacar las notas comunes a toda pena que realmente lo sea. La pena siempre constituye una reacción frente a una infracción de la norma. Mediante la reacción siempre se demuestra que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma. Por consiguiente, una vez más se trata de una problemática normativa: de la atribución o imputación de un suceso socialmente perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación social (36).

Hasta aquí la explicación de cuál es la postura que defiende Jakobs acerca de para qué sirve y, por tanto, qué es el Derecho penal, es decir, de la concepción funcionalista del sistema de la teoría del delito que propugna Jakobs.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO DE JAKOBS

Por lo que se refiere al origen de los fundamentos del sistema de la teoría del delito esbozado por Jakobs, es posible preguntarnos si

(35) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., 1/12 y ss., 2/26 y ss.; y Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ: «La proporcionalidad de la norma penal», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, septiembre-diciembre 1998, pp. 162-163 y 175-176.

(36) Cfr. Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*, cit., 1/2.

éstos proceden de algunas de las propuestas formuladas por su maestro Hans Welzel, o si por el contrario, la teoría del delito desarrollada por Jakobs tiene un carácter más rupturista al adoptar premisas más modernas y bastante menos ortodoxas que las empleadas por Welzel. Como ya señalé al comienzo de este artículo y he procurado poner de manifiesto a lo largo del mismo, yo opino que, con independencia de la natural influencia que haya ejercido en el pensamiento de Jakobs la figura de su maestro, gran parte de las premisas de las que parte para elaborar su sistema de la teoría del delito se hallan claramente contenidas en la teoría sociológica de Luhmann.

Sin embargo, ésta es una cuestión abierta a debate, como ponen de manifiesto las reflexiones acerca de la teoría de la imputación objetiva de Jakobs que formulan Manuel Cancio y Carlos Suárez, los cuales parecen tener gran interés en insinuar que Jakobs, a la hora de construir su sistema de la teoría del delito, se inspira en algunos de los planteamientos dogmático-penales de su maestro Welzel, tales como por ejemplo la idea de la adecuación social (37).

Aunque esta pretensión –como ya he indicado– seguramente contenga cierta parte de verdad, no obstante, me parece evidente examinando lo que dice el propio Jakobs (38), y aún más consultando las fuentes que él cita (39), que la idea directriz de su modelo de la teoría del delito –la idea de la prevención general positiva– está mucho más cercana a las teorías de Luhmann que a las de Welzel, es decir, que a la hora de explicar cuál es la verdadera función del Derecho penal, Jakobs está mucho más «influenciado» por las teorías de Luhmann que por los planteamientos de Welzel.

(37) En este sentido afirman que «(e)s éste uno de los ámbitos en los que JAKOBS ha manifestado en ocasiones la pretensión de enlazar en su dogmática con la obra de su maestro WELZEL, rescatando la vertiente normativa expresada en un primer momento por WELZEL, antes de la subjetivización del finalismo, para la dogmática del tipo mediante la formulación original de (la) teoría de la *adecuación social*». Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción del alemán de Manuel CANCIO MELIÁ y estudio preliminar de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ y Manuel CANCIO MELIÁ, Madrid, 1996, p. 59, nota 110. En sentido análogo, cfr. Winfried HASSEMER/Francisco MUÑOZ CONDE: *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, 1989, p. 100, si bien este último autor señala que JAKOBS considera «su posición más próxima a la teoría sistémica...».

(38) Vid. *Infra*.

(39) Cfr. la bibliografía citada en Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., Libro 1, Capítulo 1, Sección 1, donde cita a N. LUHMANN: *Rechtssoziologie Vol. I y II*, 1972, sin mencionar para nada a WELZEL; y Libro 2, Título 1, Capítulo 1, Sección 6, donde también cita a N. LUHMANN: *Soziologische Aufklärung Vol. III*, 1981, aunque aquí sí cita a WELZEL. Cfr. también la bibliografía citada en Günther JAKOBS: *Strafrecht AT*,

Corroborando lo que acabo de afirmar, los autores en cuestión admiten que «Jakobs parte de la idea rectora de concebir el injusto como expresión de sentido incompatible con la norma; el lado objetivo del injusto significa la constatación de una “perturbación social”, o sea, una expresión de sentido que ha de entenderse en sentido general, en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la vigencia de la norma en cuestión» (40). Como expondré a continuación, todo esto recuerda mucho más a Luhmann que a la teoría de la adecuación social de Welzel, con independencia de que ambos planteamientos no sean incompatibles, ya que está claro que la terminología «expresión de sentido» no es privativa de Luhmann. Por lo tanto, lo que pretendo demostrar es que, aunque puedan «apreciarse similitudes en la línea fundamental de Welzel con la teoría desarrollada por Jakobs» (41), pueden apreciarse bastantes más en las líneas fundamentales esbozadas por Luhmann en su teoría de los sistemas sociales.

A continuación procederé a exponer cuáles son los argumentos que esgrimo a favor de lo que acabo de afirmar. En primer lugar, Cancio y Suárez afirman, creo que de forma certera, que Jakobs parte del «presupuesto de que al injusto le es esencialmente necesaria una medida objetiva, pues las normas se configuran como estándares de comportamiento, de manera que los miembros de la comunidad puedan orientarse recíprocamente por ellas... De ahí que lo objetivo aquí signifique, en la afortunada expresión de Mir Puig, “intersubjetivo”. Debiera por tanto rehuirse de la pretensión de construir la objetividad, en el ámbito penal, partiendo de perspectivas ontológicas, desconocedoras de la fenomenología espacio-temporal concreta, y que no atiendan a la perspectiva del observador con los conocimientos de los que dispone» (42).

Sin embargo, está claro que Welzel parte de perspectivas ontológicas, puesto que es considerado, con razón, como el «padre» del sistema finalista de la teoría del delito, y este sistema parte de premisas de carácter ontológico (43). Precisamente, es Luhmann –aunque no

cit., 1/5 y ss., 1/11, 6/43 y ss, donde aparecen abundantes referencias a las obras de Niklas LUHMANN.

(40) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 59-60.

(41) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 60, nota 110.

(42) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 66.

(43) En este sentido, cfr. Enrique BACIGALUPO: *Principios de Derecho penal, Parte General*, 4.ª ed., Madrid, 1997, p. 134.

sólo él, por supuesto— el que se enfrenta a la perspectiva ontológica clásica que busca paralelismos entre concepto y realidad, rechazando pues las formas tradicionales del pensamiento occidental, en tanto se encuentran basadas en una ontología de la unidad (44).

Frente al pensamiento ontologicista, Luhmann se erige como un defensor del funcionalismo —si bien critica la tradición funcionalista clásica y, en especial, la versión que Parsons ha transmitido del funcionalismo, apostando por lo que él denomina *estructuralismo funcional*— puesto que es el análisis funcional el que permite invertir los presupuestos de la ontología clásica propia del «viejo pensamiento europeo» (45), al disolver el concepto clásico de sustancia en funciones, haciendo posible de este modo la comparación (46).

En segundo lugar, en su estudio de la concepción de Jakobs de la imputación objetiva, Suárez y Cancio también afirman que «en realidad, la cuestión estriba en definir cuál es el sujeto “cuyo comportamiento ha de pasar el filtro de la imputación objetiva antes de que se subjetivice la imputación”; sólo si el sujeto se define de modo normativo, a través del rol social que desempeña, podrá sostenerse que éste es destinatario de expectativas generales, y que por tanto realiza comportamientos que se interpretan de modo objetivo-general. En todo caso, el

(44) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 84-85.

(45) *Casualmente*, la obra que SUÁREZ y CANCIO citan en Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 61, nota 113, como intervención en la que JAKOBS afianza la evolución de sus posturas, se titula *Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und «alteuropäischem» Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des «alteuropäischen» Strafrechts?* (título que podría traducirse como *El Derecho penal entre el funcionalismo y el «viejo pensamiento de principios europeo»*). O: *¿Despedida del «viejo Derecho penal europeo»?*, lo cual admito que no suena muy bien en español, pero lo que busco aquí no es la perfección estilística, sino una traducción literal, para que nadie me acuse de manipular las palabras empleadas por JAKOBS según mi conveniencia), lo cual es un título demasiado parecido a la terminología que emplea LUHMANN para expresar su vehemente rechazo a la tradición intelectual que procede de la Ilustración como para creer que se trata de una mera coincidencia, sobre todo teniendo en cuenta que en la vida casi nada es casual.

(46) En este sentido, cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 100-105 y 89-90, con abundantes referencias bibliográficas del propio LUHMANN. También es preciso subrayar que el uso de la teoría de sistemas no supone compromiso alguno con la ontología heredada del «viejo pensamiento europeo» que LUHMANN rechaza, puesto que él concibe la teoría de sistemas como un instrumento de observación, nunca como una teoría de los objetos en el sentido de la ontología clásica. Por lo tanto, LUHMANN lo que emplea como instrumento conceptual es una versión particular de la teoría de sistemas que él denomina «teoría de sistemas estructuralista funcional», la cual se origina por la unión de la teoría clásica de sistemas con el estructuralismo funcional propugnado por este autor. Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 141 y ss.

planteamiento en términos de “objetivo” y “subjetivo” es, al menos, incompleto desde la perspectiva de la concepción de Jakobs, si se considera que para este autor la imputación objetiva consiste en la *interpretación*, en cuanto acto de comunicación, de un comportamiento» (47).

Pues bien, si aceptamos, como yo lo hago, que la descripción que hacen estos autores de la concepción de Jakobs es correcta, resulta muy difícil negar –por mucho que el propio Jakobs haya afirmado que «Welzel realizó los “trabajos preparatorios” para la moderna teoría de la imputación objetiva con la idea de la adecuación social» (48)– que toda esta concepción con lo que enlaza directamente es más bien con la idea de sustituir el concepto tradicional de acción social por el concepto de comunicación enraizado en el principio o teorema de la doble contingencia (49), como componente esencial de los sistemas sociales, que es justamente lo que propugna Luhmann (50).

Es decir, que en la obra de Luhmann la teoría de la acción queda integrada en una teoría de la comunicación, al considerar que toda acción verdadera es, en realidad, una comunicación, si bien sólo la acción estructurada según el teorema de la doble contingencia puede ser considerada como comunicación, o sea, como verdadera acción. Por ello, los fines e intereses del planteamiento clásico de la acción son sustituidos por *expectativas*, ya que la estructura de la sociedad como sistema se compone de expectativas generalizadas de conducta (51).

Así, la teoría de la comunicación constituye un elemento central en la obra de Luhmann, hasta tal punto que el rasgo esencial de su teoría de la sociedad no puede entenderse sin advertir que la sociedad es el sistema de todas las comunicaciones posibles (52), y que es la

(47) Cfr. Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 67.

(48) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 59, nota 110, con referencias bibliográficas.

(49) Principio o teorema de la doble contingencia que ya recibió una formulación explícita en la obra de Talcott PARSONS. De ella parte LUHMANN, si bien no acepta la solución propuesta por PARSONS, ya que no admite la existencia de una referencia que, como es el caso del «sistema simbólicamente compartido», anule la apertura inaugurada por el teorema de la doble contingencia, sino que insiste en mantener la contingencia radicalmente abierta. Cfr. acerca de todo ello, Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 240 y ss.

(50) Cfr. Niklas LUHMANN: *Soziale Systeme*, cit., pp. 152 y ss.

(51) En este sentido, cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 81-82, 155, 220, y 243-244.

(52) Si bien hay que tener presente que LUHMANN no se refiere a cualquier tipo de comunicación, ya que lo que afirma es que la sociedad se compone de comunicaciones *significativas*, o sea, de comunicaciones *con sentido*. Cfr. Niklas LUHMANN: *Ökologische Kommunikation*, cit., p. 63.

comunicación lo que diferencia a los sistemas sociales de otro tipo de sistemas: *la comunicación –y su atribución como acciones–* es el modo propio de operación por el que los sistemas sociales son lo que son (53).

Por último, Suárez y Cancio no dudan en afirmar que: «Igual que el reproche individual de culpabilidad se halla teñido de socialidad en la concepción de Jakobs, con más fuerza aún este sector del injusto –el lado objetivo del hecho–, concebido como expresión objetiva de un quebrantamiento de la norma penal, es decir, como perturbación social, viene determinado por la interacción social, concretamente, por la *función* que para Jakobs todo el sistema de la imputación penal ha de cumplir en sociedad: la de posibilitar la orientación en el mundo social garantizando las expectativas de comportamientos esenciales» (54).

Y el que Jakobs opine así de lo que surge claramente es de la consideración de la función que debe desempeñar el Derecho penal en cuanto subsistema y manifestación de la diferenciación funcional que opera en su seno la propia sociedad como modo de reducción de complejidad (55). En este mismo sentido, y como ya quedó indicado anteriormente, Luhmann considera que el Derecho, en su conjunto, es un subsistema que la sociedad diferencia para ordenar un ámbito específico de comunicaciones, y que la particularidad propia del Derecho como sistema social es su aspecto normativo, puesto que el Derecho delimita un ámbito en el que se tratan las expectativas normativas de conducta y su generalización (56).

Por otra parte, es Luhmann quien aborda el problema central de la legitimación de las normas jurídicas partiendo de las ideas de procedimiento y, en menor medida, de «institucionalización», las cuales constituyen mecanismos que contribuyen a construir esta legitimidad de un modo interno, puesto que la legitimación es una construcción interna del propio Derecho. Y la «institucionalización supone siempre la generalización de expectativas que llevan al establecimiento de consenso, de modo que puede ser reducida la complejidad de la acción social» (57).

(53) Cfr. en este sentido, Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 203 y el propio Niklas LUHMANN: *Soziale Systeme*, cit., pp. 240-241.

(54) Cfr. Günther Jakobs: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 81-82.

(55) Vid. *supra* II.A.

(56) Cfr. en este sentido, Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 293.

(57) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 295-296.

De todas formas, y por si aún queda alguna duda acerca de la profundidad de la ruptura respecto de las posturas mantenidas por su maestro, Welzel, que protagoniza Jakobs al diseñar su sistema de la teoría del delito, creo que resulta muy elocuente lo que dice este autor acerca de su propia obra. Así, en el Prólogo a la primera edición de su Tratado, Jakobs (58) reconoce que: «La obra comienza aludiendo a Welzel, es decir, a su teoría de que el Derecho penal ha de proteger “valores ético-sociales positivos de acción”... ».

No obstante, y a continuación, Jakobs afirma sin ambages que: «*Aquí se apartan los caminos*. La dogmática penal ontologicista se quiebra, y ello más *radicalmente* de lo que nunca se ha constatado conscientemente. No sólo los conceptos de culpabilidad y acción..., a los que la dogmática penal siempre ha atribuido de forma expresa una esencia o... una estructura (lógica-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos de los que no cabe decir absolutamente nada sin tener en cuenta la función del Derecho penal, sino que incluso el *concepto de sujeto* de la imputación penal se manifiesta como un *concepto funcional*».

Constatado esto, sólo cabe preguntarnos si quizás Jakobs ha cambiado de opinión desde la fecha en que se publicó la primera edición de su Tratado, de forma tal que últimamente su obra haya experimentado un giro en la dirección de pretender enlazar de alguna forma con las teorías de su maestro Welzel. Sin embargo, todos los indicios apuntan a que, lejos de ello, con el paso del tiempo Jakobs no hace sino reafirmarse en el camino que ha emprendido de forma cada vez más decidida. En este sentido, Jakobs aprovecha el Prólogo a la segunda edición de su Tratado para manifestar, de forma casi lapidaria, que «(s)e ha proseguido, sin modificarlo, el programa de la primera edición: El mundo conceptual jurídico-penal ha de organizarse con arreglo a la función social del Derecho penal y no conforme a datos previos naturales o de cualquier otra clase ajenos a la sociedad» (59).

Por lo tanto, afirmar que cuando Jakobs mantiene que «el concepto de bien jurídico no es suficiente... para describir el sistema del Derecho penal vigente en la actualidad, que en su opinión tiene también un fuerte componente institucional, en el sentido de que protege las condiciones de interacción, las normas sociales básicas mismas», lo que pretende es enlazar «con su maestro Welzel, concretamente,

(58) *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, 1983, p. V. La cursiva es mía.

(59) Cfr. Günther JAKOBS: *Derecho penal*, cit., p. VII.

con la conocida reformulación “funcional” del bien jurídico» (60), resulta más que discutible, porque en realidad todo esto lo que denota es una clarísima influencia de Luhmann.

El pretender «quitarle hierro al asunto», es decir, encubrir la radicalidad que encierra la propuesta dogmático-penal de Jakobs insinuando que no es más que una prolongación de las posturas mantenidas por Welzel –penalista considerado hoy un clásico y, en cuanto tal, poco polémico, puesto que sus posturas o planteamientos básicos ya son aceptados en todo o en parte por la doctrina penal dominante en España– me parece que, en el fondo, es hacerle un flaco servicio a Jakobs, ya que no veo cuál es la ventaja de intentar que sus propuestas sean aceptadas disfrazándolas de algo menos nuevo, menos radical, pero por ello mismo menos estimulante y menos sugere de lo que realmente son.

En consecuencia, considero que lo más honesto, y también práctico, es exponer con claridad que, aun reconociendo su calidad de discípulo de Welzel, Jakobs va mucho más lejos que su maestro y enlaza con el enfoque sociológico propuesto por Luhmann, el cual no por controvertido desmerece en absoluto como intelectual comparado con Welzel, y además tiene la ventaja de escribir acerca de la sociedad actual y no partiendo de premisas que cada vez hallan más dificultades para describir el mundo en el que nosotros vivimos.

A propósito de todo ello, también me gustaría aprovechar la ocasión para señalar que el beber en las fuentes del pensamiento hegeliano no es privilegio privativo ni de Welzel ni de Jakobs, sino que por el contrario es una fuente en la que han bebido, de una u otra forma, gran parte de los pensadores del siglo xx, entre los cuales también se encuentra el propio Luhmann. Por lo tanto, el que Jakobs invoque a Hegel tampoco puede constituir un dato que sirva para demostrar que existe un enlace directo entre su pensamiento y el de Welzel (61), puesto que también puede ser utilizado para destacar las similitudes entre el pensamiento de Jakobs y Luhmann.

A tal efecto, debe tenerse presente, no ya que Niklas Luhmann recibió el Premio Hegel en 1988, lo cual demuestra en todo caso su valía como intelectual, pero no necesariamente que exista alguna coincidencia entre su pensamiento y el de Hegel, sino el método seguido por Luhmann al elaborar su obra y algunas de las ideas direc-

(60) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., pp. 83-84.

(61) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 78, nota 159.

trices que maneja en ella, método e ideas directrices que también son empleados por Jakobs.

Por lo que se refiere al método de trabajo, Luhmann parece haberse impuesto a sí mismo el dictado de Hegel de seguir el «esfuerzo del concepto», o sea, el duro camino de la abstracción, ya que este autor entendía que «la verdadera abstracción es la única que permite entender y transformar lo que se considera concreto, aunque para ello, deba vivirse –como quería Hegel– un verdadero “Viernes Santo” especulativo» (62). En lo relativo a lo segundo, una de las ideas directrices de la teoría de los sistemas sociales de Luhmann es el principio o teorema de la doble contingencia, teorema que como ya he señalado toma de Parsons aunque no acepte su versión del mismo, y que ya puede descubrirse, si bien desde otra perspectiva, en algunas deducciones hegelianas, como es la dialéctica del señor y del siervo en la *Fenomenología del Espíritu* (63).

Por lo demás, creo que la obra de Carlos Suárez y Manuel Cancio explica de forma muy atinada y comprensible las líneas maestras, no sólo de la imputación objetiva, sino de toda la concepción de la teoría del delito de Jakobs. Y en lo que sí estoy totalmente de acuerdo con ellos es en que la obra de Jakobs «pone de manifiesto la coherencia interna del sistema dogmático –que, desde luego, bien merece esta denominación– desarrollado por su autor» (64).

(62) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., pp. 313-314.

(63) Cfr. Ignacio IZUZQUIZA: *La sociedad sin hombres*, cit., p. 244, nota 52.

(64) Cfr. Günther JAKOBS: *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 88

La comisión por omisión como problema dogmático

MARÍA ÁNGELES CUADRADO RUIZ

Profesora Dra. del Departamento de Derecho penal
y procesal de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Introducción.–II. Omisión, comisión y comisión por omisión. A) Paralelismo con los delitos de comisión. B) La comisión por omisión como omisión. C) Autonomía de la comisión por omisión.–III. El delito de comisión por omisión como ley penal en blanco «sui generis».–IV. Ley penal en blanco, comisión por omisión y error penal.–V. El tipo legal del delito de comisión por omisión: la exigencia de posición de garante y el contenido de la equivalencia entre acción y omisión. A. Argumentos doctrinales anteriores al Código penal de 1995. B. Argumentos jurisprudenciales.–VI. Evolución histórica.–VII. El parágrafo 13 del Código penal alemán.–VIII. La situación en el Código penal vigente: el artículo 11.–IX. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. La fundamentación y los límites de los delitos de comisión por omisión han estado tanto antes como ahora poco claros. A principios del siglo XX y, sobre todo, durante los años veinte y treinta surge un verdadero interés por el tema. Es entonces cuando, fundamentalmente en Alemania, comienzan a tratarse de forma monográfica estos delitos (1) que representan la figura más problemática de los delitos

(1) Así ALDOSSER, C., *Inwifeme können durch Unterlassungen strafbare Handlungen begangen werden?*, 1882; LANDSBERG, *Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht*, 1890; MERKEL, P., *Begehung durch Unterlassung*, 1895;

de omisión (2) y, que se han convertido, sin embargo, en una forma general de imputación (3).

2. La comisión por omisión aparece como un tipo de omisión penal derivada de la existencia de una base funcional específica y, por tanto, realizables sólo por un determinado grupo de sujetos. Además, son omisiones graves puesto que han de mostrar su *equivalencia* con los hechos comisivos, lo que permite que el resultado no evitado se impute a la no realización de la acción indicada. Uno de los principales problemas de estos delitos se deriva, precisamente, de que la identidad con el comportamiento activo no aparece descrita en los tipos penales expresamente, sino que tal equivalencia ha de establecerse en el marco de normas prohibitivas de descripción positiva, que se refieren, a primera vista, sólo a comportamientos activos (4).

3. En los últimos años el problema ha sido revisado por las recientes aportaciones de la doctrina y jurisprudencia alemanas, que proporcionan elementos nuevos. En concreto me refiero al normativismo de Jakobs (5) y Frisch (6), desarrollado ampliamente por

TRAEBER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht*, 1913 (Festgabe für Enneccerus); v. HIPPEL, *Unterlassungsdelikte und Strafrechtskommission*, en ZStW 36 (1915), pp. 501 ss.; SCHWARZ, W., *Die Kausalität bei den Sog. Begehungsdelikten durch Unterlassung*, 1929; SAUER, W., *Kausalität und Rechtswidrigkeit del Unterlassung*, (Festgabe für v. Frank), 1930; KANTOROWICZ, M., *Unechtes Unterlassungs- und unbewusstes Fahrlässigkeitsdelikt*, 1931; MAYER, U., *Die besonderen Tatbestandsmerkmale der unechten Unterlassungsdelikte*, 1934; SCHAFFESTEIN, F., *Die unechten Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts*, en Festschrift für Gleispach, 1936; NAGLER, J., *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, en GerS 111 (1938).

(2) SCHÜNEMANN, B., *Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen*, en ZStW 96 (1984), p. 299; FREUND, G., *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, Carl Heymanns Verlag KG Köln, Berlin, Bonn, München, 1992, p. 1.

(3) En la doctrina española, coincidente en esto con la alemana, son tratados ya de forma general en los manuales de Parte General. Así MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed., pp. 256 ss.; 3.^a ed., Valencia, 1998, pp. 272 ss.; MIR PUIG, *DP PG*, 4.^a ed., pp. 305 ss.; QUINTERO OLIVARES y otros, *DP PG*, Barcelona, 1996, pp. 307 ss.; QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Aranzadi, 1996, pp. 85 ss.; Luzón Cuesta, J. M.^a *DP PG*, 1996, pp. 205 ss.; VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al Código penal de 1995, I*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp. 83 ss.; COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *DP PG*, 4.^a ed. 1996, pp. 353 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J. *DP PG*, 1989, pp. 242-243. En Italia cfr. FIANDACA/MUSCO, *DP PG*, 1989, p. 428, no así en Francia, en donde los delitos de comisión por omisión apenas si son tratados, utilizándose, en muchos casos, la fórmula de la omisión del deber de socorro.

(4) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Ed. Bosch, 1986, p. 349.

(5) JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 2.^a ed. 1991, pp. 34 ss., 164 ss. 188.

(6) Vid. FRISCH, W., *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.

Freund (7) –discípulo de Frisch– para los delitos de omisión y por el pragmatismo de la jurisprudencia, que culmina en la sentencia alemana (8) de los pulverizadores para artículos de piel, en cierto modo paralela al caso español del aceite de colza (9).

II. OMISIÓN, COMISIÓN Y COMISIÓN POR OMISIÓN

1. El Derecho penal no puede cumplir la tarea propia de proteger los bienes jurídicos estableciendo sólo normas prohibitivas (10) –se comete el delito al hacer lo que está prohibido– (11), sino que también comprende, aunque en menor medida, normas imperativas (12) que ordenan acciones, estableciendo un sentido dinámico y de cambio, cuya omisión puede producir resultados socialmente nocivos (13) para tales bienes jurídicos.

2. La infracción de la norma prohibitiva da lugar a los delitos de comisión, mientras que la infracción de la norma imperativa o de mandato constituye una omisión. La norma prohibitiva se obedece mediante la omisión de la acción prohibida y la norma preceptiva o de mandato mediante la ejecución de la acción prescrita (14). Sin embargo, la distinción entre hacer y omitir no resulta siempre fácil, muchas veces dependerá de la formulación que se haya utilizado, por lo que hay que tener siempre en cuenta la descripción del tipo penal (15). Y en definitiva, se podría decir que la mencionada distin-

(7) FREUND, G., *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992.

(8) BGH de 6.7.1990, BGHSt 37, 106. Vid. traducción de la misma en Cuadrado Ruiz, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998, pp. 28-31.

(9) STS de 23.4.1992 (A. 6783)

(10) TORIO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, en ADPCP, 1984, p. 694.

(11) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos impropios de omisión*, 1970, pp. 19 ss.; *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1982, comentario al parágrafo 2 del ÖStGB austríaco, p. 27.

(12) Aunque como recoge RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en *La omisión de socorro en el Código penal*, p. 5, algún sector doctrinal estima que el preceptuar una acción equivale a prohibir toda acción inconciliable con la actividad preceptuada y, en consecuencia, toda norma preceptiva sería al mismo tiempo una prohibición, ambas situaciones no tienen por qué coincidir.

(13) MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del Delito*. 2.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 40; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 251 ss.; 3.ª ed., pp. 265 ss. SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 323; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos impropios de omisión*, 1970, pp. 19 ss.

(14) JAKOBS, G., *DP PG*, 28/3.

(15) MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 250 ss.; 3.ª ed., p. 266.

ción coincide con la diferenciación tan extendida entre causalidad (acción) y la no causalidad (omisión) del comportamiento (16).

3. Sin embargo, determinados resultados prohibidos, pueden darse en determinadas ocasiones tanto por una acción como por una omisión. Entonces, actuar y omitir equivalen expresamente. Tal equiparación puede mencionarla específicamente la Parte Especial mediante una conducta alternativa o determinarse mediante la transformación que complementa un supuesto de la Parte General, conforme al cual, los delitos comisivos pueden completarse con una variante omisiva cuando al tipo del delito pertenece un resultado (17). Esta es la función que viene a cumplir el artículo 11 del Código penal, al que aludiremos después.

4. En el delito de comisión por omisión, el resultado que acontece viene descrito en una norma prohibitiva, en la que no se menciona expresamente el comportamiento omisivo (18). La ley sólo regula el resultado del delito de comisión por lo que se hace necesario completar previamente el tipo con ayuda de una cláusula o principio general. La fundamentación del delito de comisión por omisión como un mandato que impone actuar la tiene que realizar, además de la Ley, en parte, la dogmática en cada supuesto concreto para determinar cuando tal resultado típico *se entenderá cometido por omisión*. El mandato omitido tendrá que complementarse, pues la omisión de una acción sólo es típica cuando tal acción viene descrita en la norma prohibitiva (19). El sujeto habrá de llevar a cabo imperativamente una acción positiva, destinada a neutralizar el peligro y, por consiguiente, a evitar la lesión de los bienes jurídicos (20). La omisión que integra la comisión por omisión, en sí misma no existe, si no es teniendo como referencia una acción determinada que no se realizó (21).

5. Se entiende, por tanto, por omisión la no realización de una acción (22) cuando existe la posibilidad concreta de reali-

(16) ROXIN, C., *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, en ZStW, 74, pp. 415 ss.; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 1992, marg. 7, parág. 13; JAKOBS, G., *DP PG*, 28/3.

(17) JAKOBS, G., *DP PG*, 29/2.

(18) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 251 ss.; 3.ª ed., p. 270.

(19) JAKOBS, G., *DP PG*, 29/3.

(20) TORIO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, en ADPCP, 1984, pp. 694, 695.

(21) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 256 ss.; 3.ª ed., p. 266.

(22) La no realización de acciones no sólo tiene relevancia dentro del campo del Derecho penal, sino que esa realización constituye también una referencia imprescindible para determinar el contenido de conductas valiosas y neutras al valor, en este

zarla (23). Quien deja que las cosas sigan su curso y no usa la posibilidad de una intervención, «omite» algo. Pero omitir no significa «no hacer nada» pasivamente, sino no realizar determinada actividad jurídicamente exigida (24), o realizar una conducta distinta a la esperada o prevista (25). De esta manera, el sujeto activo garantiza el dominio del proceso causal peligroso para el bien jurídico, para la vida, la salud, etc., de las personas. Tal sujeto está predispuesto a controlar la situación material que conllevaría la producción del resultado. Por ello, la consideración de la acción esperada como medio de disminución del peligro y evitación de la lesión al bien jurídico pone claramente de manifiesto la perspectiva teleológica de la comisión por omisión: la protección de bienes jurídicos (26). Precisamente, los nuevos ámbitos de criminalización del Derecho penal moderno (responsabilidad penal por el producto, delitos ecológicos y económicos) se caracterizan porque la amenaza penal tiende a reforzar el cumplimiento de normas (a veces administrativas, civiles, mercantiles, internacionales...) que imponen obligaciones de omitir y deberes de hacer (27), que si se incumplen pueden ocasionar responsabilidad en comisión por omisión. De lo que se trata es, pues, de establecer los límites de la comisión por omisión frente a los delitos comisivos, por un lado y frente a la omisión pura, por otro.

A) Paralelismo con los delitos de comisión

1. El primer problema que surgió al plantearse la posibilidad de la comisión por omisión de forma paralela al delito de comisión fue el

sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, ADPCP, 1987, p. 606.

(23) KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, pp. 27 y ss; WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, p. 277, sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida.

(24) WESSELS, J., *Derecho penal. Parte general. Parte cuarta: los delitos de omisión*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 209 y 213; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Sobre los conceptos de omisión...* p. 583; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en *La omisión de socorro...* p. 5, entiende la omisión como un «no hacer el acto ordenado».

(25) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed., pp. 251 ss.; 3.^a ed., p. 267; MIR PUIG, S., *DP PG*, 4.^a ed., pp. 305 ss.

(26) TORIO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, en ADPCP, 1984, pp. 694, 695.

(27) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal*. Ed. Akal/Iure. Madrid, 1991, p. 200; el mismo, *Delitos impropios de omisión*, 1970, pp. 40 ss.

de la relación de causalidad en los primeros. La ciencia del Derecho penal, en su afán por encontrar el *quid* causal del resultado típico, pretendió construir el delito de comisión por omisión de forma semejante al delito de comisión (28).

2. Las teorías causales tradicionales (29), sólo con enormes inconvenientes podían ser trasladadas a este terreno. Ante tal fracaso se trató de aportar soluciones más convincentes: sustituyendo la experiencia de la causalidad objetiva por una mera causalidad hipotética, bastando entonces, para los delitos de comisión por omisión, la afirmación de que si el autor se hubiera comportado debidamente, habría tenido la posibilidad fáctica de evitar el resultado (30). Sin embargo, pensar en que el resultado hubiera o no acaecido dependiendo de que se hubiese o no intervenido es entrar en un ámbito de inseguridades y abstracciones inapropiadas para calificar o no de «jurídicamente correcto» un comportamiento. Ante estas situaciones se optaba por resolver el problema causal por *analogía*: como los supuestos de comisión por omisión eran tipos no escritos, ajenos al tipo legal que sólo expresaría el injusto de la comisión activa, la infracción del mandato de evitación del resultado típico por el sujeto garante tampoco aparecía en el tipo escrito, concurriendo una simple equivalencia en cuanto al merecimiento de pena con las conductas activas. Pero esta solución entrañaba el inconveniente de emplear la *analogía in malam partem* (31). Por todo ello, ya Von Liszt, indicó que la causalidad, la «capacidad causal» de la omisión, no tenía que ser la cuestión fundamental de la misma y había que independizarla de ésta (32).

3. Todo ello ha supuesto una pérdida progresiva de significado del momento causal, dándose entrada a elementos normativos y valorativos, para desembocar en el concepto actual de comisión por omisión. Estos criterios han de desenvolverse dentro del marco legislativo, es decir, dentro de la descripción del tipo delictivo. La crisis de la causalidad no es, desde luego, exclusiva del ámbito de la comisión por omisión. La vieja idea de que causación equivale a

(28) TORÍO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, en ADPCP, 1984, p. 694; Cfr. JESCHECK, H. H., *Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht*, en ZStW 77(1965), p. 114.

(29) Vid. ampliamente MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.^a ed., pp. 227-250.

(30) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed., pp. 258 ss.; 3.^a ed., pp. 273 ss.

(31) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, p. 2

(32) Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., *DP PG*, 2.^a Ed., reed., pp. 360-361.

tipicidad experimenta en la doctrina actual importantes limitaciones: se habla, por el contrario, de un empobrecimiento del plano fáctico (descriptivo) y de una intensificación del plano valorativo (normativo) del delito. La moderna Filosofía de la Ciencia ve en la causalidad, no ya tanto una producción lineal, efectiva, de resultados, como una correlación probabilística. Esta crisis de la causalidad, visible en la tradicional fórmula de la *conditio sine qua non*, permite a la vez observar que la fundamentación de la responsabilidad penal, no sólo en el delito de comisión por omisión, sino también en el de acción, es menos causal que valorativa, por eso, el concepto de imputación objetiva se ha convertido hoy en el núcleo de la tipicidad (33).

4. Lo que nos cuestionamos, por tanto, es si la omisión del que esta obligado a evitar el resultado se corresponde, valorativamente, a la realización del tipo legal mediante una acción activa. Parece indiscutible que ninguna omisión puede llegar a infringir el contenido de una norma prohibitiva (34). Lo que la omisión infringe es una norma, que independientemente de su concreta formulación, expresa un «contenido prescriptivo de mandato» (35).

5. Otro problema importante es si existe un concepto común a las acciones y omisiones (36).

Radbruch (37) ya en 1904, negó la posibilidad de equiparar la acción (basada en las nociones de voluntad, causalidad y hecho) y la omisión (basada en la negación de esos elementos): un concepto A y su contrario no A no pueden caer bajo un concepto superior. Pero esta objeción tiene sólo sentido en un sistema causalista (al que pertenecía dicho autor), que identifique la acción con la actividad, pues desde este punto de vista, es evidente que actividad (acción) y pasividad (no actividad y por tanto no acción) son opuestas.

Sin embargo, para el finalismo es posible la unidad de los conceptos de actividad y pasividad en la voluntad final perseguida por el

(33) TORÍO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, pp. 696-697.

(34) SCHÖNE, W., *Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión*, en CPC, 1, 1977, p. 63: «el derecho sólo puede exigir la acción tendente a evitar el resultado, pero no la evitación misma».

(35) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 321.

(36) Vid. ampliamente HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, pp. 282; ss.; la misma, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 31 ss.

(37) RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, reimp. 1967, pp. 132 ss., 140 ss.

sujeto. Armin Kaufmann (38) es quien más ha profundizado en el estudio de la omisión en el campo finalista. Bajo el concepto de comportamiento engloba este autor tanto la omisión como la acción comprendidas en la capacidad de dirección finalista de la voluntad. En los delitos comisivos tal capacidad se habría desarrollado (acción delictiva) mientras que en los delitos omisivos, la capacidad de acción no desarrollada, teniendo el autor tal obligación para evitar el resultado, fundamentaría junto al deber de garantía, la imputación del resultado no evitado. En ambos casos se trataría de una acción final. Tal concepto es válido para los comportamientos dolosos. Sin embargo, Kaufmann incurre en el error de no considerar que la finalidad no es la única forma de proceder, por lo que es difícil en este planteamiento reconducir a un sólo concepto la actividad y la omisión dolosa y culpable.

Ahora bien, sin salir del finalismo puede admitirse sin inconveniente que el concepto de conducta humana, fundada en la voluntad final es también unitario desde el punto de vista de la intención y de la imprudencia. Es lo que pretendió Welzel al incluir en el concepto superior de la finalidad el dolo y la imprudencia, haciendo de este concepto el centro del elemento subjetivo de la acción. Y así, dolo e imprudencia son las dos subespecies de la voluntad humana por las que el sujeto va a responder penalmente, ya sea por acción o por omisión, de su influjo en el mundo circundante.

Para autores como Kaufmann (39), sin embargo, habría que abandonar el plano dogmático y tener en cuenta consideraciones axiológicas y valorativas para englobar bajo un concepto la prohibición de lesionar el bien jurídico y el mandato de protegerlo. Su construcción parte de un tipo de comisión que castigue la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, pero en el tipo de comisión por omisión ha de existir un mandato jurídico de evitación del resultado cuyo contenido sea, precisamente, la evitación de ese resultado, y cuya vulneración equivalga, al menos, aproximadamente al delito de comisión (40).

Los intentos de Maurach (41) también se encaminaron a construir un concepto unitario de conducta humana «regida por la voluntad

(38) KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 260, 272; el mismo, *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, en *JUS*, 1961, pp. 174-176

(39) KAUFMANN, A., *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, en *JUS*, 1961, pp. 174-176; el mismo, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 260, 272.

(40) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, pp. 362-363.

(41) MAURACH, R., *DP PD*, pp. 182 ss.

orientada a un determinado resultado», y que abarcaría tanto el hacer corporal como el no hacer tanto en los hechos dolosos como en los imprudentes.

Hacia los años setenta y comienzos de los ochenta, las tesis de Herzberg y Jakobs llegan a la plena asimilación de comisión activa y comisión por omisión.

El punto de partida de la tesis de Herzberg (42) es sorprendente: considera como prototipo del hecho delictivo el delito de omisión, y a partir de ahí se esfuerza en probar la presencia de los elementos del delito de omisión en el delito de acción (la no evitación de un resultado, la existencia de una posición de garante). Trata de buscar un supraconcepto que sea el común denominador de la acción y la omisión. Pretende, así, resolver el problema de la equiparación acción/omisión en cuanto a la punibilidad, es decir, la fundamentación de una sanción penal en los casos de delitos puros de resultado por la equivalencia con un delito activo. El concepto de Herzberg es un concepto normativo, jurídico penal, construido a partir de la ley y se apoya en la *existencia indiscutida* de los delitos de comisión por omisión. Se trata de probar la afirmación de que meras omisiones de sujetos con deberes de garantes pueden ser, sin más, subsumidas en los delitos puros de resultado. Las críticas a la teoría de Herzberg provienen, precisamente, de la traslación que hace de la dogmática de la omisión a los delitos activos, pues, en efecto, la dogmática de la omisión se ha desarrollado a la sombra de los delitos de comisión, y sólo a partir de ellos recibe su fundamentación (43).

En un intento por funcionalizar (44) y dotar de contenido normativo los conceptos jurídico-penales, Jakobs relativizó en un primer

(42) HERZBERG, R. D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, pp. 172 ss.

(43) BRAMMSEN, J., *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten*, Berlin, 1986, p. 108; FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, p. 148.

(44) La novedad de la corriente dogmática denominada «funcionalista o «teleológica» se halla en la voluntad de racionalizar los aspectos teleológicos y axiológicos en la construcción del sistema. Se trata de conformar un sistema abierto, analizando además cuáles son los valores de referencia de cada categoría, qué finalidades inciden en la atribución de contenido a cada concepto, qué valores resuelven las colisiones de fines, etc. Todo ello con la pretensión de una posible modificación del contenido real de cada categoría, en función de cambios valorativos o de variaciones en la relación existente entre los fines del Derecho penal y del sistema de la teoría del delito. Cabe distinguir, al menos, dos corrientes funcionalistas: una moderada representada por ROXIN (*Kriminalpolitik und Strafrecht*, 1.ª ed., 1970, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1972, Trad. de MUÑOZ CONDE) en la que para la aplicación del Derecho penal en la sociedad actual se con-

momento la contraposición entre los delitos de comisión y los delitos de omisión, aunque posteriormente ha defendido una diferenciación descriptiva entre la acción y la omisión para crear finalmente un concepto de acción funcional integrando la acción en el sentido tradicional con la omisión, formulando una teoría unitaria de la posición de garante tanto para los delitos de comisión como para los delitos de omisión: «no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión debe ser garante si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión» (45). Jakobs entiende que la comisión por omisión y la comisión son iguales «normativamente», si bien son distintas ontológicamente. Tal concepto coincidiría con el concepto negativo de acción de Herzberg (46) (en los delitos activos, la evitabilidad del resultado consiste en que el autor no ha evitado producir el resultado, esto es: lo ha producido, ya que la doble negación es afirmación). Para Jakobs la equiparación de la omisión, en la comisión por omisión, con un comportamiento activo puede producirse en cada uno de los tipos de la Parte Especial, mediante un comportamiento

sidera necesaria una orientación del sistema hacia las valoraciones de la Política Criminal, «sistema abierto» (pp. 33 ss.), que obliga a una amplia normativización de los conceptos; y otra radical, representada por JAKOBS (*Derecho penal. Parte General*, 1995, Trad. de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO) para el que la dependencia entre Derecho penal y la Política Criminal no es unilateral. Precisamente la conexión entre el concepto de culpabilidad y la teoría de los fines de la pena (prevención general positiva) puede servir como prueba de esta reciprocidad. Para JAKOBS si se parte de la misión del Derecho penal y no de las estructuras, que son objeto de la Dogmática penal, ello conduce a una (re)normativización de los conceptos. No sólo de los conceptos de culpabilidad y de acción, a los que la Dogmática ha atribuido siempre una estructura lógica-objetiva, prejurídica; sino que incluso el concepto de sujeto al que se le imputa se manifiesta como un concepto funcional. En esta concepción, *un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste*. Igualmente los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad o de incumbencia. Al (re)normativizar se trata de que los esfuerzos se orienten a un Derecho penal en el seno de una sociedad de estructuras dada, sin renunciar, evidentemente, a formular aspiraciones frente a la realidad (Prólogo a la 1.ª ed., p. IX-X). Vid. más ampliamente SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 67 ss.)

(45) JAKOBS, *DP PG*, 2.ª ed., 1991, 6/20, 7/58 define la acción como una realización individual y evitable del resultado, mientras que considera la omisión como la no evitación evitable del resultado. Si existe responsabilidad por la comisión de un delito de resultado, no sólo debe ser garante el autor de la omisión, sino también el autor del hecho comisivo.

(46) HERZBERG, R.-D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, pp. 172 ss.

alternativo (47) que complementa y transforma la cláusula de la Parte General.

En nuestra doctrina, cabe destacar la concepción de Mir Puig (48), para quien sin pretender crear un concepto superior que englobe acciones y omisiones, el sustrato ontológico de la omisión consistiría en un comportamiento activo: la conducta que el autor realiza (incluida la mera pasividad) en vez de la conducta esperada o prevista jurídicamente.

Silva Sánchez (49) considera que los conceptos de acción y omisión no se contraponen, sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos. Bajo su punto de vista entiende que en el plano del ser sólo hay procesos causales, algunos de los cuales son interpretables y reciben el nombre de acciones. Sólo a partir de un sistema normativo pueden determinarse como comisión o como omisión. Y es lo que sucede cuando una acción se analiza por el Derecho penal. La distinción entre la comisión y la omisión se efectúa normativamente. Es decir, dependiendo de si la norma expresa una irrupción perjudicial para los bienes jurídicos o una ausencia de intervención para la protección de los bienes jurídicos estaremos ante una comisión o una omisión. La comisión por omisión es comisión y es omisión, requiere, por tanto, identidad estructural y material en el plano normativo con la comisión activa, y el merecimiento de pena en el comportamiento activo y en la comisión por omisión sería el mismo (salvo para los que estimen, como es el caso del ordenamiento jurídico alemán, que la comisión por omisión requiere una atenuación –facultativa–).

Para Muñoz Conde (50), la diferencia entre acción y omisión depende del criterio valorativo, de la norma de referencia que se utilice para valorar la conducta humana. De ahí que la distinción no sea siempre fácil de hacer y haya que tener en cuenta siempre más la norma de referencia que la forma de manifestación misma de la conducta, que siempre está constituida de momentos activos y omisivos. Pero la omisión en sí misma no existe, la omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y, por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia.

(47) JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 28/10.

(48) MIR PUIG, S., *DP PG*, 4.ª ed., pp. 305 ss.

(49) SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión. Concepto y sistema.*, pp. 134 ss., 163-278; el mismo, «Comisión» y «omisión». *Criterios de distinción*, en Cuadernos de Derecho judicial, Madrid 1994, pp. 11 ss.

(50) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., 1996, p. 252; 3.ª ed., 1998, p. 266.

No existe una omisión en sí, sino, siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada. Por eso, la omisión penalmente relevante no puede ser comprendida en un plano exclusivamente ontológico y por eso, también, hay que referirse a las categorías de la tipicidad y la antijuricidad.

Otro sector doctrinal advierte, sin embargo, que entre comisión por omisión y tipo comisivo no existe necesariamente una identidad desvalorativa en el plano de lo injusto, pues consideran, por una parte, más oneroso el cumplimiento del deber de actuar que el de omitir, y, por otra, centran, de nuevo, la problemática en la relación de causalidad, que niegan en los delitos omisivos y, por consiguiente, en la comisión por omisión: «en los delitos de comisión por omisión el sujeto pudo (y debió) evitar la producción del resultado y no lo hizo, pero no lo causó» (51).

6. Actualmente, sobre todo tras la problemática suscitada en casos de responsabilidad penal por el producto, en los cuales la causalidad jurídica y científica no van a coincidir plenamente, asistimos a un distanciamiento entre delitos de acción y de comisión por omisión. No hay que perder de vista, sin embargo, que en los delitos de comisión por omisión, el comportamiento del autor (garante) se encuadra dentro del ámbito de una norma de mandato, mientras que el resultado descrito en la norma prohibitiva es el que acontece, pero no como consecuencia de la acción prohibida, sino como consecuencia de una omisión.

Desde mi punto de vista, si lo que se trata de saber es si la pena prevista para la realización activa del delito es también aplicable a la comisión por omisión, diría que comisión y omisión tienen en común la base normativa de la realización típica que, complementariamente, se transforma en delito de comisión por omisión a través de cláusulas legales generales del tipo del artículo 11 del Código penal de 1995, o de construcciones dogmáticas más o menos respetuosas con el principio de legalidad. Ambos comportamientos, comisivo activo y omisivo, al lesionar o poner en peligro un mismo bien jurídico tienen en común el resultado típico, dentro de un mismo marco legal que viene expresamente descrito como una norma prohibitiva, por lo que a mi entender, la consecuencia jurídica debería ser también la misma. En

(51) CEREZO MIR, J., *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993, p. 201; el mismo, *Curso de Derecho Penal español, PG, II*, pp. 49 ss.; ENGISCH, K., *Tun und Unterlassen*, en *Festschrift für W. Gallas*, Berlin, 1973, p. 189; ROMERO CASABONA, C. M.^a, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, pp. 45-46.

este sentido la omisión del que viene obligado a evitar el resultado se correspondería, valorativamente, al del que lo causa activamente.

A mi juicio, el artículo 11 describe un concepto comprensivo de la acción y la omisión. Por ejemplo, al castigar la Ley las lesiones descritas en los artículos 147 y ss. del Código penal de 1995, tales resultados pueden producirse tanto por un comportamiento activo como por uno omisivo. La ley utiliza en el artículo 11 del Código penal de 1995 un concepto de conducta comprensivo de la prohibición y del mandato, me refiero a la *infracción de un especial deber jurídico del autor* (52). Tras un enunciado como el establecido en el tipo del artículo 147 CP 95 *el que causare a otro una lesión*, es posible advertir, como expone Silva (53), dos normas primarias, una de prohibición y otra de mandato, que corresponderían a un tipo dogmático comisivo y a otro omisivo, con elementos diferentes, pero que mostrarán una identidad estructural. Pese a la forma prohibitiva (norma primaria), en el delito de comisión por omisión se expresa un contenido preceptivo, un mandato frente al bien jurídico protegido.

B) La comisión por omisión como omisión

1. El comportamiento del autor en la comisión por omisión, al mismo tiempo y en función del deber jurídico que fundamenta la posición jurídica de garante, tendría la naturaleza de una infracción de mandato (54). La transformación de delitos comisivos de resultado en lesiones de deberes jurídicos para el garante hace surgir nuevos tipos de mandatos, que dogmáticamente se sitúan junto a los

(52) Denominado en la doctrina alemana como *Pflichtverletzung* y que no se circunscribe sólo a omisiones o sólo a comportamientos activos, vid. ampliamente ROXIN, C., *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, en ZStW 74 (1962), pp. 411 ss.

(53) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión*, pp. 1075-1078, el mismo, *El delito de omisión*, p. 368 sigue el siguiente esquema: parte de conductas prohibidas P, unas de creación de riesgo para otro p, y otras q que expresan las conductas de salvaguarda del bien jurídico protegido, a realizar por sujetos responsables. Esto es, Pp y P-q (el signo - expresa la negación de tal conducta). De P-q extrae una norma de mandato Oq (P-q=Oq), es decir, la obligación, para determinados sujetos especialmente responsables, de la salvaguarda del bien jurídico cuando éste se halle en peligro. El problema fundamental reside en la determinación del ámbito de q.

(54) Veremos más adelante, que una vez determinada la posición de garante, este sujeto, en virtud de tal posición debería llevar a cabo la acción esperada, que impidiera el resultado lesivo del bien jurídico protegido. Esa acción esperada, el deber de actuar que hunde sus raíces en la posición de garante, surge de una norma preceptiva o de mandato.

tipos de prohibición, unidos a éstos por el común bien jurídico y por el marco penal. Por ello, para un sector doctrinal los delitos de comisión por omisión son ontológicamente delitos de omisión, esto es, en ambos existe una ausencia de un proceso causal activo del resultado. El curso causal habrá sido generado por otra instancia y el resultado se imputará al sujeto al no haber realizado la acción esperada jurídicamente (55).

2. Los delitos de omisión se dividen, tradicionalmente, en dos grupos estructuralmente diferentes: delitos de omisión pura o propia y delitos de comisión por omisión. Los delitos de omisión pura son los hechos punibles que se agotan en la infracción de una norma preceptiva y en la simple omisión de una actividad exigida por la ley (56). A los fines de la punibilidad de la conducta no interesa el resultado correspondiente, sino únicamente la omisión de la acción jurídicamente impuesta (57), mientras que en la comisión por omisión no basta con la omisión de la acción esperada por el ordenamiento jurídico, sino que se exige un resultado. El resultado es un elemento configurador de este tipo de delitos.

Otros autores también distinguen además, entre omisión prevista como tal en la ley y omisión no descrita en la redacción legal. En el primer grupo incluyen tanto formas de omisión puras como de comisión por omisión, mientras que en el segundo grupo sólo cabría la comisión por omisión (58).

(55) WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, p. 289, SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 349, incluye dentro de las omisiones referidas a resultados, la comisión por omisión. En contra, NOVOA MONREAL, E., *Los delitos de omisión*, p. 30.

(56) JESCHECK, H. H., *Tratado de DP PG*, 3.^a ed., pp. 493, 828. SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, p. 56 habla de delitos propios de omisión y delitos de comisión por omisión; WESSELS, J., *Strafrecht AT*, 24 ed., p. 209, clasifica la omisión en omisión propia e impropia, y así también en *Wiener Kommentar zum StGB*, p. 27. Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, pp. 319-336; QUINTERO OLIVARES, G. y otros, *DP PG*, 1996, p. 305, las clases de omisión son dos: pura o propia e impropia o comisión por omisión. MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed., pp. 255 ss.; 3.^a ed., p. 268.

(57) QUINTERO OLIVARES, G. y otros, *DP PG*, 1996, p. 305.

(58) Aunque un importante sector doctrinal considera equivalente esta terminología –delito propio e impropio de omisión– a la omisión pura y comisión por omisión, otros autores como Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 206, 275 ss. y NOVOA MONREAL, *Los delitos de omisión*, en *Doctrina Penal*, ene-marz 83, p. 42, reservan el nombre de omisión impropia para los casos que no se hallan expresamente previstos por ley e incluyen en la omisión propia las figuras legales, sean de omisión pura o de comisión por omisión.

Sin embargo, otro sector doctrinal representado por Roxin (59) en Alemania y en nuestra doctrina por Rodríguez Mourullo y Muñoz Conde, hace una división tripartita de los delitos de omisión: delitos de omisión pura o propia, delitos de omisión y resultado (omisión cualificada), y delitos impropios de omisión o de comisión por omisión (60), siendo estos últimos los equivalentes a los delitos comisivos.

Silva (61) concluye su estudio sobre el delito de omisión con una propuesta de clasificación en la que superpone distintos puntos de vista obteniendo las siguientes categorías: omisiones puras o simples y omisiones referidas a un resultado. Las primeras agruparían a aquellas omisiones que se agotan en la no realización de la acción indicada, y en las que no cabe imputar el resultado lesivo de un bien jurídico. Se dividirían a su vez en omisiones puras generales, realizables por todos y omisiones puras de garante. Estas últimas, las omisiones puras de garante se subdividirían a su vez en omisiones puras de garante expresamente tipificadas y omisiones puras de garante en las que no se da dicha tipificación.

Comparto esta división de Silva por cuanto en el Código penal aparecen tipificadas omisiones puras de garante, como sería el artículo 195.3 CP. Si además acontece un resultado, produciéndose el consiguiente concurso de delitos, vendrían a constituir en la nomenclatura de Muñoz Conde o Roxin, las denominadas por estos autores omisiones cualificadas (de omisión y resultado).

(59) ROXIN, consideraciones del Prof. Roxin en las Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal, con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 26-28 de enero de 1994. Dicha clasificación es también defendida en nuestro país por MUÑOZ CONDE y RODRÍGUEZ MOURULLO. Por su parte SILVA SÁNCHEZ, «Comisión» y «omisión». *Criterios de distinción*, p. 19, también sugiere la tipificación de omisiones que siendo más graves que las omisiones puras «clásicas», como la omisión del deber de socorro del artículo 195 o la omisión del deber de impedir determinados delitos, artículo 450, no alcanzan el desvalor propio de la comisión activa, ni puede afirmarse que sean idénticas con ésta, por lo que no constituyen comisión por omisión. La fórmula que propone SILVA sería la tipificación expresa —como cualificación del tipo de omisión del deber de socorro, por ejemplo— de una serie de omisiones que siendo más graves que las omisiones puras, no alcanzan la equivalencia con la comisión activa.

(60) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 254-255; 3.ª ed., p. 269; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, p. 77; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 41.

(61) SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión*, pp. 336-339 ss., 343 ss., 347-348.

En cuanto a las omisiones referidas a resultados —caracterizadas todas ellas por la posibilidad de poder imputar un resultado a la no realización de la conducta indicada, y como consecuencia de la no evitación por parte del sujeto—, Silva las subdivide a su vez en omisiones referidas a resultado sin equivalencia comisiva y omisiones referidas a resultados que muestran su equivalencia con la correspondiente comisión activa. En esta última categoría se diferenciarían a su vez las omisiones con equivalencia comisiva legalmente determinadas (omisiones referidas a resultado, con equivalencia comisiva, acogidas por los tipos legales en expresas descripciones negativas) y la comisión por omisión (omisiones referidas a resultado y equivalentes a la comisión, pero que no se contemplan en precepto legal alguno con una descripción típica negativa) (62).

A mi modo de ver, aunque algunos autores hablan de delitos de omisión impropios (63) para referirse a los no previstos en la ley y de delitos de omisión y resultado para aquellos delitos de comisión por omisión previstos en la Ley (64), entiendo que son el mismo género y que tan sólo aquellos delitos de comisión por omisión que se han visto con más frecuencia por la jurisprudencia se han tipificado, reduciéndose la discrecionalidad y la inseguridad jurídica. Así por ejemplo, los artículos 414.1 y 415 castigan a la autoridad o funcionario público

(62) Cuadro aclaratorio:

*A) Omisión pura o simple:

1. Omisión pura general
2. Omisión pura de garante:
 - 2.1. Expresamente tipificada
 - 2.2. No expresamente tipificada.

*B) Omisiones referidas a resultados:

1. Omisión referida a resultado sin equivalencia comisiva.
2. Omisión referida a resultado con equivalencia comisiva (garante):
 - 2.1. Legalmente determinados
 - 2.2. Comisión por omisión (no se contemplan en precepto legal con descripción típica negativa).

(63) KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, pp. 206, 275 ss. y NOVOA MONREAL, *Los delitos de omisión*, p. 42.

(64) JESCHECK, H. H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, en Cuadernos del CGPJ, n.º 8, p. 77; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, p. 77, el mismo, *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, pp. 906-908; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 41; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión*, pp. 347-349, vendrían a coincidir con los delitos de omisión referidos a resultado, con equivalencia comisiva, acogidas por los tipos legales en expresas descripciones negativas.

que consintiere la destrucción de documentos o permitiere el acceso a los mismos, y el artículo 432 a la autoridad o funcionario público que consintiere que un tercero sustraiga caudales públicos, entendiendo por «consentir» o «permitir» también el dejar hacer. El artículo 305 también tipifica expresamente la defraudación a Hacienda «por acción u omisión». Y el artículo 136 del Código penal militar tipifica una omisión de garante referida a resultado para el militar con mando que no adopte medidas que eviten o limiten el daño en circunstancias críticas.

Sea como sea, en los delitos de comisión por omisión, la omisión de la acción esperada (omisión del deber jurídico), no fundamenta un delito de omisión pura (65) (norma de mandato) pues nos movemos dentro de la esfera de las normas prohibitivas en cuanto al resultado que acontece, aunque todos los delitos de omisión, también los de comisión por omisión, constituyen infracciones de normas preceptivas (66). La imposibilidad de tipificar este tipo de comportamientos es lo que hace que los delitos de comisión por omisión [que es la terminología que prefiero utilizar pues creo que expresa mejor la estructura de estos delitos (67)] permanezcan como tipos sólo parcialmente expresados y como mestizaje de los de comisión y omisión. Precisamente por ello, creo que se configuran con una propia y autónoma identidad (68). En esta línea considero que —hasta cierto punto— se ha separado una de las dimensiones del comportamiento omisivo: la

(65) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 251 ss.; 3.ª ed., pp. 272 ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 44. Otra cosa distinta es que el autor venga obligado a actuar por algún precepto legal. Su omisión sí constituirá entonces una omisión pura, ya que se ha infringido una norma de mandato. Así también MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., p. 335. Ello podrá suceder si se omite prestar socorro a quien se encuentra desamparado y en peligro manifiesto y grave (art. 195 CP) o si se dejan de impedir determinados delitos (art. 450).

(66) JESCHECK, H. H., *Tratado DP PG*, 3.ª ed., 1981, p. 828, n. 18: en las normas preceptivas se ordena una determinada acción, un hacer positivo, y la infracción del Derecho consiste en una omisión.

(67) NOVOA MONREAL, E., *Los delitos de omisión*, p. 31 manifiesta que resulta apropiado el nombre tradicional de «delito de comisión por omisión»; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión*, pp. 348, 349: la expresión de «comisión por omisión» puede ser todavía útil, pese a su equivocidad y básica incorrección. Juega a su favor tanto el peso de la tradición como una innegable claridad en cuanto a reflejar la problemática que aquí ha de resolverse; JAKOBS, G., *DP PG*, 28/12, prefiere denominar a estos delitos, delitos de omisión impropios, o mejor, delitos secundarios de omisión.

(68) En este sentido también, NOVOA MONREAL, E., *Los delitos de omisión*, p. 31.

comisión por omisión, que aparece junto a una descolorida e insulsa omisión (69).

3. ¿Sobre qué presupuestos la omisión «corresponde a una realización del tipo legal mediante una acción activa?, ¿cómo concretar la idea rectora que expresa los términos de identidad estructural? (70). En este sentido el tipo legal de los delitos de comisión por omisión (71), el artículo 11 CP, realiza una transformación general y aparece como una norma puente entre la norma prohibitiva de un delito comisivo y la norma preceptiva, para llegar a ser un delito omisivo (72). Al juez le corresponde determinar las características objetivo-personales que permiten realizar esa integración y, reconducir la omisión que no impidió el evento al tipo legal cuyo sentido es el de prohibir la producción del resultado (73). De ahí deriva la decisiva problemática de los delitos de comisión por omisión, tanto en la esfera político-jurídica como en la esfera dogmática. ¿Qué omisiones cabe integrar en los delitos de comisión por omisión? (74).

El autor que lesiona el deber que le incumbe de evitar el resultado, realiza un tipo penal que está construido en la ley no como un delito omisivo, sino como un delito comisivo, es decir, como una norma prohibitiva (75). Para autores como Rodríguez Mourullo (76) y Silva Sánchez (77), desde el punto de vista dogmático, el marco natural de la comisión por omisión estaría representado por los denominados tipos prohibitivos de causar y no por los tipos que prevén la producción de un resultado a partir de una conducta activa. De este modo,

(69) FREUND, G., *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, p. 39.

(70) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 350.

(71) Vid. *infra* *El tipo legal de los delitos de comisión por omisión*.

(72) JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 28/12.

(73) Para ROXIN dicha tarea corresponde a la jurisprudencia y a la doctrina, *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en *JUS*, 73, 197; WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, p. 288, al juez mediante una complementación del tipo le toca encontrar las características objetivas del autor. Del tipo del delito de comisión sólo se puede desprender el evitar el resultado típico, y de ahí nace la inseguridad dogmática para el juez de apreciar las características no escritas del autor del delito de comisión por omisión. Y esta dificultad dogmática radica ni más ni menos que en la naturaleza de las cosas: es imposible, en principio, circunscribir concreta y exhaustivamente en tipos legales la cantidad y variedad de autores de comisión por omisión.

(74) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 349.

(75) WESSELS, J., *Derecho penal. Parte general...*, pp. 207 ss.

(76) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, p. 917.

(77) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, pp. 362-363, 367-368.

habría que realizar una matización en el sentido que los verbos típicos de la norma primaria de la prohibición, por ejemplo, *el que causare una lesión* (delitos de lesiones, art. 147 y ss., por ejemplo) fuere «prohibir causar la lesión». En este sentido tales conductas son las que dan lugar a esa lesión y que permiten imputar al sujeto de tal conducta el resultado producido. La relación entre las conductas que resultan prohibidas dentro del tipo legal de *lesionar* y los tipos de mandato no escritos han de hacer referencia a un mismo bien jurídico y a un mismo marco penal.

4. Podemos concluir, por tanto, puesto que en los delitos de comisión por omisión, existe realmente omisión, la omisión de un mandato jurídico que no aparece descrita típicamente de forma negativa, y sin embargo, se realiza un tipo penal construido como un delito comisivo (norma prohibitiva), que estamos ante delitos que son un mestizaje y tienen una identidad autónoma.

C) Autonomía de la comisión por omisión

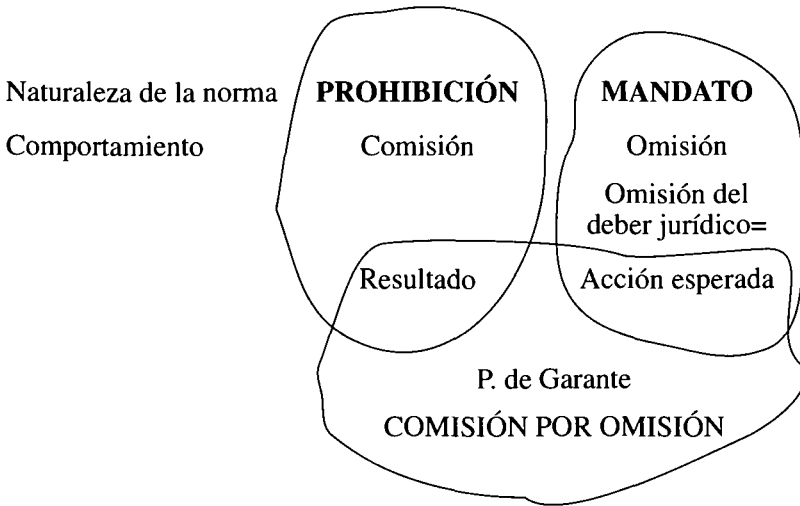
1. Los delitos de comisión por omisión son delitos de una estructura autónoma y con características mixtas o parciales de los delitos de acción y de los delitos de omisión, es decir, un «híbrido equidistante entre los delitos de acción y los genuinos delitos de omisión» (78) que al igual que ocurre en la química, aunque sus elementos originarios puedan encontrarse en los delitos comisivos y en los omisivos, la combinación de ambos da lugar a un «producto nuevo» con características singulares. La referencia a la norma de mandato que se infringe mediante una omisión sería un elemento común a los delitos de omisión pura y a los de comisión por omisión, y el resultado y el marco punitivo lo que comparten con los delitos comisivos activos.

2. Los delitos de comisión por omisión «consisten en no hacer algo que habría la obligación de hacer, (...) en no haber impedido un resultado prohibido (norma preceptiva en el primer caso, norma prohibitiva en el segundo)» (79). Son auténtica comisión (aunque sin

(78) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos impropios de omisión*, 1970, p. 131; NOVOA MONREAL, E., *Los delitos de omisión*, en *Doctrina Penal*, enero-marzo 1983, pp. 30-31.

(79) STS de 18-11-91, FJ decimonoveno.

causar activamente el resultado) y verdadera omisión: «comisión propia» y «omisión impropia» (80). Veámoslo con un esquema:



III. EL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN COMO LEY PENAL EN BLANCO «SUI GENERIS»

1. La estructura de las normas penales se compone de dos partes: la definición del supuesto de hecho punible y el establecimiento de la consecuencia jurídica o sanción. En las denominadas clásicamente leyes penales en blanco, generalmente, parte de la definición del supuesto de hecho no se contiene en una norma penal, sino que ésta se remite a una norma distinta. La necesidad de tales remisiones resulta de lo complejo y cambiante de las materias (81) como, la sanitaria, la relativa a alimentos, productos de consumo masivo, la medioambiental (82), etc., en las que la norma penal no puede recoger

(80) Esta es la terminología con la que lo ha expresado SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, «Comisión» y «omisión». *Criterios de distinción*, p. 15.

(81) MUÑOZ CONDE, F./ CUADRADO RUIZ, M.^a A., voz *Ley penal en blanco*, en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, 1995.

(82) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Blankettstrafgesetze und die Rückwirkung der lex mitior*, en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. Madrid-Symposium für

los múltiples matices con los que la conducta punible puede producirse, de modo que resulta inevitable remitirse a otra Ley o al reglamento para completar la definición. Igualmente se ha dicho que la remisión proporciona mayor seguridad jurídica (en la medida en que la conducta resulta concretada por el reglamento) que la utilización por el Código penal de conceptos vagos e indeterminados que necesariamente deben ser concretados por los jueces sin disposiciones escritas en las que fundamentarse (83). Si se incluyeran estas conductas que forman el supuesto de hecho de la norma penal en la redacción de la norma penal misma, habría que estar continuamente reformando ésta, so pena de quedar prácticamente sin aplicación. Para evitar ese deterioro legislativo de la norma penal, surge la norma penal en blanco. Técnica legislativa utilizada con frecuencia en la tipificación de delitos de peligro sobre la que se ha pronunciado ya el Tribunal Constitucional (84), de tal manera que sólo sean infracciones, las acciones y omisiones subsumibles en la norma con rango de ley. La norma penal existe independientemente de que el acto, a través del que se consigna el supuesto de hecho, tenga origen legislativo o proceda de una autoridad administrativa (85). Se trata tan sólo de un problema de técnica legislativa y desde el punto de vista legal es irrelevante esta forma de legislar en blanco (86). El tipo ya completado

Klaus Tiedemann, 1994, pp. 138 ss., en el Derecho penal económico se explica que la utilización de legislación penal en blanco sea especialmente intensa, puesto que la materia objeto de regulación es, por su propia naturaleza, más variable que el núcleo tradicional del Derecho Penal.

(83) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Blankettstrafgesetze und die Rückwirkung der lex mitior*, en Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1994, p. 138. En contra COBO DEL ROSAL/BOIX REIG, *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en Rev. de Derecho Público. Comentarios a la legislación penal. Tomo I, Derecho Penal y Constitución, EDERSA, 1982, p. 200.

(84) La STC 3/1988 de 21.I admite, en primer lugar, la «colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora», es decir, la remisión a los reglamentos. Pero el TC exige, para aceptar la remisión, que en la ley «queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta».

(85) MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, pp. 396-397, concibió una clase de leyes penales en blanco en sentido amplio (tipos necesitados de complemento); OCTAVIO DE TOLEDO, E., *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal*, pp. 84-85; MUÑOZ CONDE, F./ CUADRADO RUIZ, M.^a A., *Ley penal en blanco*, en Enciclopedia Jurídica Civitas, 1995.

(86) En contra COBO DEL ROSAL/ BOIX REIG, *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, Comentarios a la legislación penal. Tomo I, Derecho Penal y Constitución, EDERSA, 1982, pp. 199-201: «las leyes penales en blanco son inconstitucionales en la medida que contravienen lo dispuesto en los artículos 53,1.º y 81,1.º de la Constitución»; también en contra, MESTRE DELGADO, E., *Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal*, en ADPCP, 1988 (41), pp. 517 ss.

cumple con las mismas funciones, sobre todo en lo que concierne a su significación como fundamento de la antijuricidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal (87). *Grosso modo* este sería el concepto clásico de ley penal en blanco.

2. Pues bien, los delitos de comisión por omisión aparecen, también, sólo en parte legalmente determinados. No se puede olvidar, sin embargo, que aunque presupuesto fundamental para la configuración de una comisión omisiva es la existencia de un deber jurídico, *obligación legal o contractual de actuar, o cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente*» (88) es, en todo caso, el sentido del tipo legal el que decidirá si es o no admisible la equiparación de la comisión por omisión a la comisión activa (89). Al encontrarnos, también aquí, con «tipos abiertos» (90) habrá que dotar al juez del máximo de elementos posibles para reconstruir una «legalidad dispersa» (91). No falta, en este sentido, un difundido punto de vista según el cual los delitos de resultado, y en mi opinión, también los delitos de comisión por omisión –en tanto en cuanto son delitos de resultado (92)– comportan una especie de «leyes penales en blanco» que se deben completar con otra «Ley» (93).

(87) MEZGER, E., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, pp. 397-398.

(88) Art. 11 CP de 1995.

(89) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, pp. 85 ss.

(90) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, p. 260; 3.ª ed., p. 274; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *El delito de omisión*, pp. 87-88; el mismo, *DP PG*, p. 286: «son tipos abiertos o necesitados de complementación aquellos en los que la ley describe sólo parte de las características de la conducta prohibida reenviando al juez el cometido de completar las restantes»; para TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal económico (comunitario, español, alemán)*, p. 158, el ámbito de la tipicidad característico del Derecho penal económico, es el uso de normas «abiertas» total o parcialmente; CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente...*, pp. 79 ss. La doctrina finalista considera los delitos imprudentes como tipos abiertos, tipos que expresan un deber jurídico que ha de ser objeto de valoración por el juez. En sentido análogo CEREZO MIR sitúa también los delitos imprudentes junto a los delitos de comisión por omisión ya que ambos son tipos de injusto no descritos legalmente; KAUFMANN, A., *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, p. 176 habla de que la omisión realiza tipos no escritos.

(91) MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, p. 44; ROMERO CASABONA, C. M.ª, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político-criminal*, en *Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Ed. Rev. de Der. Privado. Madrid 1993, p. 929.

(92) Vid. *infra* *El resultado*.

(93) STS 23 de abril de 1992, FJ 2.º, en los delitos de comisión, los delitos de resultado han de completarse con la Ley natural de la causalidad, construcción que fundamentó KAUFMANN, A., en *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Conter-*

3. A mi entender, el principio de legalidad exige que el legislador ponga en la ley penal en blanco, no sólo el valor, sino un marco de comportamiento (94) que en el delito de comisión por omisión se referiría al deber jurídico en el que se fundamenta la acción esperada y omitida, es decir, a la evitación del resultado. Por un lado, la referencia al resultado del tipo de comisión por omisión del artículo 11 CP envía a otra norma penal de la Parte Especial. Ese resultado descrito en la norma prohibitiva completa, en cierto modo, el tipo delictivo de la comisión por omisión (95). La comisión por omisión nace de la puesta en conexión del tipo de la Parte Especial con la norma de la Parte General. Por otro, el deber jurídico, *la obligación legal o contractual*, por ejemplo, y por tanto la acción esperada nos remitirá, en muchas ocasiones, a normativa extrapenal (96) ya sea de la Comunidad Autónoma, nacional o incluso comunitaria (97), así como a otras ramas del Derecho en las que se admite como fuente de producción normativa incluso la costumbre, siendo en todo caso, la consecuencia jurídica del delito de comisión por omisión, la que se establece en el tipo de la Parte Especial (98). Es por lo que entiendo que los delitos de comisión por omisión son una clase *sui generis* de leyes penales en blanco, en tanto en cuanto la descripción típica se encuentra dispersa y ha de completarse con la norma prohibitiva y el tipo del artículo 11, y a su vez, ambos supuestos remiten o pueden remitir el hecho típico a una normativa extrapenal.

gan-Verfahren, en JZ, 1971, pp. 569 ss.: la causalidad como elemento del tipo sería un elemento en blanco a completar con la ley de la causalidad. En contra PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, pp. 62-63, para quienes tal concepción significa una deformación sustancial de la idea original de «leyes penales en blanco».

(94) En este sentido, TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, pp. 141-144.

(95) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Blankettstrafgesetze und die Rückwirkung der lex mitior*, en Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1994, p. 137 n. 14, sostiene que la normativa a la que se remite una norma penal en blanco podría ser también una «normativa penal». Así, por ejemplo, en las remisiones internas, o en las remisiones de una ley penal a otra de la misma naturaleza.

(96) TIEDEMANN, K., *Das Parteienfinanzierungsgesetz als strafrechtliche lex mitior*, en NJW 1986, pp. 2475 ss., no distingue entre ley penal y normativa extrapenal que completa el tipo.

(97) OEHLER, D., *Die Bedeutung des Wirtschaftsstrafrecht im neuen Europa*, en Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'Economia, 1991, núm. 1, p. 46.

(98) JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, 3.^a ed., pp. 352 ss., denomina a las disposiciones que precisan el supuesto de hecho y remiten a otro lugar la fijación de la consecuencia jurídica, «ley en blanco al revés».

IV. LEY PENAL EN BLANCO, COMISIÓN POR OMISIÓN Y ERROR PENAL

1. Considero, por ello, adecuado un concepto amplio de leyes penales en blanco, sobre todo por los problemas que plantea el tratamiento del error (99). En una ley penal en blanco, es decir, en una ley-marco que se completa mediante otra norma, resulta difícil determinar el objeto del dolo. En la comisión por omisión, hay que considerar que la norma prohibitiva –aquella en la que aparece descrito el resultado típico– se transforma mediante la cláusula de la Parte General (100), y si además la norma prohibitiva es una ley penal en blanco tradicional, la norma complementadora se reúne con la ley marco, debiendo abarcar el dolo todos los elementos pertenecientes a ese tipo total. Dado que a partir de este conocimiento, incluso si se añade el conocimiento positivo de la norma en blanco no se deriva ninguna indicación para actuar o no en el caso concreto, según una versión orientada hacia la teoría del dolo, el dolo ha de referirse también a la concreta existencia de la norma complementaria. Por todo ello, el error, incluso sobre la existencia de la normativa complementadora constituiría error de tipo (101).

2. En el complejo mundo de la actividad empresarial y, por ejemplo, en sectores de producción o distribución de productos de consumo masivo en donde la intervención del Estado en la Economía se hace patente mediante una exhaustiva normativa que regula y controla cada una de las fases del producto, muchas veces, es probable que se actúe con desconocimiento de la normativa jurídica que, por ejemplo, completa *el especial deber jurídico del autor* en el delito de comisión por omisión. Ante la cada vez mayor cantidad de elementos normativos (102) en el tipo, los destinatarios de la norma, en ocasiones asesorados por especialistas y técnicos, pueden ver «com-

(99) MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., pp. 38-42; MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal, Tomo I*, pp. 381 ss.

(100) GRACIA MARTÍN, L., en el Prólogo al *Código Penal y Leyes penales especiales*, Egido Editorial, 1996, denomina a la norma prohibitiva en donde aparece descrito el resultado típico, *tipo originario*, y a la cláusula de la Parte General, «*tipo asociado*» a aquél.

(101) MUÑOZ CONDE, F., *Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias*, en *La Ley*, año XII, núm. 2675, p. 8, el mismo, *El error en derecho penal*, 1989; JAKOBS, G., *DP PG*, 8/46.

(102) En cuanto a la problemática de los elementos normativos del tipo como objeto del dolo, vid. JAKOBS, G., *DP PG*, 8/48 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, E., *Problemas del error*, en *La Ley*, núm. 4056, 12 de junio de 1996, pp. 1 ss.

pensado» su error en el aspecto subjetivo del tipo conforme al artículo 14 CP (103).

3. Algunos autores alemanes (104) y españoles, como Bajo (105) y Torío (106), consideran el error sobre las normas extrapenales como error de mandato (error de prohibición). No obstante, Tiedemann (107) se pronuncia en contra de la opinión dominante en Alemania sobre el error: en el Derecho penal económico el error sobre la existencia de la norma se encuentra, antes que nada, como error sobre la exigencia jurídica y el concepto de derecho, más allá de las prescripciones penales, es decir, sobre todo el ordenamiento jurídico. Un error de esta clase es un error de tipo y no un error de prohibición. La misma opinión, que considero la correcta, mantiene en España Muñoz

(103) 1. *El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada en su caso como imprudente.*

2. *El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.*

3. *El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*

(104) JESCHECK, H. H., *Tratado de DP PG*, pp. 578-579; KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 140; WELZEL, H., *Derecho Penal alemán*, p. 283; JAKOBS, G., *AT*, pp. 690 ss. se refieren a este tipo de error como error de mandato cuando en los delitos de omisión el autor yerra sobre su deber de actuar. Error de prohibición y error de mandato han de tratarse de igual modo. JESCHECK, H. H., *Tratado de DP PG*, 4.ª ed., refiriéndose al error de mandato en los delitos de omisión, sugiere que hay que considerar siempre la posibilidad de este error. En los delitos de comisión por omisión, la norma preceptiva no se infiere de la prohibición jurídico-penal de menoscabar un determinado bien jurídico, sino de una norma ajena al DP, que obliga a intervenir para proteger ese bien jurídico. Por tanto el error (de mandato) puede referirse tanto a la norma prohibitiva en sí como al deber de garante.

(105) BAJO FERNÁNDEZ, M., *DP* p. 582.

(106) TORÍO LÓPEZ, A., *El «error iuris»*, en *Perspectivas materiales y sistemáticas. III Jornadas de Derecho Penal*. Ed. Fernández Albor, 1975, pp. 313 ss., el mismo, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de CP*, en *La Reforma penal y penitenciaria*, ed. Fernández Albor, 1980, pp. 249 ss., especialmente, p. 262.

(107) TIEDEMANN, K., *Lecciones de derecho penal económico (comunitario, alemán, español)*, p. 159, en las leyes penales en blanco por la lectura conjunta del tipo penal y de la normativa extrapenal, la remisión no se queda en una mera técnica legislativa sino que cambia el contenido del tipo penal. Si antes el tipo era muy normativo, tras la remisión extrapenal es descriptivo. Por ello se considera que el error no es, tras la lectura conjunta, error de tipo sino error de prohibición. En otro lugar, sin embargo, TIEDEMANN, K., *Welche strafrechtlichen Mittel empfehlen sich für eine wirksamere Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?*, p. 52, considera el error sobre la existencia de la norma como error de tipo.

Conde (108), según el cual, básicamente, en el ámbito de los delitos empresariales y económicos, la remisión a otras normas que se hace en el tipo, por ejemplo, «sin hallarse debidamente autorizado» (art. 359) o «sin cumplir las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos» (art. 360); «incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad o eficacia» (art. 361); «omitan o alteren los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición» o «uso no autorizado» (art. 363) convierte a estas remisiones en «un hecho constitutivo de la infracción penal» (109), y por lo tanto se trataría de un verdadero error de tipo (110), y no de un error de mandato (o error de prohibición). De igual manera la posición de garante que fundamenta *el especial deber jurídico del autor* del tipo de la comisión por omisión remite a la totalidad del ordenamiento jurídico. Un error sobre la misma sería, también, un error de tipo.

4. La normativa extrapenal a la que se tienen que remitir los tipos penales que disciplinan sectores de incidencia social y económica como puedan ser la salud pública o el medio ambiente obliga a considerar todo error sobre elementos normativos contenidos en el tipo de la comisión por omisión, o en los tipos legales de resultado de las res-

(108) MUÑOZ CONDE, F., *Bases para una teoría del error* orientada a las consecuencias, en *La Ley*, año XII, núm. 2675, p. 8, el mismo, *El error en derecho penal*, 1989, el mismo, *Begriff und Reform des Wirtschaftsstrafrechts in Spanien*, en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, pp. 72-73; OEHLER, D., *Die Bedeutung des Wirtschaftsstrafrecht im neuen Europa*, en *Rivista trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1991, núm. 1, p. 47; en Italia, mientras que la jurisprudencia en estos casos se ha mostrado a favor del error de tipo, la doctrina los considera como error de prohibición, vid. COVINO, C., *L'ignoranza della legge e errore nel diritto penale*, Pirola Ed., Milano, 1991, pp. 39 ss., 48 ss.; DI AMATO, A., *Diritto penale dell'impresa*, pp. 99-101.

(109) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Blankettstrafgesetze und die Rückwirkung der lex mitior*, en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1994, p. 147, habla también de que «Ley penal» no es sólo el texto de un precepto contenido en una ley penal, sino también toda la normativa extrapenal que confiere un contenido prescriptivo a tal precepto, mientras que CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Maurach*, tomo I, p. 144, n. 33, entiende que las normas que completan el tipo penal en cuestión no pasan a formar parte integrante de la Ley Penal.

(110) En Alemania, el BGH también ha considerado en algunas de sus sentencias que en los delitos de comisión por omisión el error sobre el deber jurídico de actuar es un error de tipo y no un error de prohibición, precisamente porque tal deber especial pertenece al tipo y no a la antijuridicidad. Vid en este sentido BGH 3 pp. 82 y 89; BGH 4 330; BGH 14 232. Para WELZEL, H., *Derecho Penal Alemán*, p. 303, la fundamentación del tribunal en estos casos fue errónea puesto que no se puede tratar el error sobre el deber de actuar de manera distinta en los delitos de omisión pura que en los delitos de comisión por omisión.

pectivas normas prohibitivas (111) como error excluyente de dolo, y con ello de responsabilidad penal si no existe la correspondiente previsión del delito imprudente (art. 12 CP). Y es que, hasta ahora, se ha reparado poco en que los elementos de donde resulta una posición de garante (112), son elementos normativos del tipo, para cuyo conocimiento es necesaria una valoración paralela de la conexión normativa en la conciencia del autor (113).

Es, precisamente, la compleja y cambiante normativa –ya no sólo estatal y de distintos Ministerios, sino también de las diferentes Comunidades Autónomas, o incluso comunitaria– a veces coyuntural e imprecisa, la que hace que en ocasiones la persona no sea consciente de los deberes jurídicos de la normativa en su conjunto que le obligan a actuar. Y, justamente, puesto que en la configuración del propio tipo es donde surgen las obligadas remisiones a normas penales o extrapenales, con la inseguridad y confusión que ello supone, es en el propio tipo en donde se han de atender dichos errores.

5. Ahora bien, dado que, sobre todo en el ámbito empresarial, muchas veces los errores son vencibles, cabe incriminar el hecho por el respectivo tipo imprudente, lo que es muy raro en el ámbito de los delitos económicos, pero no tanto en los delitos de peligro contra el medio ambiente (art. 331), uso ilícito de energía nuclear (art. 341) o salud pública (art. 367).

V. EL TIPO (114) LEGAL DEL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN: LA EXIGENCIA DE POSICIÓN DE GARANTE Y EL CONTENIDO DE LA EQUIVALENCIA ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN

La fórmula legal sobre la comisión por omisión, tiene como fin la protección de los bienes jurídicos. El delito de comisión por omisión

(111) En este sentido MUÑOZ CONDE, F., *Bases para una teoría del error orientada a las consecuencias*, en *La Ley*, año XII, n.º 2675, p. 8.

(112) Vid. *infra*.

(113) VOGEL, J., *Norm und Pflicht*, p. 220; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/90.

(114) SILVA SÁNCHEZ, J. M.º, *El delito de omisión*, p. 364, diferencia entre tipo como *precepto legal* y tipo como *categoría dogmática*. La primera concepción alude a la expresión parcial de los presupuestos de hecho de la norma secundaria, a las que en el aspecto formal alcanzan las exigencias del principio de legalidad. Se encuentra escrito. El tipo como categoría dogmática sería la expresión del injusto específico de un delito, es decir, el conjunto de elementos positivos del supuesto de hecho infractor

ha de reflejar, por ello, el anhelo de la política criminal de que las normas penales no prohíben infracciones puramente éticas sino que prohíben el peligro o la lesión de intereses, de bienes jurídicos. La proyección de este criterio teleológico en el delito de comisión por omisión debe implicar la exigencia de que la acción omitida pudiera disminuir el riesgo y evitar, así, la lesión del bien jurídico protegido por la norma (115). Los requisitos dogmáticos de la comisión por omisión se han ido elaborando, primero, como una cuestión puramente técnica, para cristalizar, luego, en un precepto legal.

A. Argumentos doctrinales anteriores al Código Penal de 1995

1. Con anterioridad al CP 95 la comisión por omisión no estaba regulada expresamente. Por lo que al aspecto político-jurídico se refiere y a falta de regulación expresa de los delitos de comisión por omisión, el principio *nulla poena sine lege* experimentaba aquí una profunda limitación. Aún así la doctrina defendía su aplicación y había procurado siempre compatibilizarla con la garantía del principio de legalidad. Las precisiones doctrinales se desenvolvían en el terreno del deber obrar y en la selección de aquellas omisiones que eran susceptibles de ser equiparadas a las acciones positivas en cuanto no impidieron el resultado típico.

a) Un sector doctrinal español (Antón Oneca, Jiménez de Asúa, Rodríguez Devesa, Córdoba Roda) (116) había admitido este tipo de omisión fundamentándola en que los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado, y por tanto, la fórmula del artículo 1 CP (117) era compatible con el reconocimiento de la punibilidad de la comisión por omisión. Lo que realmente es una omisión, señalaban, aunque en el plano valorativo pueda considerarse *equivalente a una acción*, no por ello deja de ser una omisión. Aún en el supuesto de que la comisión omisiva de ciertos hechos se estime susceptible de ser

de la norma primaria, y no se podría decir que aparezca escrito. Cuando hablo de tipo legal me refiero al precepto legal pero incluyendo también algunos elementos del supuesto de hecho.

(115) TORÍO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, en ADPCP, 1984, p. 701.

(116) ANTÓN ONECA, J., *DP PG*, p. 173; JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho Penal*, III, 4.ª ed., pp. 440 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *DP PG*, 14 ed., pp. 385 ss.; CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código penal*, Ed. Ariel, 1974, pp. 9 ss.

(117) El artículo 1 del Código penal anterior al de 1995 establecía tras la Reforma de 1983 que *Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*.

reconducida a un tipo legal que describe un hacer positivo, habría de reconocer que se estaría entonces en presencia de una omisión (nunca de una acción), que, en tanto es posible considerarla comprendida en un tipo legal, se convierte en una «omisión penada por la ley». Con esto ponían en evidencia la necesidad de interpretar el término «omisiones» del anterior artículo 1 del Código penal como comprensivo no sólo de las omisiones específicamente descritas por la ley, sino también de aquellas que eran reconducibles a un tipo legal, a pesar de que éste no mencionase expresamente una conducta omisiva. Si la interpretación del tipo permitía asegurar que es indiferente el medio, omisivo o activo, a través del cual se verifica el resultado, la comisión omisiva del mismo se convertía a la postre en «omisión penada por la ley». La posibilidad de reconducir la comisión por omisión al tipo legal se veía facilitada cuando el tipo se limitaba a prohibir literalmente la causación o producción de un determinado resultado. También planteaban esta posibilidad en aquellos tipos cuyo sentido indicaba que lo que ha tratado de prohibirse y lo que ha querido castigarse era la verificación del resultado, con independencia de que su producción fuese consecuencia de una acción positiva o de una omisión (118). Razones de justicia material también conducían a estos autores a aceptar la licitud del castigo de la comisión por omisión, pues, existen supuestos en los que la omisión es un modo de lesión de bienes jurídicos más peligroso incluso que el hacer positivo.

b) Otro sector, haciendo una interpretación –aunque extensiva– del concepto social de acción (119), incluía en los tipos de causación la comisión por omisión sin hacer uso con ello de la analogía. La doctrina social de acción sostiene que es posible elaborar un supraconcepto de acción y omisión sobre concepciones de la sociología (120). Esta segunda alternativa a la solución del problema de la legalidad de la comisión por omisión, entendería los verbos legales que exigen un resultado, no en sentido naturalístico, sino en sentido social. Es decir, para que un resultado sea objetivamente imputable a un sujeto, no es preciso que éste lo cause en sentido físico, sino que puede bastar no evitarlo cuando tenga el deber de actuar. En este sentido, es posible

(118) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, pp. 105 ss.

(119) Sostenida en Alemania por JESCHECK, H. H., *Tratado DP PG*, 4.^a ed., Granada 1993, pp. 200 ss. Para La teoría social de la acción existe un supraconcepto que abarca acción y omisión que tiene carácter normativo. En este sentido GIMBERNAT ORDEIG, E., *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*, ADPCP 1987, pp. 594, 600 ss.

(120) SERRANO PIEDECASAS, J. R., *Crítica formal del concepto de la omisión*, en ADPCP, 1993, p. 998.

entender que los tipos de resultado pueden realizarse por omisión sin desbordar su sentido literal posible (121).

Ante la ausencia de previsión expresa, algunos autores propugnaban mayor concreción y precisión, demandando una fórmula general que declarase punible la comisión por omisión, en orden a coordinar esta clase de delitos con el principio *nullum crimen sine lege* y no suscitar, así, dudas interpretativas (122).

c) Sin embargo, para otro sector doctrinal español no se hacía necesaria una cláusula general referente a la comisión por omisión, ni tampoco la tipificación expresa en la Parte Especial. Estos autores entendían que la cláusula general incluso reportaría inconvenientes (123) si realmente existe una plena igualdad estructural entre comisión y omisión. Aunque con leves diferencias los partidarios de esta tesis afirman que para castigar en comisión por omisión y aplicar la misma pena del delito comisivo se requiere una plena identidad normativa entre acción y omisión.

(121) MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., pp. 328-329; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión*, pp. 359 ss., el mismo, *Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención*, en CPC, 1989, pp. 376 ss., 395 ss.

(122) Así GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984, p. 585; ROMERO CASABONA, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político criminal*, en *Política criminal y reforma penal*, Homenaje al Prof. Del Rosal, Madrid 1993, pp. 925 ss., 936 ss.; el mismo, *Límites de los delitos de comisión por omisión*, en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, pp. 33 ss., 48 ss.; TORÍO LÓPEZ, A., *Límites político criminales del delito de comisión por omisión*, pp. 698-699; ZUGALDÍA ESPINAR, *Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3.º del artículo 489 bis del Código penal*, en CPC, 1984, pp. 571 ss.; MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., pp. 329, 333 ss., 345 ss., proponía también una construcción restrictiva de la comisión por omisión. Como elementos de la tipicidad de este tipo de delitos destaca este autor la presencia de la posición de garante, junto con la ausencia de acción esperada, la producción del resultado y la capacidad de evitar dicho resultado. La posición de garante se apoya en base a la teoría funcional, por lo que únicamente cabe afirmar la posición de garante por a) la creación o aumento de un peligro atribuible a su autor y b) que el peligro cree una situación de dependencia personal del bien jurídico. Con el primer requisito es necesario que el peligro no sea ajeno al sujeto omitente, sino que éste ha de ser responsable del peligro. En segundo lugar, el bien jurídico ha de quedar bajo el control del garante omitente. MIR establece una referencia absolutamente concreta de la posición de garante.

(123) Según los críticos, una regulación de la comisión por omisión plantearía como inconveniente el riesgo de una extensión de la responsabilidad penal en comisión por omisión, pudiendo llegar a sancionar más casos que los que se sancionaban en la anterior situación; en este sentido, entre otros SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Política Criminal y Reforma legislativa en la comisión por omisión*, pp. 1078-1079.

Gimbernat (124) rechaza la doctrina de la posición de garante en la necesidad de una equivalencia exacta entre omisión y causación activa. En los tipos de delitos de resultado, la comisión por omisión, es decir, la subsunción directa de la omisión en el tipo, requiere que ésta equivalga exactamente a la producción activa del resultado lesivo (o de peligro). Y dicha equivalencia exacta o identidad estructural y material con la comisión activa no se da por el simple hecho de que sea garante quien omite.

Luzón Peña (125) exige también una equivalencia o identidad estructural y material entre acción y omisión para ser subsumida en el tipo legal y, por tanto, ser típica. Para este autor hay comisión por omisión cuando la omisión del sujeto por la posición social o por la función específica y habitual que desempeña crea o incrementa de modo decisivo o determinante un riesgo de lesión del bien jurídico. Si el sujeto omite el cumplimiento de su deber o de su función, u omite desempeñar su competencia profesional crea, con su omisión, un peligro hasta ese momento inexistente, o incrementa un peligro de lesión del bien jurídico protegido hasta entonces controlado.

Es decir, la madre que no alimenta al niño, el guardagujas que no cambia las vías o el médico de la UCI que deja de administrar la medicación cometerían homicidio en comisión por omisión porque la omisión de la acción esperada, de alimentar, de cambiar las vías o de cambiar la medicación, respectivamente, es la que crea o aumenta el peligro. Si los sujetos hubiesen actuado, tal peligro o no existiría o estaría controlado. En los casos en que el sujeto omitente no crea ni aumenta un peligro ya existente (procede de causas naturales, de actuaciones de terceros o incluso de actuaciones no dolosas del propio sujeto), sino que deja que el peligro siga su curso y se limita a no intervenir, según Luzón, no hay comisión por omisión, aunque el omitente sea garante, aunque el sujeto tenga un específico deber de garantía respecto al bien jurídico protegido, pues su omisión no ha producido la lesión. En todo caso, según esta tesis, habría omisión del deber de socorro. Tal sería el caso del cónyuge –garante– que no

(124) GIMBERNAT ORDEIG, E., en la recensión al libro de BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, en ADPCP, 1970, pp. 726 ss.; el mismo, *Sobre los conceptos de omisión y comportamiento*, en Estudios de Derecho Penal, 3.ª ed., 1990, p. 194, n. 40; el mismo, *Causalidad, omisión e imprudencia*, en ADPCP, 1994, pp. 5 ss.

(125) LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de DP PG, I*, Madrid 1996; el mismo, *Omisión de socorro: distinción entre omisión propia e impropia*, Comentario a la STS de 3 de marzo de 1980. En DP Circ., 2.ª ed. 1990, pp. 175 ss., 185; el mismo, *Estudios Penales*, 1991, pp. 177, 235 ss., 240-241, el mismo, *Participación por omisión y omisión de impedir delitos*, en La Ley, año VII, núm. 1538, p. 4.

socorre al otro que se ha puesto enfermo, dejándole morir. Tampoco mata el socorrista que no salva a quien se ahoga. Igualmente considera que en los casos de injerencia, la previa acción no dolosa es la que crea el peligro, no la posterior omisión, que ni crea ni aumenta el peligro ya existente, sino que deja que éste siga su curso. Para Luzón sólo las omisiones que son directa y estructuralmente subsu- mibles en la descripción de la conducta típica de los delitos puros de resultado (o resultativos) darían lugar a comisión por omisión, es decir, aquellas omisiones que encajan sin más en la misma, sin forzar ni ampliar el tenor literal a casos no previstos en el mismo ni abarcados por la finalidad de la norma. En definitiva, rechaza la teoría de la posición de garante, considerándola incorrecta y ampliadora de la punibilidad.

En la misma línea que Luzón, Díaz y García Conlledo (126), asimismo, sostiene que si la figura de la comisión por omisión supone castigar con la misma pena hechos englobables dentro de un mismo tipo, ya sean comisivos u omisivos, entonces, y para ser respetuosos con el principio de legalidad, el único fundamento posible sería el de la equivalencia entre la realización típica omisiva y la comisiva. O dicho con otras palabras «identidad estructural y material en el plano normativo», lo que en su opinión, hace innecesaria e incluso a veces inconveniente (según cómo se redacte) la inclusión de una cláusula general de la comisión por omisión en la Parte General de los Códigos Penales.

Para Silva (127), la «identidad estructural el plano normativo» entre la omisión y la realización típica del delito de resultado es una exigencia en nuestro ordenamiento puesto que desde la perspectiva político-criminal restringiría las situaciones de comisión por omisión. La omisión será estructuralmente idéntica a la comisión activa, y dará lugar, por lo tanto, a comisión por omisión, cuando el sujeto ha asumido material y efectivamente un compromiso específico: una posición de garante, que en el propio sujeto actúa a modo de «barrera de contención de un riesgo específico». El no contener el

(126) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?* Comentario a la STS, Sala 2.ª de 8 de octubre de 1991. En PJ, núm. 24, p. 208, n. 12.

(127) SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión*, pp. 342 ss. especialmente 369-371, el mismo, *Aspectos de la comisión por omisión: fundamentos y formas de intervención. El ejemplo del funcionario penitenciario*, en CPC, núm. 38, 1989, pp. 371-376 ss., n. 23; el mismo, *Política Criminal y Reforma legislativa en la comisión por omisión*, pp. 1074-1077; el mismo, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, en La Ley, núm. 4144, 15 octubre de 1996, pp. 1 ss.

riesgo cuando éste amenaza con realizarse en el bien jurídico protegido, supone una auténtica identidad estructural en el plano normativo con el hecho comisivo, siendo indiferente que el riesgo se genere por vía causal del sujeto, o que éste, teniendo «en sus manos» tal riesgo, le deje producir resultados lesivos. Comisión activa y comisión por omisión aparecen así como dos formas diversas ontológicamente, pero que desde la perspectiva normativa, se hacen idénticas en su estructura y en su configuración material como modos de dominio (control) sobre el riesgo típico. De esta manera, un mandato y una prohibición pueden integrarse bajo una única descripción típica. Por lo general, la norma que subyace a los tipos de la Parte Especial es una norma de prohibición de conductas que entrañan riesgos relevantes para los bienes jurídicos. Pues bien, tales conductas de riesgo pueden adquirir una configuración ontológica doble: por una lado, la de creación por medio de un movimiento corporal (de causalidad eficiente) de ese riesgo (comisión activa); por otro, la de asunción del compromiso material de actuar a modo de barrera de contención de determinados riesgos que amenazan una esfera jurídica ajena, unida a la vulneración del compromiso adquirido. La comisión por omisión es omisión en cuanto que supone la vulneración de un compromiso de actuar concretamente adquirido, no hay creación causal del riesgo, sino ausencia de control del mismo; y es comisión porque la asunción del compromiso más su vulneración implican un control del riesgo idéntico al que se tiene por vía de su creación activa. Según Silva, en la comisión por omisión, el riesgo que tiene un origen externo al sujeto, se hace típico *por y para él* en virtud del compromiso infringido que genera en él un dominio normativamente idéntico al que pudiera tener un sujeto que creara activamente dicho peligro. Para Silva, el médico de guardia o de urgencias e incluso el médico rural no realizan homicidio en comisión por omisión porque su compromiso es genérico (y no específico) para contener el riesgo *específico* para el bien jurídico protegido. Habrá compromiso específico, por ejemplo, si el médico procediese a una asunción efectiva del tratamiento y no adoptase las medidas de protección, dando lugar a un peligro que convierte al médico en dueño absoluto del proceso que conduce al resultado.

También para Huerta Tocildo (128) la solución de la identidad estructural en el plano normativo obviaría los problemas de una regu-

(128) HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, pp. 186 ss.; la misma, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, *passim*.

lación explícita en los tipos de la Parte Especial de las omisiones equiparables a la comisión, y los derivados de una inclusión de un precepto en la Parte General que regulara el problema de la equiparación, que por su imprecisión pudiera dar lugar, en el marco de la jurisprudencia, a soluciones contraproducentes.

Gracia Martín (129) también exige en el tipo de comisión por omisión, no una mera equivalencia, sino una total identidad, que sólo puede establecerse en el plano normativo del tipo de lo injusto. Si fuera así, cabría subsumir la omisión directamente en el tipo de la Parte Especial. Para Gracia el criterio decisivo de identidad es el que denomina «relación de dominio social» (130). Sólo quien posee la capacidad del dominio de la causa fundamental del resultado y, además, asume ese dominio de modo efectivo mediante un acto personal, se sitúa en la posición de garantía del tipo de comisión por omisión y su omisión podrá ser idéntica a la realización del tipo mediante una acción positiva. Si la omisión es, en estos casos, idéntica a la acción es porque es plenamente portadora del contenido de lo injusto típico y, por ello, la pena prevista en el tipo de comisión por omisión, en sentido estricto, tiene que ser la misma que la prevista para el tipo de acción. En los genuinos delitos de comisión por omisión, el garante es el sujeto omitente de una acción idónea para eliminar o contrarrestar la lesión de la causa fundamental del resultado.

La introducción de una disposición específica para la comisión por omisión sería, según Gracia, innecesaria. Sólo podría tener un valor declarativo y sería, cuando menos, perturbadora. Gracia considera que estas omisiones deben ser penadas directamente por los tipos de la Parte Especial y con la misma pena que la acción.

3. En general, salvo para los defensores de la plena identidad estructural de acción y omisión en el plano normativo, la doctrina se mostraba partidaria de una cláusula relativa a la comisión por omisión y con presencia de una posición de garantía. Posición de garante admitida incluso por Silva o Gracia, aunque considerada innecesaria por Gimbernat, Luzón Peña o Díaz y García Conlledo.

(129) GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal, I*, pp. 354 ss., 361-368; el mismo, *La comisión por omisión en el Derecho penal español*, en *La comisión por omisión*, Cuadernos de Derecho judicial (CGPJ), 1995, pp. 55 ss., 82 ss.; DÍEZ RIPOLLÉS/ GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, ed. Tirant lo Blanch, 1993, pp. 77, 78, 84.

(130) GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en DP, I*, Zaragoza 1985, pp. 350-365 ss.

B. Argumentos jurisprudenciales

1. Como hemos dicho anteriormente, el desarrollo dogmático de la comisión por omisión se realiza en Alemania a partir de los años veinte y treinta y se introduce lentamente en nuestro país. A ello se suma la repercusión que tuvo en la doctrina y jurisprudencia españolas la concepción de la omisión de Silvela, continuada después por Córdoba Roda, según la cual, «la omisión no es otra forma común a todos los delitos, sino por el contrario, especial y determinada de algunos, muy escasos en número, y por tanto, la inacción es una forma legal de delinquir, sólo para algunos casos establecidos, y, en cierto modo, excepcional» (131). Todo esto contribuyó a que el Tribunal Supremo haya sido lento y vacilante, hasta prácticamente los años ochenta, en asumir los planteamientos y construcciones doctrinales respecto a la comisión por omisión. A partir de esta época, la apuesta jurisprudencial es mucho más clara, firme y reiterada en cuanto al requisito de la posición de garante para afirmar la comisión por omisión.

Si bien la jurisprudencia se muestra reticente a admitir la comisión por omisión dolosa, en los casos de imprudencia el Tribunal Supremo equipara continuamente la omisión del garante al comportamiento activo. A estas soluciones llega el Tribunal Supremo, sin embargo, sin adentrarse en la discutida equivalencia entre acción y omisión, ni realizar tampoco un especial detenimiento en el análisis de las distintas soluciones doctrinales mantenidas respecto a los principales problemas que plantea la comisión por omisión (132).

Veamos algunas sentencias:

2. En primer lugar quisiera destacar que la comisión por omisión ha venido siendo admitida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, sin que ello haya sido considerado una quiebra del principio de legalidad. En este sentido la STS de 28 de enero de 1994 deja claro que:

«el comportamiento humano, criminalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada “acción”, que también podemos llamar “comisión”, y un no hacer lo debido, en principio considerada como conducta pasiva, denominada “omisión”. Ambos aspectos aparecen previstos en el artículo 1 del Código Penal. Como cuestión previa, se debe resolver si los hechos

(131) SILVELA, L., *Derecho Penal*. Tomo II, Madrid, 1879, p. 128.

(132) Cfr. DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *Participación por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en Cuadernos de Derecho judicial, 1994, pp. 117 ss.

enjuiciados se refieren a una conducta comisiva o de acción o por el contrario se ha infringido el deber de evitar un resultado dejando de realizar aquello que era obligado y exigido por el ordenamiento, supuesto que se llama de omisión impropia o de comisión por omisión. Varios son los criterios sostenidos en la doctrina para diferenciar una conducta comisiva de la que es omisiva en la modalidad denominada comisión por omisión. De ellos parece destacar, por su acertada construcción, aquel que se fija en el momento en el que la voluntad criminal se exterioriza. Desde este punto de vista la distinción se encontrará en función, o a partir, del momento en que la voluntad del autor se concreta en llevar a cabo su plan. Si esa concreción se sitúa al comienzo de los hechos que constituyen el delito, se tratará de un delito de acción en que la omisión no es más que un medio para alcanzar el resultado, fin que se alcanza a través de un medio omisivo. Por el contrario, será delito de comisión por omisión cuando el sujeto tiene un deber de actuar y no interrumpe la sucesión del acontecimiento que conoce cuando ya está en marcha, es decir, ya había comenzado el suceso que produce el resultado que debía haberse evitado.»

La sentencia de 26 de junio de 1990 examina la autoría y la cooperación necesaria de un homicidio realizado físicamente por otros dos sujetos en presencia del procesado y en su propio domicilio. El recurrente plantea que el Código penal no tiene una cláusula general de equiparación entre el hacer y el omitir, ni tampoco una tipificación expresa de los delitos omisivos y que por ello se ha interpretado extensivamente el instituto de la comisión por omisión al no concurrir la condición de garante de la víctima. Si no hay posición de garante, no existiría obligación de proteger el bien jurídico protegido. El Tribunal Supremo responde de la siguiente manera:

«no es realmente cierto que nuestro Código penal no contenga una norma de carácter general en la que se especifique que la “acción” y la “omisión” son equivalentes a la hora de la inculpación delictiva, pues basta una simple lectura del párrafo primero del artículo 1 de dicho texto legal para entender la existencia de tal equivalencia; es decir, esos dos modos de actuar tienen idéntica categoría comisiva y deben ser valorados de la misma forma porque ambos producen el mismo efecto, aunque unos tengan un carácter positivo y otros negativo. Por eso, ante esa cláusula general de equiparación, no cabe hablar de que no existen tipos delictivos de carácter omisivo, pues el empleo de la acción negativa en la realización de un hecho no tiene por qué estar incluida de manera concreta en el precepto definidor del tipo (...).»

En esta sentencia el Tribunal Supremo asimila el artículo 1 del anterior Código penal a una cláusula general de equivalencia entre acción y omisión. Entiendo con Rodríguez Mourullo (133) que la sentencia de 26 de junio de 1990 es en este punto incorrecta, puesto que el artículo 1 no se ocupaba para nada de la problemática de la comisión por omisión, sino que se limitaba, al igual que ahora el artículo 10 del Código vigente, a declarar que la omisión, como forma de la conducta humana, puede, al igual que la acción, constituir el substrato del delito. Lo que se establece en estos preceptos es que delito puede ser una omisión penada por la ley, pero esto lejos está de constituir una cláusula de equivalencia entre los presupuestos bajo los cuales quepa equiparar la no evitación del resultado típico y su causación activa (lo que sí constituye el artículo 11).

3. En segundo lugar, la jurisprudencia admite y exige expresamente la posición de garante como requisito necesario en la comisión por omisión (134).

La sentencia de 27 de enero de 1995 condena como autor de un delito de robo con violación y una falta de lesiones en comisión por omisión cuando dice que es admisible

«conforme a la legalidad penal vigente sancionar las acciones y las omisiones consistentes en impedir un resultado cuando el omitente se encuentra en posición de garante.

En este sentido, se dice por la doctrina científica y por la jurisprudencia (...), que, para que pueda entenderse cometido un delito bajo la modalidad de “comisión por omisión”, es imprescindible que el sujeto inculpaado tenga la cualidad de “garante”, es decir, que esté obligado a actuar para impedir la realización del tipo.

Atribuir la condición de “garante” a estos efectos, es decir, “cargar” a una persona con la obligación, a efectos penales, de actuar para evitar que otra u otras personas delincan, ha de ser una operación que, sólo tras un examen muy cuidadoso de las circunstancias concurrentes, puede verificarse.»

Así por ejemplo, la sentencia de 31 de enero de 1986 condena a un sujeto como cooperador necesario por omisión en sendos delitos de violación y asesinato. En el fundamento de Derecho número 2 se dice expresamente que para que haya comisión por omisión (se refiere la sentencia a la participación, tanto en su modalidad de coo-

(133) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, en *Política Criminal y Reforma penal*, Homenaje a la memoria de D. Juan DEL ROSAL, p. 911.

(134) No sólo respecto del autor, sino también del cooperador necesario.

peración necesaria como de complicidad), se requiere posición de garante (135).

Otra sentencia en la que se expresa la necesidad de posición de garante es la siguiente,

«tanto la doctrina como la jurisprudencia, consideran que para que pueda entenderse cometido un delito por comisión por omisión, es imprescindible que el sujeto inculpado tenga la cualidad de garante de la víctima, o lo que es lo mismo, esté obligado, por circunstancias concretas, a evitar la realización del hecho» (STS 26 de junio de 1990).

4. En general, el Tribunal Supremo fundamenta la posición de garante en la teoría del deber jurídico formal, con sus fuentes en la ley, el contrato y el actuar precedente, evolucionando hacia la teoría de las funciones, pero retomando la teoría formal y sin dejar de utilizarla. En realidad las entremezcla, acogiendo las nuevas tendencias doctrinales de manera acumulativa, lo que resulta confuso en aras a la delimitación de los delitos de comisión por omisión, y de la posición de garante.

«La jurisprudencia ha admitido tales posiciones de garante en el caso de los delitos impropios o de comisión por omisión, cuando el sujeto tiene un deber especial de actuar de base legal y, en particular, cuando ésta surge de *la ley, de la libre aceptación de la posición de garante o*

(135) Aunque no voy a analizar en este trabajo el problema de la participación por omisión, sí me gustaría apuntar la situación actual en la doctrina española y alemana. En Alemania hay tres posturas:

a) La que sostiene que cuando existe posición de garante no cabe distinguir entre autoría y participación (por carecer de sentido aquí el criterio del dominio del hecho). El garante responderá siempre como autor en comisión por omisión, aunque el hecho lo haya cometido activamente otro sujeto y éste sea también autor del mismo (así, KAUFMANN, WELZEL, y en España BUSTOS, BACIGALUPO).

b) La que sostiene que es posible la cooperación omisiva en el garante, puesto que si éste no impide la comisión activa del hecho, es porque la acción tiene el dominio del hecho necesario para la autoría, mientras que el omitente garante carece del dominio del hecho y por ello sólo es partícipe (así, JESCHECK y en la doctrina española, CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO).

c) La posición ecléctica defiende que en los delitos de resultado, si quien omite impedir su comisión activa por otro es garante, siempre es autor; sin embargo admite la participación en comisión por omisión para evitar la impunidad del garante en aquellos tipos en los que al omitente garante no se le puede considerar autor, como por ejemplo en los delitos de propia mano, de actividad, especiales o con elementos subjetivos del injusto, etc. (así, STRATENWERTH, RUDOLPHI, y entre nuestros autores, GÓMEZ BENÍTEZ). (Cfr. LUZÓN PEÑA, D. M., *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, en PJ, núm. 2, pp. 77 y 78).

con un acto previo (antijurídico) ha creado el peligro concreto de producción del resultado atípico» (STS de 27 de enero de 1995).

Como dice la Sentencia de 31 de octubre de 1991 (RJ 1991\7473), la fuente de esa esperada intervención, deber jurídico de actuación del garante, o deber jurídico de obrar, puede nacer de la ley, del contrato o de un actuar peligroso precedente.

También, por ejemplo, la sentencia de 13 de diciembre de 1988, en el fundamento jurídico tercero expresa que el deber jurídico de actuar se fundamenta en las fuentes formales:

«tanto la doctrina como la jurisprudencia de este Alto Tribunal estima que las conductas omisivas, aparte de los casos especialmente previstos y tipificados concretamente en la Ley penal, pueden ser valorados como conductas punibles desde la perspectiva denominada “comisión por omisión” (...). Basta para ello que el sujeto tenga un específico deber de actuar para impedir la producción del resultado antijurídico, bien sea ello debido a expresa *determinación legal* o a la posición de “garante” asumida por el mismo, en base a la idea de *injerencia*, por haber creado una determinada situación de peligro.»

La STS de 22 de junio de 1991, la de 31 de octubre de 1991 y la de 6 de octubre de 1995, entre otras, fundamentan la posición de garante en la *ley*, en el deber de velar por los hijos, en razón de la patria potestad del artículo 154.1.º del Código civil.

La STS 26 de junio 90 dice que las «circunstancias que (fundamentan la posición de garante) pueden ser muy diferentes en cada supuesto, pero hay algunas de evidente carácter definitorio (como *haber creado el peligro* que desencadena la acción (actuar precedente peligroso)». En términos similares la STS de 6 de abril de 1992 admite la posición de garante por *injerencia* cuando expone que el sujeto

«creó una situación de peligro que le constituyó en la situación de garante y en vez de realizar la acción esperada, que el ordenamiento penal convierte en acción exigida, no solamente no realizó acción alguna para impedir que el otro procesado cometiese el delito que cometió, sino que guardó silencio y con una conducta absolutamente pasiva, sin duda, contribuyó, eficazmente, a que el otro procesado pudiese haber realizado su propósito criminal.»

En la STS 31 de enero de 1986 el Tribunal fundamenta la posición de garante no sólo en la relación de parentesco con la víctima, sino en que tal circunstancia, y sobre todo, el hecho de ser amigo de la familia de la muchacha, al darle confianza el sujeto, *creó el riesgo* de los pos-

teriores ataques y asumió tácitamente la función de guarda, amparo y defensa a la que se encomendaba la muchacha al acompañarles en el coche. La pasividad del sujeto en posición de garante surgida de una actuación del sujeto creadora de riesgo implica un deber específico de impedir que se produzca el resultado dañoso (136). El Tribunal en esta sentencia entremezcla la teoría funcional (protección de un bien jurídico) y la teoría formal (actuar precedente peligroso), mientras que en la STS de 22 de septiembre de 1993 se decanta claramente por la teoría de las funciones. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y los acusados y dicta segunda sentencia en la que condena como autores de un delito de estafa agravada por fraude procesal. En el fundamento de Derecho tercero, el Tribunal señala que

«la estafa por omisión puede darse cuando *determinadas relaciones de confianza y de lealtad recíproca imponen un deber de obrar, y, en este caso, la próxima relación parental* y la comunidad de intereses sobre la casa en cuestión obligaba a quienes, como los acusados, estaban al corriente de la pendencia del crédito hipotecario, poner en conocimiento de los hermanos los requerimientos de pago del Banco, *lo que no hicieron* maliciosamente para provocar el proceso de ejecución –aquí la estafa procesal– por impago de la cantidad debida, exigua y totalmente desproporcionada con el valor de la finca, como primer eslabón de un plan diseñado para hacerse con su propiedad en perjuicio de los otros dos copropietarios, procedimiento de ejecución hipotecaria que era secuela inevitable del impago de los plazos adeudados y que se dejó correr en todos sus trámites, pese a las reiteradas invitaciones al pago que el procedimiento lleva consigo, para llegar a la subasta con la seguridad de que los hermanos –desconocedores de las notificaciones y sólo a merced de la información edictal en los diarios oficiales y en un periódico de una ciudad donde no residían– pudieran interferir el curso judicial.»

Aquí el Tribunal fundamenta la acción esperada, el deber de obrar, en una función protectora de un bien jurídico, bien en virtud de una vinculación natural que se da, sobre todo, en el ámbito familiar (próxima relación parental), bien en *una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras*, que se da, en general, en todas aquellas personas que de forma expresa o tácita asumen la obligación de impedir determinados resultados, obligación que constituye precisamente

(136) Vid. al respecto DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *Participación por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en Cuadernos de Derecho judicial (CGPJ) 1994, La comisión por omisión, pp. 137, 152 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, en PJ, núm. 2, pp. 77 y 78.

el objeto de su aceptación, *pero que no siempre puede fundamentarse en la ley o en un contrato.*

Respecto a las fuentes de la posición de garante, la jurisprudencia da un paso más y tiene en cuenta, también, el rol social que desempeña el sujeto dentro de un conjunto organizado de personas, basado en el principio de jerarquía y también en la división del trabajo. El incumplimiento de los deberes del sujeto respecto a los fines y objetivos de la organización, le hacen garante, entre otras razones por su condición de máximo responsable. En la sentencia de 2 de febrero de 1996 se condena como autor en comisión por omisión a un director de cárcel en funciones respecto del delito del artículo 187.5 del CP y faltas de lesiones que causan los funcionarios a diversos internos. El director vio, pasivamente, cómo se utilizaba un plus de fuerza para vencer la resistencia activa y pasiva de los internos:

«El tipo penal del artículo 187.5.º del anterior Código penal se refiere al funcionario de prisiones que impusiere a los presos o sentenciados privaciones indebidas o usare con ellos de un rigor innecesario. Supone un delito especial propio, en cuanto que sujeto activo de la infracción tan sólo puede serlo el funcionario de prisiones, o sea, un miembro de los diversos cuerpos de instituciones penitenciarias. La acción consiste en la imposición de privaciones indebidas, en el uso con ellos de un rigor innecesario, por lo que la tipicidad exige determinar, si las privaciones fueron debidas o no y se usó de un innecesario rigor, porque la acción será atípica a todas luces cuando la privación impuesta a los reclusos sea debida o cuando el rigor usado sea el preciso.

El acusado era mando de incidencias y director en funciones y se limitó a ordenar “la identificación y el aislamiento provisional de los internos responsables, así como su traslado a celdas de aislamiento ubicadas en la 5.ª Galería.” (...) La Ley Orgánica 1/1979, de 26 septiembre (RCL1979\2382 y ApNDL 11177), General Penitenciaria, exige a los internos no sólo el acatamiento de las normas de régimen interior [art. 4 b)], sino mantener una actitud de respeto y consideración a los funcionarios [art. 4 c)], señalando que “el régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia adecuada” (art. 41.1) y el propio Reglamento aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 mayo (RCL 1981\1427, 1814 y ApNDL 11181), atribuye al director, entre otras funciones, la de “adoptar las medidas reglamentarias urgentes necesarias para prevenir y, en su caso, resolver cualquier alteración individual o colectiva del orden en el establecimiento, dando cuenta inmediata al centro directivo”. Todo es así y es justo consignarlo, pero la ejecución de tal cometido en la que sí participó de forma intermitente el acusado, le permitió comprobar que se vencía la resistencia activa o pasiva de los internos con empleo excesivo de fuerza, cuyo uso estaba justificado ciertamente, pero no el plus aplicado en la

ejecución del acuerdo. (...) El propio recurrente reconoce que, al menos presencié los golpes propinados a un recluso. Aquí, su presencia y su cargo avalaron la utilización de la fuerza innecesaria, habida cuenta del número de funcionarios intervinientes en el traslado de cada interno frente a una resistencia, que no consta fuera muy grave. Tal presencia en este caso detectada, le convierte como Director en funciones en garante de la ejecución del traslado.

(...) La presencia del acusado durante el maltrato a algunos internos, su especial categoría funcional y jerarquía en el Centro, la delegación parcial de la ejecución de la orden en el mismo y su activa participación en los traslados, le hacen garante de la seguridad de los internos trasladados y le convierten en autor por su condición de garante.»

De esta sentencia me parece destacable cómo la jurisprudencia acoje ya la posición de garante del autor en base a la función que desempeña en relación con el bien jurídico que se protege —la seguridad de los internos—. La responsabilidad penal apunta hacia el responsable jerárquico superior. La acción esperada que le obliga jurídicamente a adoptar las medidas necesarias se describe claramente en la Ley, en el Reglamento penitenciario. Teoría funcional y formal aparecen complementándose, y precisamente, por no adoptar las medidas reglamentarias urgentes necesarias para prevenir y, en su caso, resolver cualquier alteración individual o colectiva del orden en el establecimiento, dando cuenta inmediata al centro directivo, es decir, al no llevar a cabo la acción que jurídicamente debía realizar, pudiendo hacerlo, y evitando o controlando así tal peligro que entonces no existiría o estaría controlado, responde penalmente en comisión por omisión.

5. Resultado, acción esperada y el deber de evitar el resultado (capacidad y posibilidad de evitarlo) son otros elementos que la jurisprudencia ha ido señalando para la imputación del resultado al sujeto omitente.

La sentencia de 22 de junio de 1991 relativa a la conducta omisiva del padre que permite y presencia los malos tratos de la madre sobre una hija, en el fundamento jurídico segundo dice:

«tales conductas, con independencia de los típicos delitos de omisión pueden ser valoradas como válidas en orden a la comisión de determinados *delitos de resultado* (como es el caso del delito de lesiones) en lo que doctrinalmente se conoce como “delitos de comisión por omisión”, o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuye al sujeto la *obligación de evitar el resultado típico*, como garante de un determinado bien jurídico, y que, en el presente caso se concreta en el deber de velar

por los hijos, por razón de la patria potestad del artículo 154.1.º del Código civil.

En el presente caso la conducta pasiva del padre fue condición necesaria para la producción del resultado lesivo. No cabe imaginar que la “esperada” (*por obligada*) acción protectora del padre no hubiera evitado el resultado, particularmente habida cuenta de la múltiples lesiones de la menor.»

En la sentencia de 6 de abril de 1992, el Tribunal Supremo en el fundamento quinto dice que:

«En esta sentencia se vuelve a fundamentar la posición de garante en el actuar precedente peligroso, que junto con *el resultado* producido y la *ausencia de acción esperada* constituyen elementos definitorios de la comisión por omisión.»

En la sentencia de 28 de enero de 1994 se condena por parricidio cometido por comisión por omisión: abandonado el marido tetrapléjico en el domicilio conyugal sin auxilio alguno fallece antes de transcurrir cinco días, por fallo respiratorio. En el fundamento sexto se expresa ya de manera clara y definida la construcción de la comisión por omisión, así como los elementos que la configuran:

«La estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo».

En esta sentencia de 1994, con el Proyecto de Código penal en ciernes, es de destacar cómo los planteamientos y discusiones doctrinales van ya perfilando una jurisprudencia que en poco va a modificarse con la actual regulación de la cláusula general de la comisión por omisión. Como notas destacables figuran:

a) Se requiere posición de garante. El reconocimiento de que la comisión por omisión hunde sus fundamentos en el deber jurídico de actuar: en la inferencia y en otras fuentes.

b) Los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado. Ha de existir la posibilidad de evitarlo.

c) Como elementos propios de la omisión, hay una ausencia de acción esperada y capacidad de realizarla.

6. Por último quisiera destacar que si en un principio la jurisprudencia consideró la posición de garante como criterio de equivalencia

en sí mismo y no estableció una identidad normativa entre acción y omisión, –así, por ejemplo, en la STS 31.I.86 en donde se dice que el «no impedir» el resultado (en posición de garante) equivale al «causar» en sentido amplio–, en sentencias posteriores ha admitido que la posición de garante no basta y se requiere además que la omisión sea equivalente a la acción:

«Ciertamente los criterios de equivalencia entre la acción y la omisión no se agotan en la posición de garante del omitente. La doctrina ha puesto de manifiesto la necesidad de que la omisión sea, como tal, equivalente a la acción. Ello no ocurre en el caso del delito de violación, en el que, claramente, el acceso carnal no es equivalente al no-acceso carnal...» (137) (STS 27.I.95).

En términos semejantes otras sentencias (STS 9.IV.96; STS 6.XI.96) vienen a insistir en que la equivalencia entre la acción y la omisión no se agota en la posición de garante.

Es decir, la posición de garante es elemento necesario pero no suficiente: además se requiere que la omisión sea «equivalente» a la acción, con lo que está dando a entender el Tribunal que se precisan dos juicios para calificar un hecho en comisión por omisión: la posición de garante y los deberes que le obligan a actuar y la «equivalencia» entre acción y omisión. Son, por tanto, dos momentos distintos.

7. Por mi parte, asumo las tesis doctrinales de la identidad estructural en el plano normativo entre la comisión y la omisión, pero sin olvidar que entonces nos estamos refiriendo a la comisión por omisión. Como he destacado anteriormente, la comisión por omisión es comisión y es omisión, pero con su propia autonomía e independencia. Si para Gimbernat, Luzón Peña y Díaz y García Conlledo la posición de garante no desempeña ningún papel en la identidad entre acción y omisión, entiendo que para castigar el resultado típico de la omisión de una acción esperada jurídicamente, con la pena que la ley establece en un tipo prohibitivo de causar, al esperarse jurídicamente una acción, la omisión de la misma sólo podrá llevarla a cabo un sujeto cualificado: el garante. Desde mi punto de vista, la posición de garantía se convierte así en el eslabón que une una y otra forma de comportamiento para dar lugar a la comisión por omisión. Pienso que tal elemento no estorba, y es más, fortalece la plena identidad entre la comisión y la omisión. Por ejemplo, para castigar a alguien por las

(137) Para tales casos, de todos modos, la doctrina ha admitido con anterioridad al nuevo Código penal la aplicación de la cooperación necesaria omisiva, (art. 28.b) en lugar de la autoría material.

lesiones que sus productos han ocasionado a un número de consumidores, la obligación jurídica de actuar (de paralizar la producción y distribución, o la retirada del producto del mercado, por ejemplo) sólo incumbe a unos sujetos determinados, no a cualquiera (137 bis). Ese sujeto obligado jurídicamente a realizar la acción esperada, por la función que realiza en su ámbito de organización, es el sujeto activo de la comisión por omisión.

La posición de garante se configura, así, como un elemento esencial de la comisión por omisión. Es decir, sin posición de garante no hay comisión por omisión.

VI. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. La solución legal de castigar con una pena los delitos de resultado, cuya producción comprende también, en el tipo, la realización de ese resultado por omisión, ha sido, valga la redundancia, prácticamente una constante omisión en nuestro Derecho histórico (138). En *Las Partidas* sólo se recoge esta idea en dos de sus leyes: en la Partida II, Título XXVIII, Ley VI, donde se condena como parricida a la madre que deja que el hijo indefenso muera de hambre; y en la Partida VII, Título VIII, Ley XVI, que castiga con pena de homicida a los siervos y sirvientes que «viendo» matar a sus señores, o a los hijos de éstos, no los socorriesen. Estos son los dos únicos casos claros de equiparación con conductas activas. En el *Fuero Real, Libro IV, Título XXIII, Ley III*, se recoge un único supuesto, al equipararse acción y omisión: la muerte acaecida por abandono de niño, al no haber existido nadie que lo recogiese o protegiera. En el *Ordenamiento de Alcalá*, en la *Nueva* o en la *Novísima Recopilación*, los delitos de resultado sólo podían cometerse por acción en sentido estricto, con lo que es prácticamente imposible admitir la comisión por omisión en aquella época.

2. Técnica parecida a la de los textos anteriores es la utilizada por el Código de 1822 para los delitos contra la vida (arts. 605 y 711).

(137 bis) Cfr. CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998; la misma, *¿Protege el Derecho penal a los consumidores?*, AP n.º 18, 1999.

(138) Cfr. HERRERO HERRERO, C., *La posición de garante, un concepto de compromiso en los delitos de comisión por omisión*, en *Estudios de Derecho penal, procesal-penal y Criminología*. Centro de Estudios Judiciales. Ministerio de Justicia, Madrid 1993, pp. 47-50.

En los Códigos anteriores al de 1995 no se recoge la comisión por omisión, por lo que son los argumentos doctrinales y jurisprudenciales los que la posibilitan.

Desde el Código de 1848 hasta el anterior al de 1995 se utiliza la misma técnica jurídico penal: las omisiones tipificadas expresamente se consideran delitos de omisión pura o propia, se produzca o no el resultado (139). Y este planteamiento se acentúa a partir de la Reforma de 17 de julio de 1951 que incorporó los artículos 338 bis y 489 bis.

3. Ni el Proyecto de 1980 ni la Propuesta de Anteproyecto de 1983 incluyeron regulación alguna sobre la comisión por omisión (140). Con respecto al Proyecto de 1980, a pesar de que algunos penalistas especialistas en el tema (141) proponían la inclusión de una cláusula general sobre la comisión por omisión, ésta no se admitió. La Ponencia especial redactora del Anteproyecto de 1980 estimó que la comisión por omisión sólo debía admitirse con carácter restrictivo, y una cláusula general tendería a generalizar la equivalencia entre no evitación de un resultado típico y su causación activa. A pesar de todo la cuestión se debatió en la Comisión General de Codificación a propósito de una enmienda presentada por Cerezo Mir y se aceptó la fórmula presentada por Barbero Santos:

El que no impida, pudiendo hacerlo, la producción de un resultado descrito en la ley penal, incurrirá en la pena establecida para dicha infracción únicamente si tenía el deber jurídico de evitar el resultado y la omisión es equiparable a la acción.

La Ponencia especial mantuvo, a pesar de ello, su posición originaria, aunque incorporó dicha fórmula como solución alternativa para

(139) En cuanto a otras clasificaciones de los delitos de omisión, vid. *supra* *Omisión, comisión y comisión por omisión*.

(140) HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, p. 71; la misma, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 21 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, p. 911.

(141) ASÍ CEREZO MIR, J., *Observaciones críticas al Proyecto de Ley Orgánica de CP*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 202; MIR PUIG, S., *Observaciones a los títulos preliminar y primero del Proyecto de CP de 1980*, en *La reforma penal y penitenciaria*, p. 500; TORIO LÓPEZ, A., *Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión*, en *ADPCP 1984*, pp. 698-699, 702 ss. en donde se manifiesta a favor de una formulación de la posición de garante en la Parte General, pero sin precisar ninguna propuesta.

que el Gobierno pudiese elegir la que considerase más conveniente. El Gobierno, al remitir el Proyecto a las Cortes, no incluyó la cláusula sobre la comisión por omisión (142). «La Propuesta alternativa de la Parte General del Código Penal» (143) presentada en el Parlamento por el PCE (Partido Comunista de España) como Contraproyecto al Proyecto de Ley sobre la «Reforma Parcial del Código Penal» de 1982, sí contenía en su artículo 5 una cláusula general para los delitos de comisión por omisión, aunque, ciertamente, se reducía a la cláusula de equivalencia (144).

Los delitos consistentes en la producción de un resultado podrán considerarse realizados tanto por acción como por omisión, pero sólo cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación. El Juez podrá en este caso atenuar la pena en la medida prevista en el artículo 55.

4. El Proyecto de CP 92, por el contrario, sí proponía en su artículo 10 la siguiente cláusula general sobre la comisión por omisión:

Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión, pero en todo caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación.

Esta fórmula legal mereció toda clase de críticas de la doctrina:

Para Jescheck (145) el artículo 10 del Anteproyecto del 90 (146), que se trasladó prácticamente al Proyecto del 92, nada decía al problema central de los delitos de comisión por omisión: la posición de garante y, asimismo, carece de la determinación de que el deber de impedir el resultado sólo puede consistir en un deber jurídico que afecte personalmente al autor por omisión (y no también en un deber

(142) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, pp. 912-913.

(143) MIR PUIG/ MUÑOZ CONDE, *La propuesta alternativa de la Parte General del Código penal*, en CPC, núm. 18, 1982.

(144) JESCHECK, H. H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, p. 85; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Política Criminal y Reforma legislativa*, p. 1072.

(145) JESCHECK, H. H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, pp. 77 ss., 85.

(146) El artículo 10 del Borrador de Anteproyecto de CP de 1990 establecía:

Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro podrán realizarse tanto por acción como por omisión, pero en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga a su causación.

moral). Tal regulación se reduce a la cláusula de equivalencia. Propone un texto que abarque mejor la regulación de esta materia con los siguientes puntos:

- a) que la comisión por omisión se admita sólo en los delitos de resultado;
- b) que el deber de evitar el resultado descansa en el propio ordenamiento jurídico y afecte directamente al autor;
- c) que exista una cláusula de equivalencia contraída expresamente a los delitos con medios comisivos determinados;
- d) que se dé cabida en tal cláusula a fundamentos materiales, con lo que se abarque ambos grupos de posiciones de garante: garantes protectores (de cuidado) y garantes vigilantes (de seguridad).

Díaz y García Conlledo (147) valora también de forma negativa dicha cláusula por remitir a un criterio extensivo de la equiparación y no prejuzgar el criterio en el que se ha de basar esa equivalencia. Es coherente con su postura ya que al igual que Luzón Peña considera superflua la posición de garante en aras a una identidad normativa entre comisión y omisión.

En opinión de Rodríguez Mourullo (148) dicho artículo carecía por completo de criterios materiales. No menciona la exigencia de un deber jurídico de obrar, ni las fuentes de ese deber, no habla de la no evitación de un resultado perteneciente a un tipo de delitos a cuyo tipo pertenezca el resultado, sino de *delitos o faltas consistentes en la realización de un resultado*. Por ello, entiende que no se avanza nada desde el punto de vista del principio de legalidad, pues se trata de una cláusula vacía, con un valor puramente formal. Eso sí, requiere la equivalencia de la no evitación del resultado con su causación, pero silencia por completo cualquier criterio que pudiera servir de orientación para tal equivalencia, limitándose al *sentido del texto de la Ley*, es decir, al tipo correspondiente de la Parte Especial.

Romeo Casabona (149) se manifiesta a favor de la cláusula legal aunque señala ciertas deficiencias: la fórmula utilizada no introduce

(147) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo?* Comentario a la STS, Sala 2.ª de 8 de octubre de 1991. En PJ, núm. 24, p. 208, n. 12.

(148) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omisión*, pp. 915 ss.

(149) ROMEO CASABONA, C. M.ª, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencia y perspectiva político-criminal*, p. 937, el mismo, *El Anteproyecto de CP 1992*, en *Propuestas para la Reforma penal*, Universidad de la Laguna, 1992, pp. 16 ss.

criterio alguno para acotar mínimamente el sujeto activo del delito; tampoco indica qué conductas *podrán realizarse tanto por acción como por omisión* y sólo se limita a la inclusión del principio de equivalencia. Romeo propone la siguiente fórmula

Los delitos o faltas consistentes en la producción de un resultado de lesión o de peligro se castigarán tanto si se realizan por acción como por omisión, pero, en este caso, sólo cuando la no evitación del resultado equivalga, según el sentido de la Ley, a su causación, y siempre que el omitente tuviera la obligación de evitarlo.

y, además, que se explicita, aún más, en la Parte General quiénes pueden ser sujetos activos, más allá de esa genérica *obligación –jurídica– de evitar el resultado*. También habría que precisar qué tipos de la Parte Especial son punibles si fueran cometidos por omisión y prever, asimismo, la atenuación facultativa de la pena en la Parte General.

Silva Sánchez (150) que es de la opinión de imponer en la comisión por omisión idéntica pena a la del delito de comisión correspondiente, califica de «bastante afortunado en su redacción y en su contenido» al artículo 10 del Proyecto del 92. Para este autor, de hecho, la cláusula reduce el ámbito de la comisión por omisión a los delitos *consistentes en un resultado de lesión o de peligro* que puedan realizarse tanto por acción como por omisión. En cuanto a la cláusula de equiparación, la fórmula establecida tiene un carácter casi tautológico, pero sin especificar los elementos que han de concurrir en la omisión para que se afirme tal equivalencia. Tan sólo se dice que la equivalencia tendrá lugar *según el sentido del texto de la Ley*, esto es, cuando se realicen en el sentido del tipo delictivo. Por último, considera desde el punto de vista técnico que la cláusula plantea dificultades por el hecho de haber utilizado el término *causación* en vez de *no evitación*.

5. Así llegamos al Proyecto de 1994, que en su artículo 11 señalaba:

Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado podrán entenderse realizados por omisión, sólo cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación.

(150) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión*, en *Política Criminal y Reforma Penal*, homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal. Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1993, pp. 1069 ss.

Este Proyecto del Gobierno integró la referencia al «deber especial», probablemente debido a la aceptación parcial de una enmienda de minoría catalana (151).

6. Antes de continuar la evolución de la cláusula general hasta su plasmación en el artículo 11 del nuevo Código penal, creo oportuno detenernos, aunque sea brevemente, en hacer algunas consideraciones acerca de la cláusula general que establece el ordenamiento penal alemán en su párrafo 13, que sin duda ha servido de referencia (aunque finalmente, la idiosincrasia española haya plasmado sus propias peculiaridades) en la elaboración del precepto.

VII. EL PARÁGRAFO 13 DEL CÓDIGO PENAL ALEMÁN

1. En Alemania, el Código penal de 1 de enero de 1975 estableció en su párrafo 13 que,

el que omita evitar un resultado previsto en el tipo de una ley penal, sólo será castigado por la ley si le corresponde jurídicamente garantizar la no producción del resultado y la omisión equivale a la realización del tipo legal mediante un hacer.

Este precepto, actualmente vigente, ha permanecido invariable en posteriores reformas penales. Hasta entonces los delitos de comisión por omisión, al igual que hasta el Código de 1995 en España, no estaban regulados en Alemania en la ley. ¿Qué vino a significar en el Derecho penal alemán esta nueva disposición?

2. En Alemania, se parte de una concepción de la comisión por omisión como una mera omisión cualificada por una especial intensidad del deber, el deber jurídico de garantía. Es decir, se contempla esta modalidad dogmática como algo más y algo menos que la comisión activa, lo que lleva a la siguiente conclusión: si se trata de algo más que la comisión activa no podrá ser subsumible en los tipos de la Parte Especial, y será preciso acudir a alguna fórmula de tipificación. Si es algo menos que la comisión activa, habrá que garantizar, al menos, la posibilidad de una sanción disminuida. El párrafo 13 acoge ambas deducciones (152).

(151) VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al CP de 1995. Vol. I.*, Valencia, 1996, p. 84.

(152) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, en *La Ley*, núm. 4144, 15 de octubre de 1996, pp. 1 ss.

3. La fórmula alemana dejó claro que los delitos de comisión por omisión existen realmente y que el legislador tiene voluntad de sancionarlos. Hasta ese momento sólo se había podido penar este tipo de delitos por la subsunción de los mismos en los delitos de comisión, cuestión que establecía una doble duda en la doctrina alemana: por un lado, se planteaba si dicha subsunción consistía en una interpretación admisible o no era más que una analogía prohibida de lo que en verdad se describe en la ley como un hecho comisivo. Por otro, la jurisprudencia desarrollada en torno a la posición de garante suscitaba ciertos recelos en cuanto a la seguridad jurídica. Ambos interrogantes se despejaron a la luz de la nueva disposición. Quedó desterrada la sospecha de un posible atentado a la prohibición de la analogía y la interpretación auténtica del legislador que contiene el parágrafo 13 *–será castigado por la ley–* alejaba toda inseguridad. La ley autorizaba ya, a través del parágrafo 13, y como veremos, también a través del artículo 11 del Código penal español de 1995 la posibilidad de que un tipo formulado positivamente se realice por omisión. Dicho con otras palabras, los tipos comisivos pueden incluir, asimismo, los casos de comisión por omisión, es decir, una misma disposición castiga también el resultado ocasionado por omisión, pero para ello se requiere necesariamente la existencia de un garante (153).

4. El deber de actuar, o como ha sido acuñado en la terminología alemana, «el deber jurídico de garantía», convierte al obligado en garante de la no verificación del resultado. La posición de garante aparece, así, en la literatura científica como pieza de unión entre el abismo que separa a la acción de la omisión. En consecuencia, sin posición de garante no existe sanción por la consecución de un delito de comisión por omisión (154). En el parágrafo 13 del CP alemán, la exigencia de posición de garante sirve de solución a la dificultad de la equiparación de acción y omisión. De ahí que la posición de garante se encuentre en el corazón de la problemática de los delitos de comisión por omisión, ya que determina el círculo de personas que pueden ser autores en este tipo de delitos (155).

(153) ROXIN, C., *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en *JUS*, 1973, p. 197.

(154) ARZT, G., *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, en *JA*, 1980, pp. 556 ss. Aún en el caso en el que se adoptase el criterio de identidad estructural y normativa, no se prescindiría del garante, en este sentido vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 369.

(155) ARZT, G., *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, p. 553.

5. Conforme al parágrafo 13, la producción del resultado típico pertenece al tipo objetivo de un delito de comisión por omisión (156). Se estima que la causalidad que falta en la omisión puede sustituirse por el deber de evitar ese resultado, aunque se considere que la ilegalidad de una modalidad de acción no encuentra correspondencia con una mera pasividad.

6. Ante una cláusula sobre la comisión por omisión en la Parte General del Código la doctrina alemana se mostraba inquieta. En un primer momento, la cláusula parecía desconcertar. En la primera mitad de la frase se dice que aquel «al que le corresponde jurídicamente garantizar la no producción del resultado» no debe responder si no se añade la pretendida y adicional equivalencia entre acción y omisión, lo que daría pie a suponer que la equivalencia por sí misma sería ya en sí un supuesto de posición de garante. En este sentido la doctrina alemana entendía que la cláusula podía ser incluso peligrosa, puesto que si se aprovecha la ocasión para hacer extensiva –de manera incuestionable– la correspondencia jurídica entre acción y omisión, de la misma forma se podría evitar siempre la punibilidad en un caso particular, negando esa misma correspondencia (157).

La segunda novedad del parágrafo 13 era la cláusula de equivalencia, «si la omisión equivale a la realización del tipo legal mediante un hacer», o lo que es lo mismo, «si la omisión equivale a la acción». El problema de la equiparabilidad valorativa de la no evitación del resultado típico y de la realización activa del mismo fue una de las cuestiones que mereció especial atención en la doctrina alemana. Para Roxin (158), la sola lesión de un deber de garantía no es suficiente para sancionar un hecho en comisión por omisión. Más aún, es necesario probar siempre que el comportamiento del garante equivale al de un delito comisivo. Sólo en el ámbito de una relación social específica, determinadas omisiones de deberes encajan de manera idéntica al comportamiento activo. Rudolphi, asimismo, exige que además de la posición de garante, la omisión equivalga a la realización activa del resultado, es decir, exige los mismos elementos estructurales en la omisión que en el hacer positivo (159).

(156) WESSELS, J., *DP PG*, p. 213.

(157) ROXIN, C., *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en *JUS*, 1973, pp. 197 ss.

(158) ROXIN, C., *Política Criminal y sistema del Derecho penal*, pp. 46 ss.

(159) RUDOLPHI, H. J., *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, pp. 98 ss., el mismo, en *SK StGB*, 6.ª ed., 1992, 13/17.

La tercera novedad del párrafo 13 es la introducción de una cláusula de atenuación facultativa. Parte de la doctrina alemana estima que el omitir es menos grave que la actuación por lo que planteó la equiparación de determinadas omisiones con la comisión activa, no en el plano dogmático-estructural, sino en el axiológico, desde la perspectiva del simple merecimiento de pena, lo que condujo a posibilitar, al menos, una atenuación de la pena del delito comisivo, es decir, a considerar que el resultado no impedido por el omitente debía castigarse con menos severidad que el autor de una conducta activa (160). Si estos planteamientos, entre otros, llevaron al Comité especial del Parlamento creado para la Reforma del Código a introducir la atenuación –aunque facultativa– de la pena, no se hicieron esperar las críticas por parte de la doctrina. Ciertamente resultaba contradictorio, por una parte, que para admitir la comisión por omisión, la omisión de evitar el resultado pudiera subsumirse en un tipo de la Parte Especial, y por otro, que se facultase al juez la atenuación de la pena. De ahí que Shöne no admitiese una reducción de la pena en comisión por omisión (161).

7. Lo que vino a aclarar el párrafo 13, en resumidas cuentas, es que el sentido del tipo abarca tanto la comisión como la omisión, aunque, difícilmente podría verse en ello un avance considerable (162), ya que era algo que no se cuestionaba seriamente (163). Esta cláusula lo que pretendía era reducir la posibilidad de punición de esta clase de comportamientos omisivos. La introducción del artículo 13 en la Parte General del CP alemán no ha aportado nada esencial a la solución de las cuestiones sumamente explosivas de estos delitos. Dicho precepto ha sido además cuestionado, y empieza a no ser estimado como una fórmula adecuada para solucionar los problemas de la comisión por omisión (164). Si se afirma que la posición de garante es válida y se ajusta sin restricciones a los delitos de resultado (homicidio, lesiones corporales y daños), ejemplos, por otro lado bajo los que se ha desa-

(160) RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, pp. 98 ss.

(161) SCHÖNE, W., *Unterlassene Erfolgsadwendungen und Strafgesetz*, 1974, pp. 339 ss.

(162) ROXIN, C., *Unterlassung, Vorsatz und Farlässigkeit, Versuch un Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en *Jus* 1973, pg 198; SCHÖNE, W., *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, 1974, p. 324.

(163) FREUND, G., *Erfolgsdelikte und Unterlassen*, 1992, p. 1.

(164) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, en *La Ley*, núm. 4144, 15 de octubre de 1996, pp. 1 ss.

rrollado históricamente la figura del garante, en estos casos, la omisión del garante que no evita la producción del resultado, corresponde siempre a la comisión del mismo por una «acción positiva», por lo que no se necesita ninguna otra comprobación adicional. En este sentido, la fórmula del párrafo 13 no tiene ningún significado autónomo. Vistas así las cosas, la conclusión de Roxin (165) fue que la misión de la cláusula de equivalencia no era otra que la de estimular al juez para que en cada caso hiciese una valoración general de lo que aparece borroso, ininteligible o poco claro. Con la posición de garante se atenúa la confusión y se amplía el marco de la seguridad jurídica, quedando el asunto a la discrecionalidad del juez. En el fondo la cuestión, a pesar de la disposición legal, sigue estando abierta.

VIII. COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE: EL ARTÍCULO 11 (166)

1. El problema fundamental de la comisión por omisión consiste en la manera de equiparar la realización de un resultado típico mediante un comportamiento pasivo con el actuar positivo. En nuestro país, a pesar de la propuesta de un sector doctrinal de tipificar la comisión por omisión en un catálogo cerrado —*numerus clausus*— en la Parte Especial del CP (167), el Código Penal español aprobado por el Parlamento el 8 de noviembre de 1995 recoge en la Parte General, explícitamente en el artículo 11, el tipo donde tiene cabida, ahora en la Ley, el delito de comisión por omisión (168):

Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipara la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual

(165) ROXIN, C., *Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch*, en *JUS*, 1973, p. 199.

(166) Cfr. CUADRADO RUIZ, M.^a A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998.

(167) HUERTA TOCILDO, S., *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, pp. 163 ss.; la misma, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, *passim*.

(168) Así lo propugnaban entre otros MIR PUIG, CEREZO MIR, TORÍO LÓPEZ, ZUGALDÍA ESPINAR, vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Política Criminal y Reforma legislativa en la comisión por omisión*, p. 1071.

de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

Lo que a la vista del artículo 1.1 del Código penal de 1995:

No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración.

despeja toda serie de dudas con respecto a las exigencias que comporta el principio de legalidad (169). De la misma manera, las acciones u omisiones imprudentes *sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley*, (art. 12).

2. El artículo 11 CP pretende resolver el problema del sujeto que no actúa, deja hacer u omite, ¿responde también de la muerte, del delito contra la salud pública, la defraudación, el robo o las lesiones? La fórmula finalmente adoptada no está exenta de objeciones pero, en todo caso, ofrece a la praxis una base legal y unas directrices para que cuando llegue el caso pueda resolverlo sin recurrir a criterios extralegales o puramente doctrinales que pueden infringir el principio de legalidad (170).

3. No obstante, para algún sector doctrinal el texto era, en parte, innecesario, puesto que la jurisprudencia no había rebasado los márgenes permisibles desde las exigencias del principio de legalidad, no habiendo incurrido en excesos (171). En todo caso, la fórmula del artículo 11 supone una superación de una laguna legal: si se había dicho muchas veces que como la omisión no es nada, nada puede causar, el precepto elimina ese impedimento.

4. El actual movimiento de reforma del Derecho penal parece mostrarse partidario de la conveniencia de consagrar *legislativamente* el principio básico que permite equiparar la comisión por omisión a la comisión activa. Así lo han hecho no sólo el ordenamiento alemán en

(169) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 251 ss.; 3.ª ed., p. 275.

(170) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed, pp. 256 ss.; 3.ª ed., pp. 272 ss.

(171) VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al CP de 1995. Vol. I*, Valencia, 1996, pp. 84 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código penal*, pp. 3-4, consecuente con la tesis que defiende de la plena identidad estructural en el plano normativo considera los supuestos de comisión por omisión como supuestos equiparables con la comisión activa en cuanto a la pena, por lo que una cláusula como la del nuevo artículo 11 no era necesaria, ya que los únicos supuestos de comisión por omisión son inscribibles en los tipo de la Parte Especial, por ser «estructuralmente idénticos» en el plano normativo a los supuestos de realización activa de los mismos.

el párrafo 13 del SGtB (172), sino también el párrafo 2 del ÖStGB austriaco (173) y el artículo 40 del Código penal italiano (174), entre otros. También aparecen recogidos en el artículo 13 del Código penal brasileño (175), en el artículo 10 del Código penal portugués (176) y en el artículo 1.2 del Proyecto polaco (177). Y el ordenamiento español se ha sumado a esta tendencia. No así, los ordenamientos francés o inglés.

5. La regulación propuesta por el Gobierno para la tipificación de la comisión por omisión varió en las fases de comisión y ponencia en el Congreso de los Diputados. En el trámite de ponencia se alteró la primera parte del artículo 11 del Proyecto del 94 al aceptarse la enmienda 226 del Grupo Popular que proponía mejorar la referencia al deber jurídico «...podrán entenderse realizados por omisión...». Al resultar escasamente imperativo, la redacción definitiva quedó así «...sólo se entenderán cometidos por omisión...».

En la Comisión se produjo una reforma aún más sustancial: la especificación de los supuestos en los cuales *se entiende* que el sujeto que omite una conducta, se encuentra en *posición de especial garantía*. La enumeración definitiva de las fuentes de la posición de garante

(172) Vid. *supra*.

(173) El párrafo 2 del ÖStGB austriaco contiene una disposición similar: «*Si es punible penalmente la causación de un resultado lesivo, también se castiga al que obligado por el ordenamiento jurídico, en virtud de una obligación que recae especialmente sobre él, omite evitar tal resultado. La omisión de la evitación del resultado del obligado jurídicamente, equivale a la realización del tipo legal penal mediante un hacer*».

(174) El artículo 40 CP italiano dispone: «*no impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de impedir, equivale a causarlo*».

(175) El artículo 13 del código penal brasileño párrafo segundo dispone:

«*La omisión será penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien:*

- a) *Tenía por ley la obligación de cuidado, protección o vigilancia.*
- b) *De otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado.*
- c) *Con su comportamiento anterior, creó el riesgo de producción del resultado*».

(176) El artículo 10 del Código penal portugués establece: «*1. Cuando un tipo legal de delito comprenda un cierto resultado, el hecho abarca no sólo la acción necesaria para producirlo, sino también la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo que otra fuere la intención de la ley. 2. La comisión por omisión de un resultado, sólo es punible cuando recaiga sobre el omitente un deber jurídico que le obligue personalmente a evitar ese resultado. 3. En el caso del número anterior la pena podrá ser atenuada de modo especial*».

(177) En el Anteproyecto del CP polaco de marzo de 1993, en el artículo 1.2 se establecía: «*Sólo puede ser responsable penalmente por un delito material de omisión la persona que haya tenido la obligación jurídica especial de evitar el resultado*».

fue propuesta y defendida por el PNV (Partido Nacionalista Vasco). Esta modificación se contenía en la enmienda número dos del Grupo Parlamentario Vasco, que fue aprobada. Según palabras de don Emilio Olabarria que defendió la enmienda, se pretendía una mejor definición de cuándo la omisión debe equipararse a la acción. Por su parte, el diputado socialista, Sr. Barrero, defendió la suficiencia de la referencia al deber jurídico sin necesidad de concreción de las posiciones de garante, aún admitiendo finalmente su inclusión (178). De esta forma, se llegó a la redacción del artículo actual, cuya primera parte, con ciertos retoques, coincide sustancialmente con el artículo 11 del Proyecto de CP del 94, siendo fruto del trámite parlamentario, la segunda parte.

6. El texto de 1995 lo que ha hecho ha sido mezclar dos perspectivas radicalmente diversas: la tesis de la plena identidad estructural en el plano normativo, aunque plasmada en el Código con una terminología «más débil» (equivalencia según el sentido del texto de la Ley) y la tesis que construye la comisión por omisión a partir de la omisión pura, esto es, la infracción de un deber, que en virtud de la segunda parte del artículo 11 pasa a definirse en términos básicamente formalistas (179).

En la primera parte del precepto se plasma la postura de un sector doctrinal moderno, anteriormente aludido (180) que, en general, considera innecesaria la positivación expresa de la comisión por omisión al proclamar como equiparación entre acción y omisión la plena identidad estructural en el plano normativo, lo que exige comportamientos distintos de los debidos que creen o incrementen el riesgo de producción del resultado. Ello conduce inevitablemente a plantear determinadas posiciones sociales y personales de asunción de responsabilidad frente al bien jurídico (181), aunque no siempre se identifiquen con el concepto más formal de «deber jurídico» o posición de garante. Por todo ello no era preciso, ni tan siquiera, una cláusula general (182).

(178) Cfr. LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, pp. 49 y ss; *Código penal. Especial monográfico. Comentarios y notas. Crónica Parlamentaria*. Ed. Tapia, Madrid 1996, vid. Tramitación parlamentaria, Libro I: Títulos I y II.

(179) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del artículo 11 del Código penal*, pp. 3-4.

(180) Vid. *supra* (GIMBERNAT, LUZÓN PEÑA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, SILVA SÁNCHEZ, GRACIA MARTÍN).

(181) Así, LUZÓN PEÑA, D. M., *Estudios Penales*, 1991, pp. 177, 235 ss., 240-241, el mismo, *Participación por omisión y omisión de impedir delitos*, en *La Ley*, año VII, núm. 1538, p. 4.

(182) Vid. LÓPEZ GARRIDO/ GARCÍA ARÁN, *El Código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, pp. 49 ss.

En la segunda parte del precepto se avalan las tesis de la doctrina tradicional para la cual la exigencia de un verdadero *deber jurídico de garantía* (183), un *especial deber jurídico del autor*, representa la última fase del proceso de reducción del campo de la comisión omisiva (184). Si la responsabilidad a título de comisión por omisión sólo puede ser admisible si existe un tal deber jurídico, de características muy concretas, un paso más de acercamiento al principio de legalidad se da, cuando al menos ese principio básico no se confía exclusivamente a la doctrina científica y jurisprudencial, sino que se eleva al rango de principio legal. La determinación de las fuentes de dicho deber es la tarea que, de algún modo, aunque no de forma absolutamente convincente, pretenda asumir el artículo 11.

7. De la redacción del precepto parece derivarse que la regla general sería la no equiparación de los delitos activos a los pasivos y la excepción fuese, precisamente, el castigo de las conductas pasivas como si fueran activas mediante la fórmula del artículo 11 (185). En una primera aproximación, no queda claro si la omisión se equipara a la acción siempre que concurren *a*) y *b*) del artículo 11, o si es preciso, además, que *según el sentido de la ley* (la omisión) *equivalga (...)* a su *causación* (del resultado) (186). Personalmente apuesto por una interpretación armoniosa del precepto. Lo que hay que plantearse en primer lugar es si la «infracción de un especial deber jurídico», implica ya de por sí la equivalencia «según el sentido del texto de la

(183) Si hasta mediados de los años cincuenta la doctrina española era oscilante en cuanto al reconocimiento de la naturaleza jurídica del deber de actuar que sirve de base para la responsabilidad penal a título de comisión por omisión (JIMÉNEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho penal*, III, Buenos Aires, 1951, p. 364, admite en los delitos de comisión por omisión junto a la infracción de deberes jurídicos emanados de la ley, el contrato o cualquier otra obligación jurídica o por conducta precedente, «aquellos que surgen de deberes morales exigidos hoy por el hecho de vivir en sociedad»); otros tratadistas abrieron paso firme a la naturaleza *jurídica* del deber de actuar (ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte General*, tomo I, 1949, p. 172). Actualmente es admitido de forma unánime por la doctrina que la infracción del deber de actuar en la comisión por omisión es la infracción de un deber jurídico, y no de un deber social o moral, cfr. MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., pp. 251 ss., 256 ss.; 3.ª ed., p. 274. Tal deber jurídico de garantía es también distinto de los deberes morales y del deber general de impedir determinados delitos establecido en el artículo 450 CP de 1995, que responde más bien a una idea genérica de solidaridad humana.

(184) La doctrina tradicional mantenida entre otros por RODRÍGUEZ DEVESA, COBO y VIVES es la teoría formal del deber jurídico Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro en el Código Penal*, pp. 102 ss.

(185) LANDECHO VELASCO/ MOLINA BLÁZQUEZ, *DP PG*, ed. Tecnos, 5.ª ed., 1996, pp. 256 ss.

(186) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Código penal*, Prólogo, Ed. Tecnos, 1995.

Ley» o si son precisos dos juicios. En mi opinión son necesarios tanto la infracción del deber como la equivalencia según el sentido del texto de la Ley, que debe considerarse expresiva de una identidad en el plano de las estructuras normativas (187).

Es decir, me inclino por una doble exigencia:

a) Por un lado, deberá concurrir algún deber jurídico. No sólo y estrictamente alguno de los señalados en los apartados a) y b). En realidad, los supuestos que enumera el Código son referencias formales muy insuficientes para abarcar todos los casos en que puede haber identidad estructural normativa entre omisión y comisión, según el sentido del texto de la Ley. Piénsese, por ejemplo, en la convivencia de hecho de una pareja no casada y, por tanto, sin obligaciones legales ni contractuales *específicas* derivadas de esa situación (188), o en las hipótesis en las que el sujeto puede haber asumido la específica función de dominio de focos de riesgo para el bien jurídico, no originados en una concreta obligación legal o contractual, como pueden ser supuestos de comunidad de peligro (189). También, por ejemplo, en la STS de 22 de septiembre de 1993, el Tribunal fundamenta la posición de garante en una aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras, que se da, cuando de forma expresa o tácita se asume la obligación de impedir determinados resultados, obligación que constituye precisamente el objeto de su aceptación, pero que no siempre puede fundamentarse en la ley o en un contrato. Por ello, tal enumeración debe considerarse abierta, como meramente ejemplificativa (190).

En este sentido considero que hubiese sido más acertado redactar la segunda parte del artículo 11, si es que se quería expresamente enumerar las fuentes de la posición de garante, de modo similar a como

(187) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed, pp. 256 ss.; 3.^a ed, pp. 275 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, pp. 3-4; QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Aranzadi, 1996, pp. 85 ss.; VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al CP de 1995. Vol. I.*, Valencia, 1996, pp. 84 ss.

(188) MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed., pp. 256 ss.; 3.^a ed., p. 274.

(189) En QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Aranzadi, 1996, pp. 85 ss.

(190) Consideran meramente indicativa la enumeración de fuentes del artículo 11 MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed, pp. 256 ss.; 3.^a ed, pp. 275 ss.; MIR PUIG, S., *DP PG*, 4.^a ed., p. 306 y SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Apuntes sobre el contexto histórico-dogmático del art. 11 del Código penal*, pp. 3-4; mientras que MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Aranzadi, 1996, pp. 85 ss. y VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al CP de 1995. Vol. I.*, Valencia, 1996, pp. 84 ss. consideran el catálogo de fuentes como taxativo.

lo ha hecho el ordenamiento penal brasileño en su artículo 13 (191). La cláusula brasileña explicita las fuentes de la posición de garante de manera que entremezcla las fuentes formales (ley, injerencia) y las materiales (garante protector del bien jurídico, garante vigilante de una fuente de peligro), o incluso se asume la posición de garante para impedir el resultado, de cualquier otra forma.

b) Y por otro, la conducta omisiva ha de ser equivalente *según el texto de la ley* con la acción positiva. Para ello la conducta omisiva habrá de subsumirse en la descripción típica del hecho (192). La equiparación material no requiere sólo una especial posición de deber, sino además una especial relación con el bien jurídico (193) que habrá de constatarse acudiendo a la teoría de las funciones. Es decir, integrar la situación típica del deber de actuar con la posición de garante que se da cuando corresponde al sujeto una específica *función de protección del bien jurídico* o una *función personal de control de una fuente de peligro* (194).

El especial deber jurídico delimita, así, el ámbito en que puede aparecer la equivalencia material. De esta forma, al comenzar la segunda parte del artículo 11 señalando cómo se equipará la acción a la omisión, la idea de equivalencia según el sentido del texto de la Ley se convierte en el criterio rector de todo el precepto, de modo, que a la mera constatación de la obligación legal, contractual o derivada del actuar precedente habrá que sumar un juicio de equivalencia en sentido estricto. Por ello, no me parece que la referencia a la infracción de un deber jurídico especial, que no se contenía en el Proyecto de 1992, enturbie el criterio central de *equiparación normativo-material* de identidad estructural desde perspectivas normativo-materiales. Más bien al contrario, las fuentes formales y las materiales se imbrican y complementan de esta forma (195).

8. Tras la tipificación del artículo 11 CP se puede afirmar que los delitos de comisión por omisión son el complemento de los delitos de acción, —como una variante de la omisión—, si la producción del resultado típico pertenece al tipo objetivo del delito (196).

(191) Vid. *supra* n. 175.

(192) GRACIA MARTÍN. L., *Código penal y Leyes penales especiales*, Egido Ed., Zaragoza, 1996, p. 38.

(193) VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al CP de 1995. Vol. I.*, Valencia, 1996, pp. 84 ss.

(194) MIR PUIG, S., *DP PG*, 4.ª ed., p. 306.

(195) En contra, MORALES PRATS en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Aranzadi, 1996, pp. 85 ss.

(196) JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 29/2; WESSELS, J., *Strafrecht AT*, p. 213.

a) El legislador describe la *producción del resultado* como un elemento típico del delito de comisión por omisión (197). Así, en efecto, dicho artículo establece

«los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidas por omisión cuando la no evitación del mismo, (...) equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación.»

El delito de comisión por omisión es, por definición, un delito de resultado (198), o como sostiene Gimbernat (199) un delito de lesión, y por ello, un reflejo del delito de comisión. Es decir, el tipo objetivo es idéntico al del delito de comisión en relación con el hecho del resultado (200). En realidad, su particularidad radica en que el resul-

(197) GÜNTGE, G.-F., *Begehen durch Unterlassen*, p. 29; SCHÖNE, W., *Sobre la posición del resultado en los delitos cuasidolosos de omisión*, en CPC, 1977, pp. 63 ss., 72.

(198) Los delitos de resultado son aquellos en los que para la consumación del delito se exige la producción de un resultado exterior y separable a la propia acción. Ahora bien, el tipo objetivo suele describir un resultado, cuya producción el legislador pretende evitar, de forma que la norma de conducta pueda motivar al sujeto a evitar cualquier hecho que pueda conducir a la producción de dicho resultado. Dicho con otras palabras, la norma penal no prohíbe resultados, sino comportamientos que conlleven el riesgo de producir tales resultados, Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1996, pp. 107 ss.; vid. también GÜNTE, *Begehen durch Unterlassen*, p. 57; SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, pp. 231 ss., el mismo, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, p. 84; el mismo, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal...*, p. 536, también concibe el delito de comisión por omisión como delito de resultado, de modo que construye el deber de garantía en base al *dominio del garante sobre la causa del resultado*; para JAKOBS, G., *DP PG*, 6/84, los tipos de delitos de resultado pueden limitarse a describir autor y resultado, o bien añadir *una limitación de la conducta*, es decir, limitar las modalidades de conseguir el resultado a alguna de las variantes posible en la práctica. La limitación de la conducta, en caso de que se pase de los delitos de comisión a los delitos de comisión por omisión, debe corresponderse con la realización del resultado mediante comisión. Según el artículo 11 debe equivaler a su causación.

(199) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Causalidad, omisión e imprudencia*, en ADPCP, 1994, pp. 5-6, en los delitos de lesión el legislador sanciona el menoscabo efectivo del bien jurídico, y que según otra terminología que él no utiliza los delitos de lesión deberían llamarse de resultado. Sin embargo dicha terminología no se ajustaría totalmente a la realidad puesto que en sentido amplio, los delitos de peligro también tienen un resultado.

(200) JESCHECK, H.H., *Tratado DP PG*, 3.ª ed., p. 883; el mismo, *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, en Cuadernos CGPJ, 8, p. 77; FREUND, G., *Erfolgsdelikte und Unterlassen*, 1992, pp. 128, 133; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/8; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, p. 227; 3.ª ed., p. 272; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La cláusula general sobre la comisión por omi-*

tado típico no se produce por una acción, sino que deja de evitarse por la omisión de una acción posible para el autor (201). Y es en este no impedir el resultado donde reside la esencia del delito de comisión por omisión (202). Si no hay resultado no se va a poder hablar de comisión por omisión. Precisamente, por estas razones el resultado aparece como elemento típico en las regulaciones del delito de comisión por omisión, no sólo en nuestro Código penal, sino que también el resultado aparece como elemento típico en otros ordenamientos. Así, por ejemplo en el parágrafo 13 StGB alemán

«el que omita evitar un resultado previsto en el tipo de una ley penal, sólo será punible por esta ley si le corresponde jurídicamente garantizar que no se produzca el resultado y la omisión equivale a la realización del tipo legal mediante un hacer.»

El parágrafo 2 del ÖStGB austriaco contiene una disposición similar:

«Si es punible penalmente la causación de un resultado lesivo, también se castiga al que obligado por el ordenamiento jurídico, en virtud de una obligación que recae especialmente sobre él, omita evitar tal resultado. La omisión de la evitación del resultado del obligado jurídicamente, equivale a la realización del tipo legal mediante un hacer.»

así como el artículo 13.2 del código penal brasileño (203) párrafo segundo

«La omisión será penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado.»

o el artículo 10.1 del Código penal portugués (204) que establece

«Cuando un tipo legal de delito comprenda un cierto resultado, el hecho abarca no sólo la acción necesaria para producirlo, sino también la omisión de la acción adecuada para evitarlo, salvo que otra fuere la intención de la ley.»

sión, p. 906; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, pp. 348, 349, 371; ROMERO CASABONA, C. M.^a, *Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político criminal*, pp. 925, 937.

(201) JESCHECK, H. H., *Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado*, en Cuadernos del CGPJ, n.º 8, Jornadas sobre la «reforma del Derecho Penal en Alemania», p. 77; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 352.

(202) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La omisión de socorro*, p. 74.

(203) Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Nueva parte general del Código penal brasileño*. En ADPCP 1987, p. 726.

(204) Vid. MAIA GONÇALVES, *Código Penal portugués anotado y comentado y legislación complementaria*, 4.ª ed., Coimbra, 1988, pp. 86-88.

o el artículo 40 CP italiano que dispone

«No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de impedir, equivale a causarlo.»

e incluso en el Anteproyecto del CP polaco de marzo de 1993, en el artículo 1.2 se establece como elemento típico del delito de comisión por omisión el resultado

«Sólo puede ser responsable penalmente por un delito material (205) de omisión la persona que haya tenido la obligación jurídica especial de evitar el resultado.»

En estos preceptos se exige que el omitente responda jurídicamente cuando el resultado se produce. La producción del resultado reprochado pertenece al tipo del injusto, es un elemento del tipo (206).

b) ¿Qué es lo que puede ser resultado en el delito de comisión por omisión del artículo 11 CP?

En principio, como afirma Jakobs (207), resultado en el sentido de preceptos como los anteriormente descritos es todo lo que se puede evitar. No basta con que la acción esperada no se realice, sino que ha de producirse el resultado típico que el omitente no ha evitado.

Al hablar de resultado, se puede diferenciar entre un concepto restringido y un concepto amplio. En un sentido restrictivo, el concepto de resultado se asienta en la diferenciación entre delitos de resultado y delitos de mera actividad (208). Dentro de los delitos de resultados cabría diferenciar a su vez entre delitos resultativos y delitos de peligro. En ambos existe un resultado: en los delitos de resultado material hay un menoscabo efectivo de los bienes tutelados, pero también existe un «resultado» en los delitos de peligro, que se sitúan así en posición equidistante entre las infracciones de resultado material y las de simple actividad (209). En los delitos de peligro, en los que se sanciona la amenaza para el bien jurídico que no ha llegado a concretarse

(205) Por delito material se entiende delito de resultado.

(206) MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., p. 333; JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 29/2; WESSELS, J., *Strafrecht AT*, p. 213; SCHÖNE, W., *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, pp. 90 ss., el mismo, *Sobre la posición del resultado en los delitos cuasi-dolosos de omisión*, en CPC, 1, 1977, pp. 71, 72.

(207) JAKOBS, G., *DP PG*, 29/2.

(208) JAKOBS, G., *Strafrecht AT*, 6/85, 29/2. Concibe los delitos de mera actividad como ejecución de una acción. Tal ejecución ostenta a su vez un aspecto externo, y en este sentido habla, también, de resultado en los delitos de mera actividad. Por lo tanto, para Jakobs no existiría una separación tajante entre estos delitos y los de resultado.

(209) Así STS de 20 junio de 1989.

en un resultado material, existe un resultado: el peligro, en cuanto que sobre la base de un pronóstico *ex ante* se ha producido un resultado de riesgo para el bien jurídico. El resultado consistiría en la creación de una situación de riesgo para el bien jurídico, que no llega a ser menoscabado (210). Para afirmar la consumación en comisión por omisión habrá de producirse la lesión o la puesta en peligro (resultado de peligro concreto-abstracto) (211) del bien jurídico protegido. Lo novedoso del artículo 11 del Código penal es que realiza una equiparación legal expresa de los resultados de lesión y de peligro (212), lo que supone que el dolo, tanto en los delitos resultativos como en los de peligro, deberá abarcar el resultado típico (213).

En sentido amplio se entendería el resultado como la realización del tipo penal. Con esta acepción habría que suponer que en todos los tipos de la Parte Especial se da un resultado. Así, en la ejecución de los delitos de mera actividad también existiría un «resultado» que pudiera valorarse penalmente (214), aunque de manera más o menos abstracta, y siempre que la actividad se describa como intervención activa sobre un objeto (215). Sin embargo, en los tipos de mera actividad la conducta no aparece descrita con referencia a aquel «resultado». Por ejemplo, la no evitación de una conducta injuriosa por un garante, no le convierte a él en autor de un delito de injurias (216), puesto que los delitos de mera actividad se caracterizan por la ausencia de un resultado trascendente que sea preciso vincular con el comportamiento típico (217). De ahí que se rechace la posibilidad de realizar delitos de mera actividad en comisión por omisión (218).

(210) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Causalidad, omisión e imprudencia*, en ADPCP, 1994, pp. 5-6; el mismo, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 31.

(211) MIR PUIG, S., *DP PG*, 3.ª ed., p. 222.

(212) El Proyecto de 1992 reducía el ámbito de la comisión por omisión al ámbito de los delitos «consistentes en un resultado de lesión o de peligro».

(213) RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, p. 159.

(214) GÜNTGE, G.-F., *Begehen durch Unterlassen*, pp. 31 ss.

(215) SCHÖNE, W., *Unterlassene Erfolgsabwendungen*, pp. 326 ss.; JAKOBS, G., *DP PG*, 29/2, en estos casos tal intervención cabe separarla, como resultado, de la acción.

(216) HERZBERG, R. D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, p. 87.

(217) BAUMAN, J., *AT*, 8.ª ed., 1989, p. 102, considera tanto a los delitos de lesión como a los delitos de peligro concreto delitos de resultado. A diferencia de los delitos de mera actividad, los delitos de resultado, además del resultado típico exigen un resultado en el mundo exterior.

(218) SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El delito de omisión*, pp. 350-353.

Así pues, me parece más aceptable un concepto restrictivo de resultado en el que encuadrar el resultado de los delitos de comisión por omisión (219). En cuanto a la imprecisión del concepto resultado tampoco tiene una repercusión importante en los tipos de comisión por omisión arriba enunciados. Simplemente, se traslada el concepto de resultado de los delitos de resultado a los tipos anteriores, y ello tiene como consecuencia que los delitos de mera actividad quedan fuera del ámbito de la evitación de los comportamientos omisivos (220). Por ello, si el resultado como elemento del tipo de los delitos de comisión por omisión se estima como el resultado de los delitos de resultado, sólo los delitos de resultado (de resultado material y de peligro) serán susceptibles de comisión por omisión (221).

c) Lo anterior permite admitir que los preceptos legales relativos a delitos de resultado, no sólo expresan comportamientos activos, sino que también admiten, aunque en forma desigual dependiendo de la descripción típica, la comisión por omisión (222). La determina-

(219) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Política criminal y reforma legislativa en la comisión por omisión*, p. 1080: «el término resultado no debería entenderse en el sentido físico de resultado material (de lesión o de puesta en peligro de un bien jurídico), separado en el tiempo y en el espacio de la conducta, sino que debería entenderse como resultado en sentido jurídico (lesión o puesta en peligro), lo que permitiría incluir también los delitos de mera actividad, tanto de peligro (delitos de peligro abstracto) como de lesión. Todo ello es, factible cuando se habla simplemente de resultado (...). Lo cual abonaría una restricción a los delitos de resultado (material) de peligro o de lesión, excluyéndose los de mera actividad.

(220) GÜNTGE, G.-F., *Begehen durch Unterlassen*, p. 30; así también JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 4.^a ed., 1988, p. 558; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El delito de omisión*, p. 352: «parecen existir razones de peso suficiente como para rechazar la posibilidad de realizar delitos de mera actividad en comisión por omisión».

(221) En este sentido, QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, pp. 85 ss., aunque para algunos autores como RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *DP P*, 14 ed., p. 388, no todos los delitos de resultado pueden admitir la forma de la comisión por omisión, como ejemplo podría valer el acceso carnal de los artículos 179 ó 182 CP 95.

(222) SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971. Así por ejemplo, en los delitos de lesiones en el que alguien, *por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental* (art. 147), o *incluso atendiendo al resultado causado o al riesgo producido* (art. 148), dichos resultados que son elementos del tipo correspondiente del delito de lesiones pueden originarse *por cualquier medio o procedimiento*, también por la no evitación de los mismos por un garante. El resultado típico de los tipos de lesiones contra la salud individual también pueden producirse, por lo tanto, en comisión por omisión pp. 46 ss. En este sentido, MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 11 ed., pp. 97 ss. considera que el comportamiento típico en este delito puede consistir tanto en una acción en sentido estricto, como en una omisión, que se equipara a la acción cuando el que omite tiene una posición de garante.

ción legal expresa permite encuadrar tales resultados en la realización típica activa, en los casos en los que la conducta sea equivalente y el que jurídicamente estaba obligado a evitar tal resultado lo omitió. Para Vives, sin embargo, la exigencia de que sólo cabe hablar de comisión por omisión *en los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado*, supone que el precepto no sólo exige un resultado, sino que el delito «consista» en él. Por lo tanto, si los medios comisivos se hallan legalmente determinados, pero la omisión no se encuentra prevista entre ellos, no tendrá virtualidad y no podrá aplicarse la fórmula genérica puesto que entonces, los delitos o faltas no «consisten» en la producción de un resultado (223).

d) El resultado ha servido también para aglutinar bajo una misma teoría comportamientos activos y comisivos. Para algunos autores el ámbito de aplicación de los delitos de resultado sólo cabría en una teoría para la que fuera posible fundamentar la estructura de la norma de comportamiento con independencia de que se trate de una comisión o de una comisión por omisión. En esta línea Herzberg concibe los delitos de resultado como una «no evitación de un resultado en posición de garante», ya sean delitos activos u omisivos. Desde un punto de vista ontológico la no evitación del resultado tendría las mismas características tanto en la acción como en la omisión. De esta manera, construye un concepto de delito de resultado que comprende tanto comportamientos activos como omisivos, en el que la posición de garante es un elemento común a ambas modalidades (224). Para Jakobs (225), no sólo el autor de una omisión sino también el autor de un delito activo ha de ser un garante en los supuestos de responsabilidad por la comisión de un delito de resultado. Y en opinión de Freund (226) la esencia de los delitos de resultado radica en la responsabilidad especial (*Sonderverantwortung*) que ha de ser idéntica tanto para un caso de omisión como para un comportamiento activo.

e) En cualquier caso, y con independencia de una teoría común o no a la acción y a la omisión y de los elementos comunes o no de ambas, los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado.

(223) VIVES ANTÓN y otros, *Comentarios al CP de 1995. Vol. I.*, Valencia, 1996, pp. 84 ss.

(224) HERZBERG, R.-D., *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, p. 174.

(225) JAKOBS, G., *DP PG*, 7/58.

(226) FREUND, G., *Erfolgdelikt und Unterlassen*, pp. 142, 144-145.

9. Las cuestiones que hay que resolver para poder afirmar la imputación de un resultado a una omisión y considerar que un sujeto ha cometido un delito en comisión por omisión son (227): *a*) en primer lugar, la posición de garante del autor (el deber de evitar el resultado que incumbe al sujeto de la omisión) y *b*) en segundo lugar, que la no evitación del resultado equivalga según el texto de la Ley a su causación.

Respecto al primer requisito, el texto legal delimita el círculo de los posibles responsables especificando los tres tipos de garantes más usuales: garantes por ley, por contrato y por el actuar precedente. El sujeto tiene la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión, etc. Esto es lo que el artículo 11 CP denomina *un especial deber jurídico del autor*. Esta obligación especial, convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre con el que suele denominarse doctrinalmente: *posición de garante* (228).

En los delitos de comisión por omisión, sujeto activo no puede ser, por tanto, ya cualquier sujeto que pueda evitar el resultado, sino sólo el que tenga un deber jurídico específico de evitarlo. La posición de garante es, por consiguiente, el eje de la comisión por omisión (229) y el fundamento de la imputación del resultado (230).

Con el segundo requisito parece como si el legislador hubiese pretendido suplir la problemática que suscita la «relación de causalidad» en este tipo de delitos. En los delitos de comisión por omisión no es necesario afirmar una verdadera causalidad, sino que basta que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante (231). Con lo cual, este segundo requisito vuelve a incidir en la importancia de la posición de garante en la comisión por omisión.

10. En definitiva, la consagración legislativa del delito de comisión por omisión debe considerarse, a mi entender, como positiva (aun-

(227) En concreto respecto a la imputación en comisión por omisión en el artículo 363 Cp. vid. CUADRADO RUIZ, M.^a A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998.

(228) Cfr. MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.^a ed, pp. 256 ss.; 3.^a ed., p. 274.

(229) COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *DP PG*, 4.^a ed., Valencia 1996, pp. 360, 362 ss.

(230) QUINTERO OLIVARES, G. y otros, *DP PG*, 1996, pp. 307 ss.

(231) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos improprios de omisión*, 2.^a ed., 1983, p. 90; MIR PUIG, S., *DP PG*, 4.^a ed., p. 318.

que menos esclarecedora). La fórmula adoptada permite reducir la comisión por omisión a las hipótesis en las que la omisión, al existir un auténtico deber jurídico de garantía por la especial posición del autor respecto al bien jurídico, es equiparable a la comisión activa del resultado, según el sentido del texto de la Ley. Al establecerse legalmente un principio de esta naturaleza se cumple, sin duda, con una importante tarea legislativa, lo que supone un evidente progreso en la problemática de estos delitos. Sin embargo, ello no significa que se radiquen de modo definitivo las objeciones político-jurídicas. Pese a la cláusula legal, los delitos de comisión por omisión seguirán siendo «tipos abiertos», en parte determinados legalmente y en parte necesitados de una integración judicial. Sería imposible describir en los tipos legales la incalculable infinidad de autores de omisiones que, al no impedir el resultado, merecen ser equiparados a quienes lo causan (232).

Quizá el artículo 11 sea un texto ambiguo, criticable en su redacción concreta, pero lo que no se puede discutir es que, por lo menos, ofrece al intérprete y al aplicador del Derecho penal una fórmula que le oriente a la hora de tomar una decisión. La positivación de una cláusula general del tipo del artículo 11 CP ha supuesto, por primera vez en nuestra historia penal, el «traje legal» de la comisión por omisión, lo que considero un avance, a pesar de las objeciones que se puedan hacer al precepto.

11. Sin predeterminar aún las bondades o incorrecciones que deparará el artículo 11 CP, podría adosarse, ulteriormente, un sistema de *numerus clausus* en la Parte Especial, conforme al cual el legislador determinase el ámbito de figuras delictivas respecto de las cuales «se autoriza *ex lege* la identificación normativo-estructural» entre omisión y realización activa del tipo (233).

(232) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *DP PG*, pp. 309-310; el mismo, *La omisión de socorro*, pp. 87-88; MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *DP PG*, 2.ª ed., p. 260; 3.ª ed., p. 274.

(233) En QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, ed. Aranzadi, 1996, pp. 85 ss.; los mismos, *DP PG*, 1996, pp. 307 ss. hubiesen preferido que el legislador sólo tipificase algunas «graves específicas omisiones productoras de resultados» a optar por establecer una cláusula general concreta de incriminación de la comisión por omisión. Con anterioridad, la solución del *numerus clausus* como alternativa a la cláusula general fue ya sugerido por HUERTA TOCILDO en *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, pp. 163 ss.; la misma, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, *passim*.

IX. CONCLUSIONES

1. Los delitos de comisión por omisión son auténtica comisión y genuina omisión. Su estructura es autónoma, con características mixtas o parciales de los delitos de acción y de los delitos de omisión, y con características propias, como es la posición de garante.

2. Me parece una decisión de política legislativa acertada el proceder a una regulación legal expresa de la figura dogmática de la comisión por omisión. De esta forma se «completa» el sistema jurídico-penal proclamado en los artículos 1 y 10 CP en relación con el principio de legalidad, salvando así las posibles objeciones al respecto.

3. Igualmente considero correcto el hacerlo mediante una cláusula en la Parte General del Código penal. La propuesta de añadir, ulteriormente, un sistema de *numerus clausus* en la Parte Especial, conforme al cual el legislador determinase el ámbito de figuras delictivas respecto de las cuales «se autoriza *ex lege* la identificación normativo-estructural» entre omisión y realización activa entiendo que su expresión sería un tanto reiterativa en tanto en cuanto la naturaleza de los delitos de comisión por omisión está referida a este tipo de delitos.

4. La respuesta que da el artículo 11 al problema de la equiparación entre acción y omisión a los efectos de imputar a la omisión la producción de un determinado resultado, se basa, por un lado, en la equivalencia entre la omisión y la causación de un resultado, «según el sentido del texto de la Ley» (tesis de la identidad estructural en el plano normativo), y, por otro, en la existencia de un «especial deber jurídico del autor» de evitar el resultado, basado en la Ley, el contrato o el riesgo creado por el omitente para el bien jurídico protegido (tesis del deber jurídico basado en las fuentes formales). Supone, por tanto, una solución acumulativa (mixta) de dos respuestas doctrinales diversas que la jurisprudencia había venido utilizando conjuntamente: por un lado, la de la plena identidad estructural entre acción y omisión en el plano normativo, que no requeriría, sin embargo, formulación expresa. Y, por otro, el artículo 11 menciona también la del especial deber jurídico de garantía y la formulación expresa de la posición de garante, a través de fuentes formales. Creo, por todo ello, que sería conveniente una interpretación armónica de todo el precepto, pues, por un lado se requiere la necesidad de posición de garante que exprese las conductas de protección del bien jurídico a partir de fuentes, y por otro, la identidad entre comisión y omisión.

En definitiva, la primera parte del artículo 11 contiene una regla general en la que se dice de la comisión por omisión que consiste *en la*

producción de un resultado de una conducta descrita en términos activos. No se acoge así la propuesta de Rodríguez Mourullo y Silva, de que el marco natural de la comisión por omisión estaría representado por los denominados tipos prohibitivos de causar y no por los tipos que prevén la producción de un resultado a partir de una conducta activa. Se une a ello el hecho de que el autor tenga el deber jurídico de evitar el resultado, circunstancia que no recogía el Proyecto de 1992. Sin embargo, el primer párrafo no se limita a establecer *la infracción de un especial deber jurídico del autor*, sino que además, añade otra posibilidad de identidad normativa: que la omisión equivalga a la comisión, *según el sentido del texto de la Ley*.

En la segunda parte, el precepto especifica los supuestos en los que debe considerarse que existe tal deber, y se enumeran las tradicionales fuentes formales del deber de garante. Tal enumeración debe entenderse como meramente ejemplificativa o indicativa, ya que el precepto exige que acción y omisión equivalgan según el sentido del texto de la Ley y sería aconsejable entender que otras situaciones, no encuadrables en las citadas expresamente, permitan también imputar el resultado a quien ha creado o no evitado el riesgo para el bien jurídico. En este sentido considero que hubiese sido más acertado redactar la segunda parte del artículo 11, si es que se quería expresamente enumerar las fuentes de la posición de garante, de modo similar a como lo ha hecho el ordenamiento penal brasileño en su artículo 13. La cláusula brasileña explicita las fuentes de la posición de garante de manera que entremezcla las fuentes formales (ley, injerencia) y las materiales (garante protector del bien jurídico, garante vigilante de una fuente de peligro), o incluso se asume la posición de garante para impedir el resultado, de cualquier otra forma. En cualquier caso, el que el precepto español explicita las fuentes formales de la posición de garante, no determina automáticamente la identidad entre omisión y comisión. Además habrá que comprobar los restantes requisitos de la imputación objetiva del resultado, y por supuesto, los demás elementos de la responsabilidad criminal, pues hasta ahora nos estamos moviendo sólo en el ámbito de la tipicidad.

5. No comparto la importancia que se asigna a la causalidad hipotética en los delitos de comisión por omisión. Como en los delitos de omisión, no es éste un problema central, que a mi modo de ver queda desplazado en la comisión por omisión por la importancia en la constatación de la posición de garante.

6. Considero adecuado un concepto amplio de leyes penales en blanco, en el que los delitos de comisión por omisión serían una especie de leyes en blanco «*sui generis*».

La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible *tipificación* española del delito

MONTSERRAT ABAD CASTELOS

Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.
Facultad de Derecho. UCM

SUMARIO: I. La respuesta normativa internacional frente al fenómeno de la toma de rehenes: A. La elaboración progresiva de un entramado normativo. B. La tipificación del delito internacional y los obstáculos generados por la inexistencia de premisas conceptuales universalmente aceptadas. C. El punto de partida convencional para la acción estatal de prevención y los posibles modelos de instrumentación.—II. La respuesta jurídica española: A. Los delitos de terrorismo.. B. La detención ilegal y el secuestro. C. Otros delitos que conllevan ataques contra la libertad personal

I. LA RESPUESTA NORMATIVA INTERNACIONAL FRENTE AL FENÓMENO DE LA TOMA DE REHENES

A. La elaboración progresiva de un entramado normativo

A diferencia de lo que probablemente pudiera intuirse en un principio, la toma de rehenes ha consistido en un acto, si no lícito, al menos no prohibido por el Derecho internacional en determinadas circunstancias hasta hace relativamente poco tiempo (1). Este vacío

(1) Etimológicamente el término rehén procede del árabe *rahn* (prenda), figurando por primera vez en nuestro país en documentación fechada en el siglo XIII;

jurídico vino a cubrirse sólo parcialmente en 1949 con el establecimiento expreso de la prohibición de tales actos con respecto a determinadas categorías de personas para tiempo de conflicto armado, tanto interno como internacional, en el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de los con-

cfr. *Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Castellana*, Vol. III, Ed. Gredos, Madrid, 1954, p. 1071.

La figura del rehén ha existido desde antiguo con el mero significado de prenda, fianza o seguro, sin que a la misma se atribuyera ningún significado ilícito o delictivo. Así, durante la Edad Media y hasta el siglo xvii por rehenes solía entenderse las personas, generalmente elegidas en el entorno inmediato del soberano, que quedaban en poder del enemigo mientras estaba pendiente el cumplimiento de un tratado. Pero, además, durante ese tiempo y con posterioridad al final del siglo xvii puede advertirse la realización de otras determinadas prácticas en relación con los rehenes. Así, tanto en algunas de las guerras habidas en el último tercio del siglo xix como en las dos Guerras Mundiales los llamados «rehenes de acompañamiento» eran los habitantes de un territorio ocupado obligado a trasladarse a bordo de los convoyes de vehículos del enemigo a fin de garantizar la seguridad de tales medios de transporte y evitar que fueran atacados por sus compatriotas; igualmente, en rehenes se convertían las personas seleccionadas y detenidas por las Potencias ocupantes, bien para asegurarse la entrega de víveres o el pago de indemnizaciones, bien para salvaguardar la protección de sus tropas, de modo que en caso de que se cometieran atentados contra ellas sin que los presuntos culpables pudieran ser arrestados los rehenes respondieran con su vida o continuaran mantenidos en cautividad; asimismo, entre otros objetivos, estos rehenes capturados en tiempo de guerra por el Estado enemigo eran utilizados para garantizar la vida de los rehenes que a su vez mantenía detenidos la parte adversa; cfr. GARDON, G., «Le problème des otages», *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, I-1, 1962, pp. 71-83; pp. 71-74; HAMMER, E., y SALVIN, M., «The taking of hostages in theory and practice», *American Journal of International Law*, Vol. 38, Number 1, January 1944, pp. 20-33; KUHN, A. K., «The execution of hostages», *American Journal of International Law*, Vol. 36, Number 2, April 1942, pp. 271-274; PILLOUD, C., «La question des otages et les Conventions de Genève», *Revue Internationale de la Croix Rouge*, 32e année, Juin 1950, pp. 430-447; pp. 431-433; VEUTHEY, M., *Guérilla et droit humanitaire*, 2e édition, Genève, C.I.C.R., 1983, pp. 115-117.

En cualquier caso, el tratamiento otorgado a las personas capturadas con ocasión de un conflicto armado fue experimentando un visible *proceso de humanización*, pues si en la Antigüedad su destino solía ser la muerte, en la Edad Media era posible acceder a la recuperación de la libertad a través del pago de un rescate y, con posterioridad al siglo xvii, la captura de rehenes se concebía, ante todo, como un medio para obligar al adversario al cumplimiento de las costumbres de la guerra (aunque tal consideración no les eximía de posibles represalias que acabarán con su vida). En realidad, es con posterioridad al siglo xviii cuando comienzan a realizarse negociaciones a fin de proceder al canje y liberación de prisioneros sin necesidad de proceder al pago de un rescate; sobre esta evolución, pueden consultarse DRAPER, G. I. A. D., «The Implementation and Enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the two Additional Protocols of 1977», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 164, 1979-III, pp. 1-54, y SALINAS BURGOS, H., «La toma de rehenes en el derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Núm. 93, mayo-junio 1989, pp. 210-232; pp. 214 y 215.

flictos armados (2) y en el artículo 34 del IV Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (3).

La tipificación penal internacional de los actos de toma de rehenes cometidos en situación de paz ha sido, en cambio, más tardía. Comenzó a instrumentalizarse a partir de los años setenta a través de la elaboración de una serie de tratados internacionales destinados a prevenir y reprimir una relativamente amplia gama de delitos, con los que se pretendía, en realidad, avanzar sectorialmente en la lucha contra el terrorismo internacional en un ámbito universal. Debido a la entonces constatada imposibilidad de visualizar armónicamente el posible concepto y proceder frente al problema del terrorismo internacional globalmente en el marco de la Comunidad internacional organizada, los Estados optaron por ir regulando sucesivamente las manifestaciones de aquel fenómeno que se iban mostrando más acuciantes y que más fricciones interestatales iban generando. La primera muestra de ello vino constituida por la Convención para la Represión del Apoderamiento ilícito de Aeronaves de 16 de diciembre de 1970 (que desde ahora se citará como Convención de La Haya) (4), que fue

(2) I Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (BOE núm. 236, de 23 de agosto de 1952), II Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (BOE núm. 239, de 26 de agosto de 1952), III Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (BOE núm. 249, de 5 de septiembre de 1952) y IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (BOE núm. 246, de 2 de septiembre de 1952).

(3) Los terróricos acontecimientos de la II Guerra Mundial, en especial la captura masiva de rehenes en los territorios ocupados y su exterminio, habían supuesto un luctuoso punto de inflexión y sin ninguna duda determinaron la nueva respuesta de prohibición absoluta de tales atentados contra *la libertad* de las personas civiles en el caso de los conflictos armados internacionales y, en general, contra todas las personas que no participen directamente en las hostilidades en el caso de los conflictos armados sin carácter internacional. Por fin, a partir de la entrada en vigor del régimen jurídico previsto en los instrumentos de Ginebra de 1949 se pone término a aquella odiosa consideración de la toma de rehenes como una práctica justificada por necesidades militares. Sobre el castigo por causar la muerte a rehenes («killing of hostages») durante la segunda contienda mundial como crimen de guerra (aunque no por su captura —todavía no proscrita—), *vid.* «Judgement of the International Military Tribunal (Nuremberg 1946)», reproducido en *American Journal of International Law*, Vol. 41, 1947, pp. 172 y ss; también MELEN, A. C., «La question des otages à la lumière du droit», *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*, Vol. 24, Janvier-Mars 1946, pp. 17-25 y PILLAUD, C., *loc. cit.*, pp. 436-445.

(4) BOE núm. 13, 15 de enero de 1973. Debe darse cuenta también del intruemento anterior en el tiempo, el Convenio de Tokio, sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves de 14 de septiembre de 1963; BOE núm. 308, 25 de diciembre de 1969.

seguida por el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil de 23 de septiembre de 1971 (en adelante Convenio de Montreal) (5) y por la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 14 de diciembre de 1973 (desde aquí Convención de Nueva York) (6). Aunque ciertamente los actos de toma de rehenes que se producían con ocasión de apoderamientos de aeronaves así como de resultados de atentados contra los locales de las misiones diplomáticas o incluso contra la libertad de personas internacionalmente protegidas han supuesto un altísimo porcentaje del número total de incidentes de esta índole producidos en los últimos años, enseguida se percibió la necesidad de elaborar un instrumento convencional dedicado específicamente a la prevención y actuación contra aquel fenómeno, cualquiera que fuera la condición de sus víctimas y prescindiendo asimismo de su superposición con el secuestro de aeronaves, dada la persistencia con que esos actos se producían en la realidad internacional (7).

La acción preparatoria de una Convención al respecto se inició a propuesta de la RFA, precisamente con ocasión de los debates suscitados en el seno del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas tras los sucesos de Entebbe (8). Durante su trigésimo primer período

(5) *BOE* núm. 9, 10 de enero de 1974.

(6) *BOE* núm. 33, 7 de febrero de 1986.

(7) Con posterioridad a la Convención contra la toma de rehenes todavía se elaboró el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima de 10 de marzo de 1988 (de ahora en adelante Convenio de Roma), susceptible a la vez de acoger en su ámbito de aplicación los actos de toma de rehenes cometidos a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro su navegación segura (*BOE* núm. 99, de 24 de abril de 1992); *vid.* su artículo 3. 1.b) y 2.c).

(8) *Documentos Oficiales de las Naciones Unidas*, Consejo de Seguridad, S/PV. 1939 a S/PV 1943.

La intervención extraterritorial de las fuerzas israelíes en Uganda tuvo lugar en 1976. Con esta operación de rescate se puso fin a la detención de los últimos pasajeros y tripulantes de un avión de Air France que había sido desviado de su ruta entre Tel Aviv y París por cuatro miembros del FPLP el 27 de junio de 1976. Una vez que el avión había sido forzado a aterrizar en el aeropuerto ugandés de Entebbe, los rehenes fueron retenidos en el edificio de una antigua terminal del aeropuerto. Aunque los autores del desvío liberaron a varios rehenes, supeditaban la puesta en libertad de los noventa y ocho restantes (todos ellos de nacionalidad israelí o de ascendencia judía) a la excarcelación por Israel de cincuenta y tres prisioneros árabes. Mientras las autoridades ugandesas no parecían adoptar ninguna medida para conseguir la liberación de los rehenes, el 3 de julio, un comando israelí llegaba a territorio ugandés y asaltaba por sorpresa el edificio del aeropuerto liberando a los rehenes. En la operación resultaron muertos tres rehenes (uno de ellos por un fallo cardíaco) y el jefe de la unidad de rescate, el teniente coronel Ionatan Netaniahu (hermano del que llegaría a ser pri-

de sesiones la Asamblea General estableció un Comité *Ad Hoc* con el mandato de elaborar la Convención (9), cuya labor comenzó sobre la base de un Proyecto elaborado por la RFA (10) y se desarrolló a lo largo de los tres siguientes períodos de sesiones (11). La Convención internacional contra la toma de rehenes fue adoptada mediante la Resolución 34/146 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 17 de diciembre de 1979 (12).

mer ministro israelí), quien resultó alcanzado por los disparos de un soldado ugandés; cfr. *Keesing's Contemporary Archives*, 1976, pp. 27888-27891; «Chronique des faits internationaux», *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 81, 1977, pp. 287-293; LEWINSKY, S.; BARZEL, I.; KRANZ, I., y SOREK, E., *Operación Uganda. Los 53 minutos de Entebbe*, Sedmay Ediciones, Madrid, 2.^a edic., septiembre 1976.

Sobre este incidente, puede verse, entre otros, BOYLE, F. A., «The Entebbe hostages crisis», *Netherlands International Law Review*, Vol. 29, Number 1, 1982, pp. 32-71; GORDON, D. J., «Use of Force for the Protection of Nationals Abroad: The Entebbe Incident», *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 9, 1977, pp. 117 y ss; GREEN, L. C., «Rescue at Entebbe. Legal Aspects», *Israel Yearbook on Human Rights*, Vol. 6, 1976, pp. 312-329; KRIFT, T. R., «Self-defense and self-help: the Israeli raid on Entebbe», *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 4, 1977, pp. 43-62; MURPHY, J. F., «State Self-Help and Problems of Public International Law», *Legal Aspects of International Terrorism*, Edited by A.E. Evans & J.F. Murphy, Lexington Books, Massachusetts, 1978, pp. 553-573; pp. 554-562; PAUST, J. J., «Entebbe and Self-Help: The Israeli Response to Terrorism», *The Fletcher Forum*, Vol. 2, 1978, pp. 86 y ss; SALTER, L., «Commando coup at Entebbe: Humanitarian intervention or barbaric aggression?», *International Lawyer*, Vol. 11, Number 2, 1977, pp. 331-338; SHEEHAN, J. A., «The Entebbe Raid: The Principle of Self-Help in International Law as Justification for States Use of Armed Force», *The Fletcher Forum*, Vol. 1, 1977, pp. 135 y ss.

(9) Por medio de la Resolución 31/103, de 15 de diciembre de 1976. El Comité *Ad Hoc* fue integrado por las delegaciones de los siguientes treinta y cinco Estados: Barbados, Bulgaria, Canadá, Chile, Dinamarca, Egipto, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, Guinea, Irán, Italia, Jamahiriya Árabe Libia, Japón, Jordania, Kenia, Lesotho, Méjico, Nicaragua, Nigeria, Países Bajos, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Árabe Siria, República Federal de Alemania, República Socialista Soviética de Bielorrusia, República Unida de Tanzania, Somalia, Suecia, Surinam, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, Venezuela, Yemen Democrático y Yugoslavia.

(10) Documento de trabajo A/AC.188/L.3, *Informe del Comité Ad Hoc para la elaboración de una Convención internacional contra la toma de rehenes*, Suplemento N.º 39 (A/32/39), Anexo II (pp. 108-117), pp. 108-112.

(11) *Vid. Informe del Comité Ad Hoc...*, loc. cit.; 2.º *Informe del Comité ad Hoc para la elaboración de una Convención internacional contra la toma de rehenes*, Suplemento N.º 39 (A/33/39); 3.º *Informe del Comité Ad Hoc para la elaboración de una Convención internacional contra la toma de rehenes*, Suplemento N.º 39 (A/34/39).

(12) *Vid. Documentos Oficiales de la Asamblea General, Sesiones Plenarias*, Trigésimo Cuarto Período de Sesiones, Volumen III, A/34/PV. 105, pp. 1950 y ss.

Vid. BOE núm. 162, 7 de julio de 1984.

B. La tipificación del delito internacional y los obstáculos generados por la inexistencia de premisas conceptuales universalmente aceptadas

La propia tipificación del delito fue uno de los asuntos más controvertidos y arduosamente disputados durante los trabajos de redacción de la Convención. Ciertamente, una serie de países del Tercer Mundo, apoyados por el grupo de Estados Socialistas, reivindicaban con respecto a la misma definición del tipo penal y, por ende, también con relación al alcance del nuevo instrumento, que sólo la toma de rehenes de personas «inocentes» fuera comprendida en la Convención (13). No obstante, finalmente se pudo llegar a una solución consensuada en torno a la descripción del nuevo tipo penal. Según el párrafo 1 del artículo 1 de la Convención contra la toma de rehenes:

«Toda persona que se apodere de otra (que en adelante se denominará “el rehén”) o la detenga, y amenace con matarla, hierla o mantenerla detenida a fin de obligar a un tercero, a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas, a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén, comete el delito de toma de rehenes en el sentido de la presente Convención».

A partir de la definición penal del delito contenida en la Convención contra la toma de rehenes, habría que dejar constancia de la magnitud del problema. En efecto, la innumerable cifra global de las acciones que podrían encajar en ese tipo delictual internacional se ha concretado en algunos momentos superando el centenar de incidentes por año (14). Es verdad que sólo los hechos relativos a una propor-

(13) *Vid., ad exemplum*, las intervenciones en la Sexta Comisión de los representantes de la Jamahiriya Árabe Libia (A/C.6/31/SR. 58, pp. 11 y 12, párr. 49), Somalia (*ibídem*, p. 12, párrs. 53 y 54) y Bahrein (A/C.6/32, SR. 61, p. 8, párr. 30). Véanse también las manifestaciones en réplica de los delegados de EE.UU. (A/C.6/31, SR. 56, p. 7, párr. 22) y Reino Unido (*ibídem*, SR. 57, pp. 8 y 9, párr. 31 e *ibídem*, SR. 58, p. 18, párr. 80). Asimismo, *vid.* las intervenciones en el Comité *Ad Hoc* de los delegados de Tanzania (*Informe del Comité Ad Hoc...*, *loc. cit.*, p. 37, párr. 28) y Guinea (*ibídem*, p. 41, párr. 13), entre las más significativas. Además, sobre éste y otros aspectos más generales relativos a la toma de rehenes, puede verse M. ABAD CASTELOS, *La toma de rehenes y el Derecho internacional (Medidas estatales previas, coetáneas y posteriores a la comisión del delito)*, Ministerio del Interior, Madrid, 1997.

(14) Por imperativo de su artículo 13 este instrumento convencional no ofrecerá cobertura «(...) en el caso de que el delito haya sido cometido dentro de un solo Estado, el rehén y el presunto delincuente sean nacionales de dicho Estado y el presunto delincuente sea hallado en el territorio de ese Estado». Pero queda claro a la luz

ción mínima de los mismos son bien conocidos por la opinión pública. Suponemos que en ello incide una serie de factores entrelazados. Seguramente la combinación entre la posición occidental de algunos Estados afectados y la correlativa trascendencia concedida por los medios de comunicación ha sido la causa de que hayan sido especialmente renombrados acontecimientos como el episodio iniciado en 1979 entre EE.UU. e Irán, los casos relativos a los rehenes occidentales en el Líbano durante los años ochenta, los sucesos de los Juegos Olímpicos de Munich o los hechos que afectaron a nacionales de la RFA e Israel, en Mogadiscio y Entebbe, respectivamente. Sin embargo, se trata de un problema que ha afectado a un gran número de Estados y que ha llegado a provocar serias controversias internacionales. Y sigue repitiéndose con una nada desdeñable frecuencia en la realidad internacional (no hay más que pensar, sin ningún ánimo exhaustivo, en los recientes ataques contra la libertad de turistas, misioneros o cooperantes extranjeros en Argelia, Camboya, el Estado indio de Cachemira, Liberia, Uganda y un largo etcétera, en la toma como rehenes de nacionales occidentales en territorio irakí y kuwaití con ocasión del conflicto del Golfo Pérsico y de miembros de las Naciones Unidas y personal asociado durante la guerra que asoló la ex Yugoslavia, o en la acción llevada a cabo entre diciembre de 1996 y abril de 1997 en la embajada de Japón en Perú). Aunque también es cierto que, afortunadamente, no alcanza las proporciones epidémicas de los años setenta y ochenta.

A la vista, igualmente, del anterior tipo de delito internacional, puede observarse que nada en él precisa explícitamente que la violencia que acoge sea de carácter terrorista. Esta omisión puede consistir de hecho en un elemento común a la Convención contra la toma de rehenes y a los demás instrumentos elaborados en el marco de las Naciones Unidas. Todos ellos se limitan a la descripción objetiva de ciertos hechos, los cuales se convierten en ilícitos internacionalmente a partir de su entrada en vigor. A pesar de que todas estas normas convencionales fueron ideadas en un esfuerzo para frenar el avance del terrorismo, nada obsta, sin embargo, a que las acciones tipificadas puedan ser cometidas mediante actos de violencia *común*. Igual que nada impide, aunque en los textos de referencia se parta del deber estatal de llevar a efecto la responsabilidad penal individual, que el sujeto activo del delito esté integrado en la propia estructura del Estado.

de esta disposición que, aunque la Convención precise para su aplicación de la concurrencia de un elemento extranjero, ésta se entiende satisfecha por la simple presencia del presunto autor del delito en un Estado distinto al de su comisión.

En realidad, el elemento esencial y caracterizador del delito es el elemento de coacción impuesto sobre un tercero. No obstante, la paradoja y, a la vez, el problema que late de fondo es la inexistencia de un concepto base de terrorismo. Pues, ciertamente, a pesar de que el terrorismo pueda ser objetivable desde un punto de vista jurídico, las dificultades se agudizan en un plano internacional, donde muchos Estados intentan hacer primar concepciones subjetivas acerca de su noción. El problema no tiene una fácil solución, sobre todo si se piensa que ni siquiera los conceptos centrales en presencia responden a criterios objetivos universalmente aceptados.

Desde un ángulo jurídico internacional —cuando no también desde uno interno—, alrededor del término *terrorismo* todavía continúa manteniéndose el mismo debate que hace más de veinte años; no se han resuelto aún con carácter unánime verdaderas cuestiones preliminares básicas, como si, por ejemplo, es posible definir el terrorismo (15), si, de ser posible su conceptualización, la definición debería formularse con carácter general o enumerativo, si se restringiría a los actos de indivi-

(15) Esta fundamental premisa continúa hoy dividiendo a la doctrina. Sobre el carácter difícilmente definible del terrorismo o los principales problemas para alcanzar una definición, pueden verse *ad exemplum* desde diferentes perspectivas internacionalistas, ABELLÁN HONRUBIA, V., «El terrorismo internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XXVIII, Núms. 1-3, pp. 33-56; pp. 41-44; SCHMID, A., *Political Terrorism: A Research Guide to Concepts, Theories, Data-Basis and Literature*, North-Holland Publishers, Amsterdam 1984; GLASER, S., *Droit International Pénal Conventionnel. Volume II*, Établissements Émile Bruylant/Société Anonyme d'Éditions Juridiques et Scientifiques, Bruxelles 1978, pp. 35-68, dedicadas al «terrorismo internacional». Glaser intenta describir más que definir el fenómeno, sugiriendo la presencia de una serie de elementos en todo acto de aquel tipo; estos serían «l'intimidation ou la contrainte par la violence ou l'emploi de la violence en vue d'obtenir un certain objectif illégal»; pp. 36 y 37; KONSTANTINOV, E., «International Terrorism and International Law», *German Yearbook of International Law*, Vol. 31, 1988, pp. 289-306; particularmente, p. 293; SADDY, F., «International Terrorism, Human Rights and World Order», *Terrorism: An International Journal*, Vol. 5, Number 4, 1982, pp. 325-351; especialmente, pp. 334 *in fine*-344; WILLIAMS, S. A., «International Law and Terrorism: Age-Old Problems, Different Targets», *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. XXVI, Tome XXVI, 1988, pp. 87-117; pp. 89-91; TYAGI, Y., «Political Terrorism: National and International Dimensions», *I.J.I.L.*, Vol. 27, Numbers 1-2, April-September 1987, pp. 160-182; en especial, pp. 160-168; MEYER, J., «German Criminal Law Relating to International Terrorism», *Indian Journal of International Law*, Vol. 29, Numbers 1-2, January-June 1989, pp. 78-86; pp. 79 y 80; AHMED AN NA'IM, A., «Islamic Ambivalence to Political Violence: Islamic Law and International Terrorism», *German Yearbook of International Law*, Vol. 31, 1988, pp. 307-336; desde un punto de vista más próximo a la ciencia política, puede consultarse también, LOMASKY, L. E., «The Political Significance of Terrorism», *Violence, Terrorism and Justice*, Ed. by R.G. Frey/C.W. Morris, Cambridge University Press 1991, pp. 86-115.

duos o grupos o si cubriría también las actuaciones estatales, si deberían excluirse o no los actos realizados en el curso de las luchas para la autodeterminación... En fin, sobre estos y otros puntos de partida todavía está lejano un consenso tanto entre la doctrina como en el seno de los diversos órganos, oficiales y privados, de codificación (16), lo cual impide cualquier avance significativo en la aclaración de ciertas cuestiones conexas, a pesar de que se reitera desde diferentes foros que esa carencia no tiene por qué impedir la adopción, desde el punto de vista práctico, de medidas eficaces encaminadas a la prevención y a la erradicación del fenómeno del terrorismo (17). Sin embargo, hay que decir que esa ausencia de acuerdo, forzosamente, sí tiene que afectar negativamente, y así afecta de hecho, a la adopción de las medidas preventivas y, sobre todo, a las posteriores a la comisión de ese tipo de delitos, en sí mismas represivas, y, en particular, a la extradición en cuanto instrumento fundamental de cooperación internacional para evitar la impunidad de tales delitos y, por ende, también a las eventuales medidas jurisdiccionales sobre los mismos (18). Aunque, en definitiva, es la falta de un acuerdo interestatal sobre el concepto de terrorismo, su posible contenido y alcance, la que viene

(16) No hay más que seguir los trabajos desarrollados en el marco de la Sexta Comisión, del Comité *Ad Hoc* de las Naciones Unidas sobre el Terrorismo internacional o, por ejemplo, de los esfuerzos de la *International Law Association*. Los resultados hasta ahora logrados por estas y otras instituciones constituyen la demostración más clara de aquellas dificultades ya perennes.

(17) Éste ha sido precisamente el camino emprendido por la generalidad de Estados en el marco de la elaboración de las sucesivas Convenciones de las Naciones Unidas, que se enfrentan simplemente a la definición de ciertas categorías de violencia que son consideradas como terroristas.

También en el contexto de los trabajos de la *International Law Association* sobre terrorismo internacional y extradición, se ha tenido siempre presente la no necesidad de partir sobre una definición global del *terrorismo internacional*, asumiendo, de algún modo, que quizá existieran tantas propuestas conceptuales como miembros de la organización. De ahí que el objeto de sus trabajos se haya limitado a seleccionar varias categorías de actos de violencia para, sobre ellas, proceder al tratamiento de las diferentes cuestiones; puede verse, como muestra de ello, la representativa intervención del profesor australiano I. A. SHEARER, en «Report of the International Law Association's Sixty-third Conference (Warsaw): Legal Problems of Extradition in Relation to Terrorist Offenses (Working Session), 26 August 1988», *Terrorism*, Vol. 11, 1988, pp. 511-529; p. 520. Puede percibirse la misma forma de actuación en los recientes trabajos de otros organismos; véase, por ejemplo, el «American Bar Association's Model of American Convention on the Prevention and Punishment of Serious Forms of Violence», comentado por R. B. LILLICH, en *American Journal of International Law*, Vol. 77, 1983, pp. 664 y ss.

(18) Al constituir, el término «terrorismo», una etiqueta imprecisa que sirve todavía de cobijo para muchos actos violentos, las precisiones que suelen figurar en

bloqueando de hecho la posibilidad de llegar a soluciones generalmente aceptables en ámbitos concretos de actuación o respecto a la interpretación y aplicación de las normas relativas a las distintas manifestaciones de violencia política con elementos internacionales (19). Por consiguiente, aunque no negamos que este tipo de conceptos pueda realmente ser objetivable desde el punto de vista jurídico, creemos que la constatable carencia de criterios comunes a nivel universal para proceder a tal tarea redundante y, es más, determina los fracasos que se producen en la práctica internacional para alcanzar una infraestructura internacional eficaz de carácter preventivo, lograr la extradición por delitos que de algún modo impliquen la comisión de actos de *violencia política* y, en suma, para llegar al enjuiciamiento efectivo —y justo— de los presuntos autores de tales delitos.

Lo cierto es que, a estas alturas, partimos prácticamente de la misma línea de salida normativa internacional que en las fechas en que se elaboró la Convención contra la toma de rehenes. La Comunidad organizada de Estados continúa, igual que en aquellos años, intentando ponerse de acuerdo sobre premisas y conceptos de referencia y re proyectando textos sobre las posibles medidas para prevenir y detener las acometidas terroristas.

C. El punto de partida convencional para la acción estatal de prevención y los posibles modelos de instrumentación

Pese a todo, también es verdad que para los Estados partes en la Convención contra la toma de rehenes y en los demás instrumentos elaborados bajo la égida de las Naciones Unidas susceptibles de aco-

las normas sobre extradición pueden resultar inútiles. Por ejemplo, según el artículo 4.1.º de la Ley española de extradición, no se concederá la extradición:

«Cuando se trate de delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo (...)».

La misma técnica de redacción es empleada, además de en leyes internas, en numerosos tratados bilaterales de extradición. Véase, por ejemplo, la crítica que efectúa G. GILBERT, respecto del Tratado de 1992 entre el Reino Unido y la India, de la indeterminada fórmula para excluir tales delitos de la excepción de delito político: «offences related to terrorism»; «Extradition», *International of Comparative Law Quarterly*, Vol. 42, Part 2, April 1993, pp. 442-448; pp. 447 y 448.

(19) De otra parte, del mismo modo, el concepto de *delito político*, aunque cuente con unos contornos claramente mejor perfilados, principalmente a través de las interpretaciones jurisprudenciales internas, no deja de encontrarse también en una tesitura oscilante y dependiente del contenido con que lo doten, en último término, las interpretaciones suministradas por los diferentes Estados, lo cual vendrá también a frustrar aquellos mismos objetivos.

ger delitos contra la libertad personal existe la obligación de armonizar sus legislaciones internas con las Convenciones a las que se hayan incorporado, en cuanto todos estos textos convencionales exigen expresamente, al menos, la tipificación y el establecimiento de penas para el delito en sus ordenamientos internos (20). Así, por una parte, el artículo 4 de la misma Convención dispone el deber de los Estados partes de cooperar en la prevención de los delitos previstos en el artículo 1, principalmente, «a) adoptando todas las medidas factibles a fin de impedir que se prepare en sus respectivos territorios la comisión de tales delitos tanto dentro como fuera de ellos, en particular, medidas para prohibir en sus territorios las actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que alienten, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes; b) intercambiando información y coordinando la adopción de medidas administrativas y de otra índole, según proceda, para impedir que se cometan esos delitos» (21). Por otra parte, según el artículo 2 de la Convención contra la toma de rehenes, «cada Estado establecerá, para los delitos previstos en el artículo 1, penas adecuadas que tengan en cuenta el carácter grave de los mismos» (22).

Naturalmente, desde una óptica jurídico-penal, lo óptimo sería que, para cumplir dicha exigencia de adaptación de la legislación

(20) A 31 de diciembre de 1993, los Estados partes en la Convención contra la toma de rehenes eran setenta y cuatro; cfr. *Traités Multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général. Etat au 31 décembre 1993*, Nations Unies, New York, 1994, p. 876.

Como dice C. RAMÓN CHORNET, «obviamente, la prevención tiene como primera consecuencia la necesidad de incorporar al Derecho interno la tipificación como delito de las acciones terroristas de que se trata (...) la prevención constituye, por esa razón, y aunque a primera vista pueda parecer una paradoja, la condición lógica de la represión, puesto que la incluye como un todo a la parte: de la prevención forman parte medidas que van más acá y más allá de la represión de modo que, en realidad, la represión formaría parte de los elementos que permiten prevenir el delito (al menos, aunque sólo sea por los efectos disuasivos y ejemplarizantes)»; *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993. pp. 239 y 240.

(21) Pueden verse apreciables diferencias formales y sustanciales en la formulación de una obligación que, sin embargo, pretende un igual fin de cooperación en la prevención del delito en los artículos 10, 4, 13.1 de las Convenciones de Montreal, Nueva York y Roma. En cambio, la Convención de La Haya no cuenta con una disposición establecedora de un marco preventivo de carácter interestatal; véase el único deber que puede llegar a desplegar efectos de cara a evitar la consumación del delito, pero no con anterioridad, recogida en su artículo 9.1.

(22) Esta obligación de resultado aparece configurada en términos parecidos en el resto de los instrumentos de referencia. *Vid.* los artículos 2, 3, 2.2 y 5 de las Convenciones de La Haya, Montreal, Nueva York y Roma, por el mismo orden.

interna, los Estados partes promulgaran leyes específicas de aplicación y desarrollo de las convenciones en sus ordenamientos internos (en la práctica muy pocos Estados lo han hecho así, como tendremos ocasión de comprobar a continuación). Aunque hay que decir que los Estados no están obligados a ello, si ya cuentan con una legislación previa al respecto que permita cumplir en términos generales las previsiones convencionales (23). Así ha sucedido en la mayoría de los Estados en lo que se refiere al delito de toma de rehenes en sentido estricto (es decir, sin superponerse con otros delitos como el de apoderamiento de aeronaves o barcos o secuestros de personas internacionalmente protegidas), puesto que aunque sus normas penales no contienen una definición exactamente igual a la establecida en la Convención de 1979, sí suelen tipificar en general los delitos contra la libertad personal, calificándolos en la mayor parte de los casos como secuestro o detención ilegal, y estableciendo penas acordes con la naturaleza y gravedad de esos delitos, en cuyo ámbito de aplicación pueden caer prácticamente todos los incidentes de toma de rehenes (piénsese, en este sentido, que el concepto jurídico de secuestro suele ser más amplio que el de toma de rehenes, pues el primero no tiene por qué incluir el elemento de coacción impuesto sobre un tercero); por lo cual no se hace imprescindible la aprobación de leyes posteriores a la norma convencional. Lo fundamental, a nuestro modo de entender, es que se contemple una tipificación del delito con su correspondiente pena en todos los códigos penales internos.

En este punto, hemos de referirnos a un requerimiento que exclusivamente impone la Convención contra la toma de rehenes a los Estados partes: éstos han de tomar «en particular medidas para prohibir en sus territorios las actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que alienen, instiguen, organicen o cometan actos de toma de rehenes». Este inciso del apartado *a*) del artículo 4, que fue incluido a propuesta de la delegación yugoslava (24), se incardina expresamente

(23) Por ello, nos parece muy oportuno el matiz que figura en el artículo 8 (d) de la Convención, de 1971, de la Organización de Estados Americanos para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexas cuando éstos tengan trascendencia internacional, según el cual, los Estados partes, a fin de cooperar en la prevención de los delitos previstos, tienen la obligación de «procurar que se incluyan en sus respectivas legislaciones penales los hechos delictivos materia de esta Convención cuando no estuvieren ya previstos en aquéllas».

(24) Ya casi desde un principio, en el seno de la Sexta Comisión, el representante de Yugoslavia insistía en la necesidad de incluir en el proyecto de Convención alguna disposición que se refiriese a la obligación de «poner fuera de la ley a las organizaciones terroristas»; *vid.*, *A/C.6/32/SR.63*, p. 2, párr. 6. Es de indicar, en la misma línea, que también con ocasión de los Informes enviados por los Gobiernos a

en sede de cooperación para la prevención de los delitos de toma de rehenes y su contenido se erige en la medida paradigmática de entre todas las medidas factibles que los Estados están obligados a adoptar.

Aunque este inciso no parece, en la teoría, que pueda implicar problemas, sobre todo si pensamos que las actividades que exige prohibir son las, literalmente, «ilegales», lo cierto es que sí puede plantear algún delicado dilema en su interpretación. Las dudas no surgen, desde luego, en relación con el deber de prohibición de las actividades de personas, grupos u organizaciones que *organicen* o *cometan* actos de tomas de rehenes, sino en relación con la *instigación* y, sobre todo, con respecto a otras formas de apoyo indirecto y más difíciles de determinar, como es el *alentar* la comisión de ese tipo de actos: ¿podría estar conteniendo la Convención un mandato implícito de tipificación de esas actividades en los ordenamientos internos de los Estados partes? (25). Indudablemente, si así fuera, sí podría originar dificultades, y ello no sólo por los límites constitucionales presentes en muchos Estados relativos a las libertades de expresión, reunión o asociación, sino también debido a que frecuentemente se manejan razones de oportunidad política que aconsejan la no ilegalización de esas organizaciones para conseguir una mayor eficacia, a un plazo más largo, en la lucha contra el terrorismo (26). Pensemos,

la C.D.I. en relación con la Convención de Nueva York, el Gobierno yugoslavo había insistido en la conveniencia de proceder a la disolución de las organizaciones que organizan, instigan o apoyan actos de terrorismo; cfr. *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1972, Volumen II, p. 378.

Posteriormente la misma delegación presentaría un Documento (A/AC.188/L.19) al Grupo de Trabajo II del Comité Ad Hoc para incluir un nuevo párrafo o un nuevo artículo *bis*, que dijese lo siguiente: «Los Estados Contratantes tendrán la obligación de adoptar medidas efectivas para prohibir en sus territorios las actividades ilegales de personas, grupos u organizaciones que organicen, instiguen, alienten o cometan actos de toma de rehenes». La propuesta fue objeto de una revisión verbal en el Grupo de Trabajo, por la cual se añadió un inciso final generalmente aceptado al apartado a) del artículo, que se conservó casi literalmente en el texto final de la Convención; cfr. 2.º *Informe del Comité Ad Hoc...*, *loc. cit.*, pp. 7 y 8.

(25) Para R. ROSENTOCK, «no one raised any substantive problem with prohibiting illegal activity since the denomination as illegal establishes the prohibited nature of the activity and the text cannot be read as even suggesting the utility of making licit acts illicit»; «International Convention Against the Taking of Hostages: Another International Community Step Against Terrorism», *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 9, Summer 1980, pp. 169-195; p. 179.

(26) En este sentido, la representación yugoslava en la Sexta Comisión contradecía los argumentos de las delegaciones que se oponían a su propuesta, aduciendo problemas constitucionales y el respeto a las libertades democráticas, y manifestaba que esa actitud equivalía a «dar carta blanca a una organización terrorista, lo cual no se puede aceptar. Ahora bien, un examen detenido revela que ninguna de las disposi-

sin ir más lejos, en la coalición Herri Batasuna, organización ideológico-política de este tipo, muy próxima a E.T.A., legal y con acceso al Parlamento en nuestro país, o, también en otro ejemplo cercano, el caso del Sinn Fein, rama política del I.R.A., que puede presentar unas características hasta cierto punto similares (27).

Como adelantábamos, son pocos los Estados que han promulgado una legislación específica sobre la toma de rehenes con la cual se haya venido por imperativos internos a autorizar la adhesión del país a la Convención de 1979, a armonizar su legislación interna con el texto convencional, a ampliar su propia legislación a otros supuestos en principio no previstos por la Convención o bien por más de una de estas razones simultáneamente. Entre esos Estados, debemos hacer mención de EE.UU., Reino Unido, Nueva Zelanda y Japón, con la adopción, respectivamente, de las siguientes leyes: *Act for the Prevention and Punishment of the Crime of Hostage-Taking* de 1984 (28), *Taking of Hostages Act 1982, Crimes (Internationally Protected Persons and Hostage)* de 1980 (29) y *Ley No. 52* de 1987 (30). La inmensa mayoría de los Estados no han adoptado, por el contrario, una legislación especialmente destinada a incorporar en sus Derechos internos el contenido de la Convención contra la toma de rehenes. Sin embargo, todos los Estados contienen normas que permiten albergar, con mayor o menor rigor, la conducta tipificada en el artículo 1 de la Convención.

ciones de la enmienda contradice las soluciones jurídicas aplicables a la lucha contra el terrorismo. En este sentido, la Convención (...) debería permitir que se modificaran y completaran las legislaciones de ciertos Estados Miembros que no son precisas respecto de este punto»; *A/C.6/33/SR. 49*, p. 10, párr. 28.

(27) Es de indicar que, cuando posteriormente se discutió la oportunidad de incluir un inciso similar en la Convención de Roma de 1988, algunos Estados se opusieron argumentando que «the sentence omitted added nothing to the substance of the provision which was fully reflected in the expression “preparation (...) for the commission of those offences”»; *I.M.O. Doc. PCUA 2/5*, párr. 136. Finalmente, no se hizo ninguna mención en el texto final de la misma. Para alguna referencia a los aspectos preventivos en relación con el terrorismo marítimo; *vid., ad exemplum*, TREVES, T., «The Rome Convention for the Suppression of Unlawful acts Against the Safety of Maritime Navigation», en *Maritime Terrorism and International Law*, Ed. by N. RONZITTI, Martinus Nijhoff Publishers, 1990, pp. 69-90; p. 83.

(28) Puede encontrarse en *S. 2624/H.R. 5689, 98th Cong., 2d Sess.* (1984). También puede consultarse un extracto de la misma Ley en *A.J.I.L.*, october 1984, Vol. 78, Number 4, pp. 918-920.

(29) Act No. 44 (2 December 1980). Puede consultarse en *Legislative Responses to Terrorism*, Y. ALEXANDER/A. S. NANES (Eds.), Martinus Nijhoff Publishers, 1986, pp. 137-143.

(30) El texto en inglés del Código penal japonés, tal y como ha quedado modificado por dicha Ley, puede consultarse en *EHS Law Bulletin Series*, Vol. II, No. 2400, 1988.

La primera diferencia apreciable en la legislación comparada puede localizarse en la terminología utilizada. Para empezar, hay que decir que las únicas disposiciones internas que constituyen un reflejo exacto de las expresiones empleadas en la Convención de 1979, denominando primeramente el delito como *toma de rehenes*, son lógicamente aquéllas que corresponden a los Estados que han procedido a una adopción formal de una ley de aplicación convencional. Así, las Leyes estadounidense, británica, neozelandesa y japonesa se refieren expresamente al «crime of hostage-taking». En cambio, en la gran mayoría de las demás legislaciones se utilizan otros términos para referirse al delito. El *nomen iuris* de *secuestro* es sin duda uno de los más comunes (31). Es utilizado, por ejemplo, en las legislaciones

(31) No sucede lo mismo, en cambio, en relación con la terminología empleada en los tratados de extradición, lo cual puede originar obstáculos a la entrega de una persona reclamada por un delito de toma de rehenes. Véanse las profundas divergencias, no sólo terminológicas, que se contienen en muchos de los tratados bilaterales de extradición celebrados, sin necesidad de ir más lejos, por nuestro país.

De acuerdo con el Convenio de extradición entre España y el Reino Unido de Gran Bretaña de 4 de junio de 1878 (*GM* 15 de diciembre de 1878 y 5 de enero de 1879), los delitos extraditables figuraban en el artículo 2, entre los cuales, la figura más próxima a la que aquí consideramos era la que figuraba en el número 6.º: «secuestro, robo, abandono, exposición o retención ilegal de niños». A tenor del artículo 1 del Tratado de extradición entre España y Mónaco de 3 de abril de 1882 (*GM* 5 de diciembre de 1882) es obligatoria la entrega de los individuos condenados o acusados «por *secuestro arbitrario de una persona, llevado a cabo por un particular*», según el número 6.º, y «por *asociación de malhechores*», según el número 10.º. En virtud del Convenio para la recíproca extradición de malhechores, prófugos y desertores entre España y Portugal y artículos adicionales al mismo de 25 de junio de 1867 y 27 de mayo de 1868 (*GM* 7 de febrero de 1869) se dispone en su artículo 3, número 4.º, el deber de efectuar la extradición de los individuos acusados o condenados de los crímenes y delitos de «*encarcelación privada*» y «*detención arbitraria*». Para el Convenio de Extradición entre España y El Salvador de 22 de noviembre de 1884 (*GM* 20 de junio de 1885) son extraditables de conformidad con el artículo 2 «*el secuestro o detención ilegal de persona o personas para transportarlas a otro país, exigirles dinero o con cualquier otro fin ilícito*», según su número 8.º; «*el atentado contra la propiedad y la libertad individual y la inviolabilidad del domicilio, siempre que dichos delitos sean penables en ambos países*», según su número 23.º y «*la asociación de malhechores*», según su número 24.º El Convenio de extradición de criminales entre nuestro país y Uruguay de 23 de noviembre de 1885 (*GM* 5 de enero de 1887) no dispone nada, en cambio, al respecto con la única inclusión, en el número 14.º del artículo 2, de la «*asociación de malhechores*» como delito extraditable. En las relaciones entre España y Venezuela, reguladas por el Convenio de extradición de delincuentes de 22 de enero de 1894 (*GM* 7 de mayo de 1895), se consideran como delitos extraditables, en su artículo 2, números 9.º y 15.º, respectivamente, los «*atentados contra la libertad individual*» y el «*plagio, o sea la detención o secuestro de persona o personas para exigirles dinero, o con cualquier otro fin ilícito*». Según el apartado 12.º) del artículo 2 del Tratado de extradición con Liberia

francesa, italiana, suiza, mejicana o panameña (32). Al *arresto ilegal*, como concepto prácticamente idéntico al de *detención ilegal* español,

de 12 de diciembre de 1894 (*GM* 15 de junio de 1895), serán entregados los individuos acusados o condenados de los crímenes de «*plagio; entendiéndose por tal la detención o secuestro de persona o personas para exigirles dinero o para cualquier otro fin ilícito*». En el Tratado con Argentina de 7 de mayo de 1881 (*GM* de 12 de diciembre de 1882) no se contiene ninguna figura delictiva que suponga un ataque contra la libertad personal en el sentido de nuestro objeto (sólo figuran como hechos extraditables en el artículo 2 los crímenes de raptó –número 8.º–; ocultación y susstracción de menores –número 10.º– y de *asociación de malhechores* –número 14.º–). En virtud del Tratado con Colombia son extraditables los «*atentados contra el poder*», según el artículo 3.3.º, y el «*secuestro o detención de personas para exigir dinero del secuestrado, de su familia o relacionados, o para cualquier otro fin ilícito*». El Tratado con Costa Rica de 16 de noviembre de 1896 (*GM* de 4 de mayo de 1899) enumera en su artículo 2 una serie de delitos entre los que no se encuentra ninguno dirigido de algún modo contra la libertad personal u otros delitos violentos dirigidos contra el Estado. Pero al final de la misma disposición se inserta una especie de cláusula general según la cual será extraditable «cualquier delito por el cual pueda procesarse sin necesidad de acusación de parte, y que en la Nación en que se hubiese cometido tenga señaladas la pena de muerte, presidio, trabajos forzados o privación de libertad por un tiempo que no baje de 2 años, aunque la pena de tal delito sea menor en la Nación del refugio». A tenor del número 4.º del artículo 2 del Tratado con Cuba de 26 de octubre de 1905 (*G.M.* de 11 de agosto de 1906) se concede la extradición por «*detenciones ilegales*». De conformidad con el Tratado de extradición entre España y Guatemala de 7 de noviembre de 1895 (*GM* de 10 de junio de 1897), serán entregados los individuos acusados o condenados por los crímenes de «*atentados contra la libertad individual y la inviolabilidad del domicilio de particulares*» –artículo 2. 9.º– y de «*plagio, o sea, la detención o secuestro de persona o personas para exigirles dinero o cualquier otro fin ilícito*» –artículo 2.15–. También según el Convenio para la recíproca extradición de malhechores entre España y Bélgica, de 17 de junio de 1870 (*GM* de 20 de agosto de 1870) se consideran, como delitos extraditables –artículo 2.9.º– los «*atentados a la libertad individual*». En virtud del artículo 2 del Convenio de Extradición entre nuestro país y EE.UU. de 29 de mayo de 1970 (*BOE* de 14 de septiembre de 1971; *vid.*, también, el Tratado Suplementario de Extradición entre ambos Estados de 25 de enero de 1975; *BOE* de 27 de junio de 1978), serán entregadas las personas acusadas o condenadas por una serie de delitos, cuando los mismos sean punibles según las leyes de ambos Estados con una pena privativa de libertad superior a un año, siendo también concedida la extradición, en virtud del párrafo B) del mismo artículo, por la participación en tales delitos, «no sólo como autor o cómplice, sino también como encubridor, así como por la tentativa y conspiración para cometerlos, siempre que resulte punible por ambas legislaciones con una privación de libertad superior a un año». Entre esos delitos se encuentran: en el número 8, el «*secuestro de personas o niños, con o sin rescate; detención ilegal*»; en el número 19, la «*piratería, comprendido el apoderamiento o ejercicio de control y el motín o rebelión contra la autoridad del Capitán o Comandante a bordo de un avión o nave, cometida con fuerza, violencia, intimidación o amenaza*» y en el número 22, «*cualquier delito relativo a armas de fuego, explosivos o dispositivos incendiarios*».

(32) Con el mismo título, se emplean variantes. Así, el *secuestro simple* aparece tipificado en la legislación colombiana; al igual que el llamado *secuestro extorsivo*

se refiere, entre otras, la legislación penal francesa (33). La tipificación del delito de *privación ilegal de libertad* puede encontrarse en la legislación argentina, mejicana o panameña (34)

La metodología empleada para contemplar el delito también ofrece variaciones de una legislación a otra. En unos casos, se ofrece una tipificación separada del delito de terrorismo y del de detención ilegal, sin que ello obste a que este último delito pueda ser considerado como un acto de terrorismo en cuanto ello viene facilitado por la caracterización del delito de terrorismo como un tipo penal abierto. Este tipo era el establecido en la legislación penal española recientemente derogada (35). En otros casos, en cambio, al construir el tipo

que, además de contenerse también en el Código penal de Colombia, figura recogido en otras legislaciones como la argentina.

(33) Aunque es de señalar que la República francesa no ha pasado a formar parte hasta la fecha en la Convención de 1979; cfr. *Traités Multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général. Etat au 31 décembre 1993*, Nations Unies, New York, 1994, p. 676.

(34) También la misma figura pero cualificada, esto es, la *privación ilegal de libertad agravada* se halla en la normativa penal argentina y panameña. Por último, el delito de *sustracción, retención u ocultamiento de persona* está previsto en la legislación argentina.

(35) El Derecho penal de algún Estado establece un tipo abierto para el delito de terrorismo, donde sin citar siquiera el delito de detención ilegal o secuestro, éste puede tener cabida. Responden a este modelo, por ejemplo, la legislación mejicana y colombiana. El delito de terrorismo se define en el artículo 139 del Código penal mejicano. Allí se impone la pena «(...) sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten». Comete dicho delito el que «utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas o servicios al público que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación». El artículo 187 del Código penal colombiano, de modo similar, tipifica como delito de terrorismo la acción de «emplear contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva», cuando concorra «el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra o de perturbar el orden público». En la pena impuesta por este delito se incurre «sin perjuicio de la pena que corresponda por los demás delitos que se ocasionen con este hecho» (*vid.* la dura crítica que recibe la tipificación de este delito, a la cual se llega a imputar, aunque parezca en principio incoherente, la violación del principio de tipicidad, en ZAMORA ÁVILA, M. L., «Legislación de orden público en el gobierno colombiano de 1986 a 1990 y las disposiciones del Estado de sitio que se adoptaron como legislación permanente con posterioridad a la promulgación de 1991», *Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. D. Juan del Rosal*, EDESA, Madrid 1993, pp. 1143-1156; p. 1150. *Vid.* también AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Violencia política en Colombia. Mito y realidad*, Edai, Madrid 1994, pp. 63 y 64). Aparte del delito de terrorismo, ambas legislaciones configuran los delitos de privación ilegal de libertad y de secuestro.

del delito de terrorismo se inserta dentro del mismo una serie de conductas típicas habitualmente cometidas por las organizaciones terroristas, entre las que generalmente se incluye el secuestro bajo rescate o condición. Éste era el modelo seguido por la derogada legislación española de 1984 y por la vigente a partir de 1996 (36). Por último, en otras legislaciones se constituye directamente el tipo del secuestro o de detención ilegal, de tal modo que el mismo sea automáticamente aplicable si un determinado acto ilícito reúne las condiciones de tipicidad, al margen de que en ese Derecho interno se configure o no el terrorismo como un delito autónomo y con independencia de que los delitos de secuestro revistan o no un carácter terrorista (37).

En lo que respecta concretamente al establecimiento de la conducta típica del delito en las normas penales de los diferentes Estados, puede observarse la existencia de una amplia gama de respuestas en la mayor o menor introducción de cada uno de los diversos elementos que integran el tipo penal internacional de la toma de rehenes. Hemos visto páginas atrás como algunas legislaciones tienen previsto más de un tipo penal en lo que respecta a los delitos contra la libertad, algunos

(36) En este segundo modelo, la detención ilegal o secuestro se enmarca como delito de terrorismo, siempre que concurren los requisitos exigidos para este último. Pero obviamente, el acto ilícito cometido debe efectivamente adecuarse a la conducta típica del delito de detención ilegal o secuestro. En esta línea, puede hacerse referencia a otras legislaciones. Por ejemplo, el Gobierno de Sri Lanka ha promulgado una legislación específica para hacer frente al terrorismo. En el contexto de violencia social experimentada por este país han cobrado especial resonancia los múltiples incidentes de tomas de rehenes y de secuestros con petición de rescates llevados a cabo por los Tigres de la Liberación de la Eelam Tamil (sobre este conflicto *vid.* RAFIQUIL ISLAN, M, «The Tamil Separatism in Sri Lanka: Some Factors undermining the Claim», *NILR*, Vol. 1, 1986, pp. 65-83 y AMNESTY INTERNATIONAL PUBLICATIONS, *Getting away with murder. Political killings and 'disappearances' in the 1990s*, London 1993, pp. 38 y 39). La legislación de este país se centra principalmente en dos leyes: la primera de 1979, *Prevention of Terrorism Act*, y la segunda de reforma de 1982, *Prevention of Terrorism Amendment Act* (ambas Leyes se encuentran en *Bills and Laws of the Parliament of the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*), por la cual se introducen algunas enmiendas. La primera de estas leyes aborda ante todo la prevención de actos ilegales de individuos, grupos, asociaciones u organizaciones, que desarrollen sus actividades dentro o fuera del territorio del país. Entre los delitos que esta ley tipifica se encuentra en segundo lugar, justamente tras los atentados a la vida, el secuestro de personas (artículo 2), a la vez que se tipifican la inducción y conspiración para la comisión de dicho delito.

(37) En este último modelo se incardinan la mayor parte de las legislaciones estatales. No importa que los Estados consideren el delito de secuestro como un delito común y, como tal, aparezca en su Código o legislación penal o que lo conciban como una figura especial, creando para el mismo leyes específicas. Siguen esta pauta Estados como EE.UU., Nueva Zelanda o Japón.

de los cuales constituyen formas excesivamente simplificadas o que, en definitiva, poco tienen que ver con la naturaleza del delito previsto en la Convención contra la toma de rehenes (38). En un extremo de la amplia gama existente pueden situarse aquellas normas que se caracterizan fundamentalmente por su parquedad conceptual (39). En un lugar intermedio podrían situarse aquellas disposiciones que dotan de un cierto contenido típico más amplio a la privación de libertad connatural a todo secuestro o detención ilegal. Deben incardinarse en este espacio, además de la normativa penal española, la gran mayoría de las demás legislaciones internas estatales (40). En el otro extremo de la

(38) Por ejemplo, aquellos atentados contra la libertad que se producen con el fin de cometer una agresión sexual.

(39) Cabe citar aquí, por ejemplo, el patrón seguido por la legislación italiana. En efecto, el artículo 605 del Código penal italiano padece de un especial laconismo en cuanto, a nuestros efectos, la tipificación se limita a castigar «chiunque privo taluno dell libertà personale», sin establecer otra acción o verbo típico alguno que pudiera conformar el contenido de la privación de libertad o a través del cual la misma pudiera llevarse a cabo; y sin incluir tampoco otros elementos casi indisolublemente unidos al secuestro, como pueden ser la exigencia de una condición para proceder a la liberación de la víctima o la amenaza de matar o de prolongar la detención.

(40) Por citar sólo algunos ejemplos, podemos aludir a legislaciones como la mejicana, la argentina o la francesa. En el artículo 366 del Código penal mejicano se contempla un tipo de privación de libertad agravada, que tiene lugar cuando aquélla «tenga el carácter de plagio o secuestro» en alguna de las formas que se prescriben expresamente. De todas ellas, algunas revisten un interés particular para nosotros, por acercarse en buena medida al concepto de toma de rehenes previsto internacionalmente. Ante todo, destaca la tipificación de la acción desarrollada cuando «se detiene en calidad de rehén a una persona y se amenaza con privarla de la vida o con causarle un daño, sea a aquélla o a terceros si la autoridad no realiza o deja de realizar un acto de cualquier naturaleza». Además se prevén otras figuras agravadas, que tienen lugar cuando tal acto ilícito se comete «para obtener rescate o causar daño o perjuicio a la persona privada de libertad o a otra persona relacionada con aquélla», «si se hace uso de amenazas graves o de tormento». Indudablemente es la primera de las figuras vistas que más similitudes ofrece con el tipo internacional del delito. De todas formas, parece claro que se ha restringido innecesariamente el ámbito del tercero destinatario de la coacción, que ha de ser siempre «la autoridad».

Por lo que se refiere a la legislación argentina, además de la figura básica de la privación ilegal de libertad, contiene otros dos delitos que son de nuestro interés. Por una parte, el artículo 141 del Código penal establece el tipo de la *privación de libertad agravada*, configurada de forma vinculada a la presencia de determinadas circunstancias. Entre las mismas, cabe destacar la previsión de «si el hecho se cometiere con violencias o amenazas (...)» y «si resultare grave daño a la persona, la salud o los negocios del ofendido, siempre que el hecho no importare otro delito por el cual la ley imponga pena mayor».

Por otra parte, el artículo 142 bis del Código penal argentino castiga otra figura agravada, estableciendo una serie de actividades típicas que no encuentran su equiva-

graduación que estamos contemplando se enmarcan aquellas normas que acogen en su enunciado todos o la mayor parte de los elementos integradores del tipo penal convencional de la toma de rehenes. Los casos más paradigmáticos son, sin duda alguna, los aportados por la legislación estadounidense, la británica y la neozelandesa (41).

lente en la gran mayoría de los ordenamientos. Consiste en la conducta del que «sustrajere, retuviere u ocultare a una persona con el fin de obligar a la víctima, o a un tercero, a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad»; a la vez que se contempla una elevación de la pena «si resultare la muerte de la persona ofendida». Paralelamente, en el artículo 170 se contiene la conducta típica del *secuestro extorsivo*, cuyo ámbito de aplicación es mucho más limitado, en cuanto siempre debe concurrir un interés de tipo patrimonial. La acción típica se formula de modo muy conciso: el «(...) que sustrajere, retuviere u ocultare a una persona para sacar rescate».

Por su parte, el artículo 343 del Código penal francés contempla también una figura agravada del secuestro cercana a la tomada como referencia: «Si la personne arrêtée, détenue ou séquestrée l'a été comme otage soit pour préparer ou faciliter la commission d'un crime ou d'un délit, soit pour favoriser la fuite ou assurer l'impunité des auteurs ou complices d'un crime ou d'un délit, soit, en un lieu tenu secret, par réponde de l'exécution d'un ordre or d'une condition, les coupables seront punis de la réclusion criminelle à perpétuité». El nuevo Código penal francés de 1992, adoptado por Ley de 22 de julio, puede verse en el *Journal Officiel de la République Française*, de 23 de julio de 1992.

Vid. también en una línea similar, entre otros, el artículo 182 del Código penal suizo, el artículo 247 del Código penal canadiense y los artículos 268-271, fundamentalmente el artículo 268, del Código penal colombiano.

(41) El concepto del delito ofrecido por la Ley estadounidense es prácticamente idéntico al que figura en la Convención, con una sola salvedad. La Ley transcribe literalmente no sólo lo relativo a las acciones de apoderamiento y detención, sino también, a la amenaza de matar, de herir a la víctima o de continuar la detención y al elemento coactivo que supone la imposición al tercero de una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén. El único elemento que no se refleja en la tipificación adoptada es la descripción que del tercero objeto de la coacción se realiza en la Convención, «a saber, un Estado, una organización internacional intergubernamental, una persona natural o jurídica o un grupo de personas». Elemento, por lo demás, que no forma parte de la esencia del tipo y que, en realidad, viene a enumerar de forma aparentemente taxativa una serie de sujetos en cuya formulación puede integrarse después cualquier otro no expresamente previsto como tal. En relación con esta omisión, se ha explicado que «was done in order to make clear that attempts to influence third parties not expressly listed in the definition, such as U.S. state governments and unincorporated local governments, would violate the statute. There is no need to define "third parties" in the legislation, since the phrase speaks for itself and is intended to have the broadest possible meaning»; «Four Bills Proposed by President Reagan to Counter Terrorism», *American Journal of International Law*, Vol. 78, Number 4, p. 219.

La Ley del Reino Unido de 1982 sigue fielmente los dictados del artículo 1 de la Convención internacional con la excepción de que tan sólo se hace referencia a una de las dos acciones típicas: la de detener. La supresión de la acción de apoderarse se fundamentó en argumentos ya conocidos para nosotros: «use of the word "seizes"»

De todas formas, los incidentes de toma de rehenes en sentido estricto o, incluso, de toma como rehenes de personas internacionalmente protegidas nunca han ofrecido demasiadas dificultades prácticas jurídicas o judiciales. Las normas penales de todos los Estados siempre han contemplado los delitos contra la libertad, reservándole además un lugar importante. E, incluso, una gran mayoría de Estados han previsto desde hace tiempo los delitos contra la libertad de personas específicas, como personalidades oficiales nacionales o extranjeras (42). Debido a la presencia de este tipo de previsiones, sólidamente asentadas en los Derechos nacionales, puede decirse que no se han producido problemas a la hora de que los atentados contra la libertad fueran generalmente cubiertos por las disposicio-

would have added nothing to the word "detains" within the context and purpose of the bill (...). If there is no detention, there is no offence of hostage-taking and that, therefore, the seizure must amount to a detention for an offence to be committed under the Act» (*vid.*, las explicaciones aportadas en la Cámara de los Comunes, en LAMBERT, J. J., *op. cit.*, pp. 81 y 82).

La tipificación de la Ley de Nueva Zelanda guarda también una gran similitud con el tipo penal de referencia. Cabe advertir, sin embargo, dos ausencias. Una de ellas es más llamativa y se refiere a la imprevisión de las amenazas (de matar, etc.). La otra, prácticamente inapreciable, tan sólo tiene que ver con la falta de cita expresa de algunos de los sujetos obligados a cumplir la condición para la liberación del rehén; pero en todo caso, se recogen los siguientes: «the Government of any country or any international intergovernmental organization or any other person». No obstante, la Ley amplía por otra parte el concepto genérico de toma de rehenes, en la medida en que no sólo acoge los supuestos en que medie violencia sino que, además, sujeta expresamente a la aplicación de la ley aquellos supuestos en que se haya procedido al apoderamiento o detención de otra persona «with his consent obtained by fraud or duress».

(42) Bien a través de disposiciones insertadas en sus Códigos penales bien por medio de Leyes especiales, a partir, primero de las Convenciones de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y Consulares de 1961 y 1963, y sobre todo después, a raíz de la adopción de la Convención de Nueva York sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos de 1973. *Vid.*, entre otras, la Ley italiana de 25 de marzo de 1985, *Norme di attuazione della Convenzione per la prevenzione e la repressione dei reati contro le persone internazionalmente protette, compresi gli agenti diplomatici* (*Gazzetta Ufficiale* del 1.º aprile 1985, n.º 78), en cuyo párrafo 1 aparecen previstos el «sequestro di persona, sequestro di persona a scopo di estorsione, sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (...); la *Crimes Internationally Protected Persons Act*, adoptada por Australia en 1976 (*Acts of the Parliament of the Commonwealth of Australia*, 1977), en cuyo párrafo 8 (7) (a) se tipifican los atentados contra la libertad de una persona internacionalmente protegida: «kidnapping a person consists of leading, taking or enticing the person away, or detaining the person, with intent to hold him for ransom or as a hostage or otherwise for the purpose of inducing compliance with any demand or obtaining any advantage»; *Crimes (Internationally) Protected Persons*, N.º 44 de 1980, antes citada, sobre todo los párrafos 3 y 7.

nes existentes (43). Sin embargo, no ha ocurrido lo mismo en aquellos casos en que la toma de rehenes se ha venido produciendo como consecuencia de otros actos de cuya ilicitud no cabía duda, pero carentes de una tipificación expresa y precisa como tales. Nos referimos, a los supuestos en que la privación de la libertad de las personas se ha producido como consecuencia directa de actos de apoderamiento ilícito de buques y, principalmente, de aeronaves. Incidentes en los cuales tiene lugar cuando menos la superposición de dos delitos: la toma de rehenes y el apoderamiento del medio de transporte. A pesar de la existencia de instrumentos internacionales sobre el fenómeno, especialmente las Convenciones de La Haya y Roma, los Estados han postergado mucho su acción legislativa interna, aun estando obligados convencionalmente a ello en muchas ocasiones. De ahí que muchas veces se haya tenido que recurrir a la combinación de varios tipos penales internos para castigar una conducta ilícita que internacionalmente está tipificada de modo unificado (44). Podría citarse un gran número de ejemplos, pues son

(43) Aunque siempre pueden encontrarse multitud de excepciones en la práctica o al menos situaciones más o menos peculiares debido a circunstancias de muy diverso tipo. Sirva como ejemplo el siguiente caso. El 6 de septiembre de 1982 se producía la ocupación con toma de rehenes de la embajada de Polonia en Berna por cuatro integrantes del denominado «Ejército Patriótico Revolucionario Polaco». La liberación de los rehenes se producía tres días más tarde, el 9 de septiembre, gracias a la intervención de la policía suiza que arrestó a los autores del delito. Después de rechazar la solicitud de extradición presentada por el gobierno polaco, el Tribunal de Lausanne no tuvo más remedio que recurrir al ya antiguo Código penal, puesto que el nuevo Código, aprobado por referéndum unos meses antes, no entraría en vigor hasta 20 días después del acaecimiento del suceso. La diferencia entre ambos era sustancial. En virtud del Código próximo a derogarse hubo que juzgar a los autores sobre la base de cuatro delitos: *secuestro*, *coacción*, *extorsión* y *chantaje*, para los cuales estaba previsto una pena máxima de 10 años de prisión. El nuevo Código, sin embargo, tipificaba la toma de rehenes como delito autónomo, para el que se disponía una pena de reclusión perpetua; cfr. «Chronique de fait internationaux», *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 87-1, 1983; pp. 446 y 447. Debe añadirse, además, que a pesar de que Suiza por aquellas fechas ya había firmado la Convención contra la toma de rehenes (lo había hecho el 18 de julio de 1980), no la ratificaría hasta el 5 de marzo de 1985; cfr. *Traités Multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général. Etat au 31 décembre 1993*, Nations Unies, New York, 1994, p. 676.

(44) Por ejemplo, en 1969 tuvo lugar el famoso *affaire Minichiello*, muy célebre en su momento por tratarse del apoderamiento de avión más espectacular producido hasta aquellas fechas. En efecto, un ciudadano estadounidense de ascendencia italiana desvió de su ruta un Boeing de la Compañía TWA al que hizo batir el récord de volar desde California a Nueva York y desde Nueva York a Roma bajo la amenaza de un fusil ametrallador, en una primera fase con todos los pasajeros a bordo, para continuar más tarde con sólo la tripulación. Por fin, al aterrizar en el aeropuerto

casos que se han repetido en numerosas ocasiones (45). Sin embargo, actualmente son muchos ya los Estados que han ratificado esas Convenciones y que han cumplido con las obligaciones que de las mismas dimanar, entre ellas la tipificación de los delitos en sus ordenamientos internos (46).

romano Leonardo da Vinci, tomó como rehén al jefe de la Policía, al que utilizó como escudo en su huida. Lo cierto, es que debido a la ausencia de la figura del delito de apoderamiento ilícito de aeronaves del Código penal italiano, la justicia de dicho país no tuvo más remedio que acudir a la imputación de delitos accesorios al principal para condenar al autor de tales hechos. En concreto, los delitos considerados para dictar la sentencia condenatoria fueron los siguientes: el *secuestro* de cuatro miembros de la tripulación del avión y del agente de Policía, la *coacción* («violencia privada») ejercida sobre los dos pilotos del avión para desviarlo de su ruta y sobre el jefe de Policía que tenía el deber de arrestarle y, por último, la *introducción en Italia, tenencia ilícita y exhibición en público de armas de guerra*; cfr. y *vid.* también las penas impuestas por cada uno de esos delitos en «Chronique des faits internationaux», *Revue Générale de Droit International Public*, Vol. 75-2, pp. 861 y 862. Sobre otros pormenores del caso, puede consultarse además un Dossier de prensa nacional e internacional elaborado por J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, que se encuentra a disposición de cualquier persona en la Secretaría del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho/UCM.

Del mismo modo, en 1970 fueron juzgados por un Tribunal de Viena dos ciudadanos polacos, quienes en el mismo año habían desviado un avión de una Compañía nacional con veinte personas a bordo, obligando al piloto a aterrizar en el aeropuerto de Viena bajo la amenaza de hacer uso de las armas que portaban. En aquellos momentos tampoco existía ninguna previsión en el Código penal austríaco sobre cualquier conducta referida al apoderamiento o desvío ilícito de aeronaves. De nuevo, la condena impuesta a los dos autores tuvo que basarse en tres diferentes delitos: *tenencia ilícita de armas, atentado a la libertad individual y amenaza del uso de la fuerza*; cfr. «Chronique...», *RGDIP*, Vol. 75-1, 1971, pp. 155 y 156.

Un año después, en 1971, y debido a la misma razón de falta de tipificación en el Código penal, el Tribunal correccional de Munich tuvo que recurrir a la imputación de los delitos de *secuestro y uso de violencia o coacción* para condenar a tres ciudadanos húngaros, autores del desvío de una aeronave comercial rumana sobre territorio alemán; cfr. «Chronique...», *RGDIP*, Vol. 76-1, p. 138.

(45) *Vid.* también, por ejemplo, «Chronique...», *ibidem*, Vol. 75-2, pp. 798 y 799, donde se ven los tipos penales a los que hubo de recurrir el Tribunal de Gran Instancia de Nuremberg para condenar el desvío de un avión comercial checoslovaco por 8 ciudadanos de la misma nacionalidad en 1970.

(46) *Vid.*, entre otras, la Ley N.º 10 de Sudáfrica de 1972, Civil Aviation Offences Act, reformada, en cuanto a la tipificación de los delitos, por la Ley N.º 63 de 1978; Las Leyes de Nueva Zelanda, Aviation Crimes Act (N.º 137) de 1972 y Civil Aviation Amendment (N.º 153) de 1976; la Ley de Pakistán, Airports Security Force Act (N.º LXXVII), de 1975 (*All Pakistan Legal Decisions*, Vol. 28, 1976); la Ley de Australia, Crimes Hijacking of Aircraft Act, de 1972-1973 (*Acts of the Australia Parliament 1901-1973*, Vol. 3); la Ley estadounidense, Aircraft Sabotage Act de 1984 (S. 2623/H.R. 5690, 98 th Cong., 2d Sess.).

II. LA RESPUESTA JURÍDICA ESPAÑOLA

Como ya es sabido, la previsión de la conducta típica, así como el establecimiento de las penas correspondientes, integran una parte fundamental de la obligación que corre a cargo de los Estados de armonizar sus legislaciones internas con las Convenciones de las que pasan a formar parte, en aras de la prevención. Como es razonable, de entre los distintos modelos de instrumentación en el cumplimiento de la obligación, tomamos como punto de referencia obligado al caso español (47).

Un primer acercamiento a la legislación penal española nos permite extraer tres deducciones iniciales. Según la primera, nuestro país no ha adoptado ninguna legislación específica para la aplicación de la Convención contra la toma de rehenes, a pesar de ser parte en la misma desde 1984 (48). En segundo lugar, al hojear nuestro Código Penal, se percibe rápidamente que la expresión «toma de rehenes» ni siquiera aparece recogida de forma expresa en ningún lugar del texto (49). En tercer y último lugar, aunque la conducta internacionalmente

(47) La reforma de la legislación penal española se ha llevado a cabo mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal (*BOE* núm. 281, de 24 de noviembre; corrección de errores, *BOE* núm. 54, de 2 de marzo de 1996). La nueva regulación ha entrado en vigor el 30 de mayo de 1996. Además del imperativo de incorporar la legislación vigente, hemos creído conveniente esbozar un análisis comparativo entre la nueva y la vieja ordenación penal, sin desechar completamente esta última; al fin y al cabo, aunque ahora derogada, ha regido las actividades que nos ocupan en este trabajo durante estos últimos años y hasta bien entrado el año 1996.

(48) España es parte en la Convención desde el 26 de marzo de 1984; cfr. *Traité Multilatéral des déposités auprès du Secrétaire Général. Etat au 31 décembre 1993*, Nations Unies, New York, 1994, p. 676 y *BOE* de 7 de julio de 1984.

(49) Ello no era así con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código. No obstante, a pesar de que en el Código penal de 1973 sí se contenía una referencia explícita a la «toma de rehenes», su contenido poco o nada tenía que ver con la naturaleza y el tipo de delito previsto en la Convención de 1979. En efecto, tal previsión se situaba en el Título XIII, relativo a los delitos contra la propiedad, en la sede del delito de robo, sin que tuviera realmente demasiados vínculos con el delito objeto de todas nuestras preocupaciones. El artículo 501, que se refería a la imposición de penas por los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas, disponía en su párrafo 4.º el castigo «con la pena de prisión mayor, cuando con motivo u ocasión del robo (...), se toman rehenes para facilitar la ejecución del delito o la fuga del culpable (...)». Evidentemente, la toma de rehenes aquí distaba mucho de ser un delito típicamente terrorista. Ciertamente, aunque para la aplicación de esta figura del artículo 501.4.º debía existir una cierta intensidad en la privación de la libertad y, a su vez, la misma debía exceder del tiempo normal de la comisión de un delito de robo con intimidación en las personas (pues este delito conlleva siempre de por sí una coacción y una cierta privación de la libertad de movimiento), la retención del rehén

tipificada en el artículo 1 de la Convención contra la toma de rehenes puede encontrar encaje en el tipo español de «detención ilegal» o de

o rehenes tenía que efectuarse necesariamente, por imperativo de la disposición, para facilitar la consumación del robo o la huida de su autor. Para un estudio de este tipo penal, pueden verse, entre otros, PAZ RUBIO, J. M.^a, «Robo con toma de rehenes», *Delitos contra la propiedad. Aspectos problemáticos*, Plan Estatal de Formación, Consejo General del Poder Judicial, pp. 1-90; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 8.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1991, pp. 241 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal Español*, Dykinson, Madrid 1994, pp. 429 y ss.; VIVES ANTÓN, T. S., y otros., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1993, pp. 83 y ss.

La toma de rehenes entonces, según el significado y los caracteres que le atribuía la ya derogada legislación penal española, debía producirse siempre durante o inmediatamente después de la comisión de una de las modalidades de un delito concreto contra valores patrimoniales, aunque, conservando su significado original de prenda o garantía. Pero más específicamente, aplicada al hecho del robo, se refería a los casos en que «una persona es privada de su libertad deambulatoria y al mismo tiempo se impone una condición exigiendo a otra u otras que adopten un determinado comportamiento (activo o pasivo), por ejemplo, proporcionarles un dinero o un vehículo para fugarse, o simplemente permitirles huir, con la amenaza de causar un mal al detenido (su muerte, mutilaciones, etc., o únicamente no ponerlo en libertad) si tal comportamiento no llegara a realizarse, todo ello con el fin de hacer posible, ya la obtención del botín, ya la huida del culpable. En este sentido, para que haya un rehén se necesita algo más que una detención ilegal, pues a ésta ha de acompañar la amenaza condicional referida. Se implica a un tercero o terceros, a quienes se coacciona psíquicamente, para que observen una determinada conducta. A la antijuricidad propia de la detención ilegal se une otra, dirigida contra una persona o personas distintas, la que tal amenaza condicional lleva consigo» (Sentencia del TS de 7/04/94 –Ponente: Delgado García–).

La jurisprudencia del TS relativa a esta figura es verdaderamente copiosísima. En muchas de las sentencias se reconoce que en la propia jurisprudencia se ha tenido que ensanchar el concepto de rehén por imperativo del precepto, no demasiado afortunado, que a su vez, tampoco asume el significado y contenido real del término (p.e., *vid.*, sentencia de 26/10/88 –Ponente: Manzanares Samaniego–, en donde se admite que la jurisprudencia no se ha atendido a «la noción estricta de rehén, de manera que aunque en alguna ocasión se haya estimado que la privación de libertad del robado no es necesariamente toma de rehenes, son abundantísimas las resoluciones que, en definitiva, traen al robo todas las privaciones de libertad que, relacionadas con éste, superan el quantum imprescindible para el despojo»; también la S. 3/05/93 –Puerta Luis–, según la cual, «el resultado penológico desproporcionado (...), ha llevado a esta Sala a admitir una interpretación amplia y comprensiva del artículo 501.4.º»; asimismo, la S. 4/06/93 –Vega Ruiz–, donde se concluye cómo «queda así de manifiesto que el concepto gramatical no coincide con el que el precepto penal asume»; *vid.*, en el mismo sentido, entre muchas otras, las SS. de 28/09/90, 7/10/91, 22/11/91). En otras sentencias se abordan muy de cerca las relaciones entre la toma de rehenes del artículo 501.4.º y las detenciones ilegales de los artículos 480 y 481, unas veces, identificándolas y, otras, argumentando su desvinculación (así, la S. 18/05/93 –Soto Nieto–, en la cual se dice que «viene siendo asumido jurisprudencialmente que la toma de rehenes a que alude el artículo 501.4.º C.P. es equiparable al concepto genérico de detención ile-

«secuestro», no podemos contemplar esta figura penal más que en conexión con los «delitos de terrorismo» tipificados en el mismo Código, a los efectos de nuestro estudio (es decir, la toma de rehenes —o el secuestro, o la detención ilegal— en cuanto manifestación del terrorismo). Debemos precisar igualmente que algo similar ocurre con otras conductas tipificadas internacionalmente, que pueden suponer una privación de libertad —nos referimos, claro está, a las Convenciones de La Haya, Nueva York y Roma—, pues aunque realmente hay delitos en nuestro Derecho que tienen mucho que ver con las mismas, debemos realizar la misma operación y vincularlas necesariamente con los delitos de terrorismo.

La tercera conclusión que hemos utilizado como punto de partida merece un desarrollo especial para comprender mejor el juego legislativo que ha de hacerse después para cubrir el delito de toma de rehenes como un delito de terrorismo. En el transcurso de este desarrollo no dejaremos de lado la cuestión básica de ir extrayendo las posibles equivalencias y desigualdades entre la legislación española con la Convención contra la toma de rehenes, para poder comprobar el grado de adecuación alcanzado.

A. Los delitos de terrorismo

La Constitución española incorpora dos previsiones específicas, incluyendo incluso el *nomen iuris* del terrorismo en sedes diferen-

gal o privación de libertad ambulatoria»; también, la S. 1/06/90 —Huerta Álvarez de Lara—, donde se puede leer: «habida cuenta de que la significación del término “rehenes” equivale a la privación de la libertad ambulatoria, idéntica a la dinámica comisiva característica de las detenciones ilegales, surgió un problema de deslinde o colisión entre ambas normas»; a su vez, en la S. 16/07/93 —Ruiz Vadillo—, se afirma que «el problema de las detenciones ilegales y el juego armónico del artículo 501.4 con los artículos 480 y 481 C.P. está lleno de dificultades que, en principio, se ofrecen casi como insuperables»; en este sentido *vid.*, también, la S. 7/04/94.

Por tanto, es fácil concluir que este delito no entraba en la lista de los habitualmente cometidos por las organizaciones terroristas. Aunque nada impedía, por supuesto, que el robo con rehenes pudiera ser cometido por una organización de aquel tipo, de hecho, este delito ha sido cometido en más de una ocasión por los miembros de la organización terrorista GRAPO. No obstante, lo que sucedía en esos casos, si además concurrían otros elementos, es que esa conducta se incardinaba en otro tipo penal: el delito de terrorismo. En cualquier caso, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995 se ha producido una importante reforma en el delito de robo con violencia o intimidación, desapareciendo el antiguo delito complejo de robo con rehenes. Según la nueva regulación se castigan por separado el robo y los actos de violencia física que se puedan cometer (*vid.* el nuevo artículo 242 del Código penal).

tes (50). Por un lado, el artículo 13, relativo a los derechos de los extranjeros, niega expresamente la consideración de delitos políticos a los actos de terrorismo, para así excluir del régimen de extradición a los primeros y someter a los segundos. Por otro lado, el artículo 55, referente a la suspensión de derechos y libertades, establece en su párrafo 2 la siguiente autorización:

«Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas (...)» (51).

En desarrollo de esta previsión, se han adoptado en el transcurso de estos últimos años varias leyes orgánicas (52). El grueso del Dere-

(50) Constitucionalización expresa que tal vez «no resulte muy oportuna en un texto con vocación de organizar la convivencia durante muchos años, pero también parece comprensible que el legislador no fuese capaz de sustraerse al incremento cuantitativo y cualitativo de la violencia terrorista que tiene lugar en España durante el período constituyente»; LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid 1985, p. 176.

(51) Para un seguimiento de los criterios y caracteres de la legislación española preconstitucional pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: CASTILLO, A., «La lucha jurídica contra el terrorismo», *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1977, pp. 748 y ss.; GARCÍA PABLOS, A., «Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita», *RFDUC*, XVIII. 1974, Núm. 49; GÓMEZ CALERO, J., «Los delitos de terrorismo en el Código de Justicia Militar», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, abril 1972; GUTIÉRREZ LANZA, G., «Notas sobre los delitos de terrorismo», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 29, enero-junio 1975, pp. 35 y ss.

Para el tratamiento jurídico del terrorismo posterior a la Constitución, pueden consultarse, entre otros, ÁLVAREZ, F. J., y COBOS, M. A., «La legislación antiterrorista: una huida hacia el Derecho Penal», *RFDUC*, núm. 68, 1983, pp. 161 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L., «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», *Cuadernos de Política de Criminal*, núm. 15/1981, pp. 379 y ss.; BOBILLO, F. J., «Constitución y legislación antiterrorista», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 48, noviembre-diciembre, 1985, pp. 47 y ss.; BUENO ARÚS, F., «Principios generales de la legislación antiterrorista», *RFDUC*, núm. 11, 1986, pp. 135 y ss.; GARCÍA VALDÉS, C., «La legislación antiterrorista: Derecho vigente y proyectos continuistas», *RFDUC*, núm. 6 monográfico, 1983, pp. 319 y ss.

(52) La Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre (*BOE* núm. 289, de 2-12-1980), sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, dispone que las personas cuyos derechos fundamentales pueden ser suspendidos son aquellas que, «presuntamente integradas o relacionadas bien con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana, planeen, organicen, ejecuten, cooperen o inciten de modo directo, a la realización de las acciones»

cho penal vigente actualmente en la materia que nos ocupa viene constituido por las nuevas disposiciones introducidas a través de la última Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que han venido a reemplazar a los preceptos anteriormente introducidos en el Código penal por la Ley Orgánica 3 de 1988 (53). Las disposiciones atinentes a este lugar, son las que figuran ahora contenidas en varios artículos

que la misma Ley específica, «así como a quienes, una vez proyectadas, intentadas o cometidas las mismas, hicieren su apología pública o encubriesen a los implicados en ellas» (Cfr., artículo 1.º.1). Por otra parte, en el ámbito de aplicación de la misma Ley se comprenden expresamente, entre otras acciones, las «detenciones ilegales bajo rescate, o bajo cualquier otra condición, y detenciones ilegales con simulación de funciones públicas» [artículo 1.º.2.b)]. Esta Ley puede consultarse además, con anotaciones concordadas con el Código Penal vigente en aquellos momentos, en *Seguridad Ciudadana. // Terrorismo*, Academia Editorial Lamruja, Madrid 1981.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/1981 introdujo en el Código Penal la tipificación de los delitos de pertenencia a grupos o bandas armadas, la cooperación y favorecimiento de dichos grupos o bandas o de sus miembros y la atenuación de las penas para los miembros que hubiesen abandonado voluntariamente dichas actividades [artículos 174 bis a), 174 bis b) y 174 bis c)]. Sobre esta Ley, véase ARROYO ZAPATERO, L. A., «La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo», *loc. cit.*, pp. 379 y ss.

La Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución (BOE núm. 3 de 3-1-1985) supuso la derogación expresa de los preceptos introducidos en el Código Penal por la Ley anterior. Esta Ley puede encontrarse también, junto con comentarios, notas, jurisprudencia y disposiciones concordantes y complementarias, en *Bandas Armadas y Elementos Terroristas*, Colección Nueva Biblioteca de Legislación, Academia Editorial Lamruja, Madrid 1985. Parece ser que el antecedente inmediato de esta última Ley ha de buscarse precisamente en un acto de secuestro. En dicho caso, se produjo una detención ilegal cualificada bajo rescate y posterior asesinato de un Capitán de Farmacia del Ejército; *vid.*, *ibidem*, p. 15.

(53) La Ley Orgánica 3/1988 de reforma del Código Penal se había promulgado a la vez que la Ley Orgánica 4 /1988 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (ambas de 25 de mayo, y publicadas en el BOE núm 126 de 26-5-1988). Los artículos introducidos por la Ley sustantiva, que fueron distribuidos en distintas sedes del Código penal, eran los siguientes: 10, número 5; 57 bis, a); 57 bis, b); 98 bis; 174, 174 bis, a); 174 bis, b) y 233.

Estos preceptos, incorporados a la normativa penal sustantiva y procesal, venían a sustituir formalmente a la Ley 8/1984, cuya Disposición final Segunda disponía ya en aquel momento una vigencia temporal limitada a dos años (es decir hasta el 4 de enero de 1987) para determinados artículos de la misma (4, 5, 6, 19, 20 y 22). Por otra parte, ha de añadirse que además de no haber tenido nunca el favor de la doctrina, esta Ley de 1984 había recibido otro duro golpe cuando el Tribunal Constitucional se pronunció en diciembre de 1987 sobre la parte del articulado todavía vigente, declarando inconstitucional y nula una parte del mismo (concretamente, los artículos 1.1.2, el inciso final del artículo 13, el artículo 15.1 y el artículo 21). La intervención del TC se produjo como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad planteado por los Par-

del nuevo Código Penal: concretamente, el artículo 516 (antiguo número 3 del artículo 174, que establecía el delito de pertenencia o integración en banda armada u organización terrorista o rebelde); el artículo 576 (anterior 174 bis *a*), que tipificaba la colaboración con banda armada, elementos terroristas o rebeldes) y por último, los artículos 571 y 573 (antiguo artículo 174 bis *b*), el cual se encargaba específicamente de los delitos de terrorismo).

A.1 *La integración en bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas*

En primer lugar, hemos de traer a colación el número 2.º del artículo 515 y el artículo 516. Aunque ninguno de ellos tiene relación alguna con los actos de detención ilegal o de secuestro, han de tenerse presentes –sobre todo el primero– para comprobar como se ha superado en gran parte la confusa técnica legislativa utilizada en el, hasta hace poco tiempo vigente, número 3 del anterior artículo 174. El texto del actual artículo 515.2.º declara punibles las «asociaciones ilícitas», estableciendo que tienen tal consideración: «las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas». Por su parte, el artículo 516 dispone que en los casos previstos en el número 2.º del artículo anterior se impondrán las siguientes penas:

- 1.º A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de prisión de ocho a catorce años y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.

lamentos de Cataluña y el País Vasco. *Vid.* Sentencia núm. 199/ 1987, de 26 de diciembre, *BJC*, Cortes Generales, núm. 81, enero 1988, pp. 5-33).

De todas formas, hemos de decir que tampoco las disposiciones introducidas en 1988 gozaban, en absoluto, de popularidad doctrinal, en cuanto padecían de algunas incorrecciones y lagunas y en la medida en que habían venido a heredar importantes imperfecciones de la legislación derogada. Sobre la regulación introducida en 1988, puede verse, en general, TERRADILLOS BASOCO, J., quien, refiriéndose a la situación existente después del transcurso del plazo de vigencia de una parte del contenido de la Ley de 1984 y de la sentencia del TC, afirma «que el ejecutivo entendió inaplazable conservar, mediante su incorporación al Derecho penal y procesal común, el máximo posible de lo que de aquélla quedaba, sin renunciar a sus principios inspiradores», *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid 1988, p. 30. También RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 829, al referirse a las Leyes de 1988, afirman que se trataba, en realidad, de una «derogación parcial simulada». *Vid.*, igualmente, SERRANO GÓMEZ, A., «El terrorismo en el Derecho español», *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián 1989, pp. 907-920.

2.º A los integrantes de las citadas organizaciones, la de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años».

Efectivamente, el artículo 515.2.º ha venido a remediar una importante laguna de la legislación anterior en cuanto introduce expresamente las bandas armadas y las organizaciones o grupos terroristas entre la categoría de asociaciones ilícitas (54). Así, el actual artículo 516 se remite al artículo 515 al igual que el antiguo artículo 174 lo hacía al artículo 173, para asentarse sobre la premisa de que las organizaciones o grupos terroristas constituían una asociación ilícita. Sin embargo, a la disposición predecesora (artículo 174.3.º) se le podía imputar un grave y patente defecto: el legislador había efectuado una remisión al vacío; pues al acudir al artículo de referencia (artículo 173) se podía constatar que entre las asociaciones ilícitas enumeradas no era posible encontrar referencia alguna a aquellas «bandas u organizaciones» (55). Por tanto, no podemos más que considerar bienvenida la nueva categorización expresa de las organizaciones o grupos terroristas como asociaciones ilícitas que se ha realizado en el Código penal porque la misma viene a remediar aquel imperdonable descuido y evita que tal cualidad tenga simplemente que darse por sobreentendida (56).

(54) Para cualquier profundización en la relación entre asociación ilícita y organizaciones terroristas, es imprescindible, entre otros, la lectura del trabajo de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., «Asociaciones ilícitas y terroristas», *Comentarios a la Legislación Penal*, Dir. M. Cobo del Rosal, Dir. M. Bajo Fernández, Tomo II, El Derecho Penal del Estado Democrático, EDERSA, Madrid 1983, pp. 109-171.

(55) La disposición objeto de la remisión establecía cuatro tipos de asociaciones ilícitas: «Las que tuvieren por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión»; «Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito emplearen medios violentos para su comisión»; «Las organizaciones clandestinas o de carácter paramilitar» y «Las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella».

(56) Lo cual, en nuestra opinión, tampoco consistía en una tarea fácil de conformidad con la regulación anterior, pues muy dificultosamente esas bandas y organizaciones podrían ser incardinables en cualquiera de los cuatro tipos de asociaciones ilícitas que contenía el artículo 173.

En contra parecía opinar BLAY VILLASANTE, F., al decir que «puede haber, en definitiva, asociaciones ilícitas que tengan por objeto cometer algún delito, o que empleen medios violentos, o que sean clandestinas o de carácter paramilitar, y que no sean organizaciones terroristas. Pero no pueden reputarse terroristas aquellas organizaciones que no tengan entre sus objetivos el de cometer algún delito, o que no sean clandestinas o de carácter paramilitar, o que no utilicen para sus fines medios violentos. Con lo cual, ya tenemos un primer hallazgo en el orden penológico y de la tipicidad para la noción de terrorismo: que ha de tratarse de organizaciones o bandas con el carácter de asociaciones ilícitas, encajables en uno o varios supuestos del artículo 173

De todas formas otro desacierto digno de mención (que, en realidad, se encuentra estrechamente conectado con el que acabamos de dar cuenta en relación con las disposiciones derogadas) es la ausencia de un concepto de banda armada, organización grupo terrorista o rebelde. Nos parece una deficiencia inexcusable no sólo porque alrededor de aquellas figuras giran los tipos penales que veremos a continuación, sino porque aquella falta ya había sido denunciada por la doctrina penalista interna. Ciertamente, ello ya había motivado merecidas críticas, tan duras, como la que venía a achacar al anterior precepto el no ser respetuoso con el principio de legalidad (57).

Nos interesa ahora conocer lo que debe entenderse por banda armada, organización o grupo terrorista, siguiendo la letra del artículo 516 (58). En relación con la banda armada, es de señalar que doc-

del Código Penal»; «Delito de integración en bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes», *Comentarios a la Legislación Penal*, Dir. M. Cobo del Rosal, Tomo XI, La Reforma Penal y Procesal sobre los delitos de bandas armadas, terrorismo y rebelión, EDESA, Madrid 1990, pp. 69-120; p. 107.

A nuestro juicio, dicha interpretación simplificaba mucho la cuestión para forzar la integración de esas bandas y organizaciones en un tipo de asociación ilícita. Y lo hacía todavía más, en nuestra opinión, si pensamos que, en realidad, conducía a que cualquiera de los cuatro tipos fuera susceptible de albergarlas. Por supuesto, es cierto que casi siempre o muchas veces las organizaciones terroristas tienen por objeto cometer delitos o cometen actos violentos, por ejemplo. Pero creemos que no deben concebirse esos caracteres que habitualmente están presentes como requisitos para la aplicación del tipo; porque una interpretación así puede quedar relativizada al comprobar como, por citar sólo un ejemplo, una asociación que promueva la discriminación racial puede, a la vez, ser de carácter paramilitar, tener por objeto cometer algún delito y emplear medios violentos para su comisión. Por otra parte, estimamos también, que la ausencia de una previsión al respecto no debería tener el efecto de hacernos buscar de un modo quizá demasiado formalista su inclusión en unos tipos penales que habían sido creados con anterioridad a la Ley de 1988 (y recordemos, a su vez, que su predecesora, la Ley Orgánica de 1984, no había sido insertada siquiera en el Código penal).

No obstante, ahora que ya no tenemos que lamentarnos de la falta de una disposición específica —e imprescindible—, sólo diremos que el contenido del nuevo precepto constituyó una novedad del Proyecto de reforma de 1994 (a diferencia del Proyecto de 1992, que no contenía ninguna precisión a este efecto); puede verse el proyecto del actual artículo 515.2.º (artículo 494.1.º en el texto original) en Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 77-1, 26 de septiembre de 1994, p. 69.

(57) TERRADILLOS BASOCO, J., *op. cit.*, p. 39. En la misma dirección, aunque realizando una crítica más moderada, *vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, y SERRANO GÓMEZ, A., quienes afirman que ello provoca inseguridad jurídica, *op. cit.*, p. 831.

(58) Para otras cuestiones, relacionadas con la disposición correspondiente a ésta con anterioridad a la reforma (como puede ser la distinción y caracterización de los promotores, directivos e integrantes) que sería extemporáneo analizar en este lugar, *vid.* BLAY VILLASANTE, F., *loc. cit.*, pp. 69-120.

trinal y jurisprudencialmente se le ha venido dotando de ciertos elementos con los que se pretende llenar su concepto (59). Pero un concepto general aquí no es suficiente. El concepto debe ceñirse más, pues en toda esta regulación penal late de fondo, no lo olvidemos, la suspensión de derechos previstos por el artículo 55 de la Constitución. Indudablemente, así lo ha entendido el TC cuando especifica que el concepto de bandas armadas debe interpretarse restrictivamente y en relación con el de elementos terroristas, tal y como se menciona en el precepto constitucional (60). El terrorismo característico de nuestro tiempo, señala también el TC, se manifiesta como «una actividad propia de organizaciones o de grupos, de “bandas” (61), en las que usualmente concurrirá el carácter de “armadas”». Además, algo congénito a la actividad terrorista es «el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva» (62). Sin embargo, el mismo resultado, no en cambio el mismo propósito, puede producirse por la actividad sistemática y reiterada de ciertos grupos u organizaciones criminales. En definitiva, esas bandas armadas, que pueden provocar una situación de alarma social similar a la producida por los grupos u organizaciones terroristas, pueden ser equiparadas a estas

(59) Para dichos elementos, *vid.* VIVES ANTÓN, T. S., en VIVES..., *op. cit.*, pp. 78 y 79; RODRÍGUEZ DEVESEA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 831; MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 640 y 641.

La Audiencia Nacional ha formulado, a su vez, en numerosas ocasiones la noción de banda armada. Aquí, nos quedamos ahora con el concepto ofrecido, en un párrafo concreto de una sentencia, por parecernos, a estos efectos, enormemente gráfico. Así, las bandas armadas podrían definirse como:

«agrupaciones para la acción armada provistas de cierta organización, de la que nacen vínculos de alguna manera estables o permanentes, presididos por una idea de jerarquía o disciplina y unos propósitos que se proyectan hacia acciones plurales o indeterminadas, con medios idóneos –armamento y explosivos– que procura normalmente la organización criminal»; Audiencia Nacional, Sección Tercera,

Sentencia 42/86, de 28 de mayo de 1986.

(60) Sentencia 199/87, *cit.*, Fundamento Jurídico n.º 4, p. 22.

(61) Para un análisis de variados modelos de terrorismo en distintas sociedades y diversos momentos históricos, *vid.* GARCÍA SAN PEDRO, J., *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Servicio Publicaciones, Facultad Derecho, UCM/Centro de Estudios Judiciales, Ministerio de Justicia, Madrid 1993; LAQUEUR, W., *Terrorismo*, Espasa Calpe, Madrid 1980; O’SULLIVAN, N., *Terrorismo, ideología y revolución*, Alianza Editorial, Madrid 1987; también, desde un punto de vista histórico y etnológico, CARO BAROJA, J., *Terror y terrorismo*, Plaza & Janes / Cambio 16, Barcelona 1989.

(62) Sentencia *cit.*, *ibídem*.

últimas con el fin de que sean objeto de la suspensión prevista en el artículo 55.2 Pero debe quedar claro que, aunque a ambos tipos de organizaciones les aúne la similitud de efectos en o contra la sociedad o la seguridad pública, el elemento esencial inherente a la organización terrorista, es decir, el propósito o la intención política, no concurre nunca en la banda armada (63).

A.2 *La colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista*

El tipo penal de los actos de colaboración se establece en el vigente artículo 576 (64). Según el texto de esta disposición:

«1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o

(63) En este sentido, TERRADILLOS BASOCO recalca que las bandas armadas, a que se referían el artículo 174 y todos los demás introducidos en el Código penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por las Leyes de 1988, debían acometer contra los mismos bienes jurídicos que los grupos u organizaciones terroristas. Sin embargo, el mismo autor añadía además una reflexión muy importante, ya que puede hacernos relativizar la posibilidad de la existencia efectiva de ese tipo de bandas armadas, en cuanto «es (...) difícil concebir una organización criminal cuyas actividades puedan socavar los cimientos de la sociedad o el Estado y cuyos miembros no conozcan y asuman esa trascendencia objetiva haciéndola propia»; *op. cit.*, p. 58.

Por último, en lo que atañe a las organizaciones rebeldes (mencionadas en la anterior disposición contenida en el número 3 del artículo 174 del Código penal), era común la opinión en la doctrina de que su noción era mucho más sencilla de obtener, en cuanto estaba tipificado en los artículos 214 a 217 bis del Código penal (artículos 472 a 476, según la normativa vigente) y –continúa estando regulado– en los artículos 79 y siguientes del Código penal militar. En cambio, no parecía plantearse la cuestión de la posible aplicación de las medidas restrictivas previstas en la disposición constitucional, quizá debido a que en el artículo 55.2 de nuestra Constitución tan sólo se prevén expresamente las bandas armadas y elementos terroristas. Pero no puede haber duda: «los elementos rebeldes no son, pues, sino una modalidad específica de los elementos terroristas». Así lo ha aclarado el TC, excusando la falta de mención expresa en el artículo 55.2 de la Constitución, al explicar que la rebelión es «la más grave de las acciones susceptibles de ser realizadas, o intentadas, por una banda armada. Por definición, la rebelión se realiza por un grupo, que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional»; Sentencia 199/87, *loc. cit.*, pp. 22 y 23.

(64) *Vid.*, en general, el trabajo específico sobre esta cuestión [en relación con el anterior artículo 174 bis, a)] de RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «Colaboración con banda armada, terroristas o rebeldes», *Comentarios a la Legislación Penal*, Dir. M. Cobo del Rosal, Coord. M. Bajo Fernández, Tomo XI, La Reforma Penal y Procesal sobre los delitos de banda armada, terrorismo y rebelión, EDERSA, Madrid 1990, pp. 121-253.

facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.

2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Cuando la información o vigilancia de personas mencionadas en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1, en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos».

A menudo, los actos de colaboración con organizaciones terroristas son decisivos para asegurar el inicio, el desarrollo o el remate de sus operaciones (65). Esa percepción, por una parte, y la intención de evitar que se produjeran ocasiones para la impunidad de esas acciones, por otra, han sido las razones principales que motivaron la introducción de actos específicos de colaboración en la legislación penal (66).

(65) En este sentido, E. MESTRE DELGADO ha calificado a las conductas de colaboración, junto con las de apología, como delitos «funcionalmente terroristas», abogando, para los mismos, por una represión penal limitada y ceñida a los casos de manifiesta peligrosidad; cfr. *Delincuencia Terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987, pp. 41-43. En cualquier caso, de la trascendencia de los actos de colaboración, nos puede dar idea un dato suministrado por este mismo autor, al analizar la actuación de la Audiencia Nacional frente al terrorismo en sus diez primeros años de existencia, según el cual los distintos tipos penales que en los últimos años han tipificado los actos de colaboración han sido empleados por la Audiencia «con una frecuencia considerablemente mayor que cualquiera de las otras figuras penales específicamente creadas para reprimir la delincuencia terrorista»; *ibídem*, p. 195.

(66) A su vez, RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO añade otro motivo tomado en cuenta por el legislador para proceder a la tipificación de estas conductas, a saber, la preocupación de «suplir la falta de pruebas mediante la ampliación de los tipos delictivos»; *loc. cit.*, p. 199.

La primera vez que se prevén de forma explícita actos de colaboración con organizaciones terroristas en la legislación penal española, al margen de las actividades de favorecimiento de las asociaciones ilícitas, es con ocasión del Decreto Ley 10/1975 de 26 de agosto; a dicha conclusión llega LAMARCA PÉREZ, C., tras revisar todos los textos penales referentes a estas cuestiones habidos en España desde el siglo XIX; cfr. *op. cit.*, p. 248.

Entre otras conductas tipificadas como colaboración, tiene importancia para nosotros la que el citado Decreto establecía en su artículo 6, al establecer que «serán

Debe puntualizarse además que, en todo caso, se trata de actos que han de ser realizados por personas que no pertenezcan a la organización terrorista (67)

Se advierte en este precepto una gran similitud con el artículo 9 relativo a los delitos de colaboración en actividades terroristas y rebeldes de la Ley de 1984 y del inmediatamente anterior artículo 174 bis, a) (68). No obstante, el precepto vigente, afortunadamente, se ha cuidado de corregir la enredosa redacción de su predecesor de 1988, que era sucesor directo a su vez en sus fallos y en su redacción del, por cierto, nada impecable, artículo 9 de 1984 (69). De hecho, de ambos preceptos se ha criticado el empleo de una expresión tan confusa para describir la conducta típica —que destacamos por los efectos que ha podido tener durante todos estos años respecto de los delitos de detención ilegal— como es la que se centraba en las tres acciones de *obtener, recabar o facilitar* cualquier acto de colaboración.

En efecto, la redacción de estos textos omitía inexplicablemente toda referencia a las acciones de *realización o ejecución* de actos de colaboración, lo cual llegó a suscitar comprensibles dudas sobre si

castigados con la pena de prisión mayor los que construyeren, ordenaren o autorizasen la construcción, dispusieren o permitieren la utilización de locales deliberadamente ocultos y disimulados, hábiles para el secuestro, encierro u ocultación de personas».

(67) Así lo reconoce de modo coincidente la doctrina, a pesar de que la Audiencia Nacional no haya sido en ocasiones demasiado congruente en este sentido. *Vid.*, al respecto, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *loc. cit.*, pp. 157, 160 y 161; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., *loc. cit.*, pp. 209 y 210; MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, pp. 202-206.

(68) Según el texto del artículo 174 bis, a), vigente, como es sabido, hasta mayo de 1996:

«1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 500.000 a 2.500.000 pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes.

2. En todo caso, son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación o traslados de personas integradas o vinculadas a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la organización o asistencia a prácticas de entrenamiento y cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación económica o de otro género con las actividades de las citadas bandas o elementos».

(69) Así, por ejemplo, la única diferencia que se aprecia en el párrafo 1.º de ambos es que la referencia que en el artículo 174 bis, a) se hace al favorecimiento de la realización de las actividades de la organización terrorista, en el artículo 9 de la ley derogada se hacía a la comisión de los delitos que la misma preveía.

aquellas disposiciones serían de aplicación en realidad a tales conductas. De ahí que no faltara quien defendía en estos casos la aplicación de las reglas generales sobre la participación en los delitos (70), aunque lo cierto es que la solución doctrinal que predominaba era la que mantenía la tesis contraria (71), por cuya opción nosotros también nos inclinábamos (72). En cualquier caso, todas las incertidumbres anteriores han sido superadas ahora con la introducción explícita en el nuevo tipo penal de la conducta de quien «lleve a cabo» tales actos de colaboración.

De las conductas tipificadas como actos de colaboración en el párrafo segundo del artículo 576, que sin ser exhaustivo recoge obviamente las más importantes y habituales, revisten evidentemente un particular interés para nosotros «la información o vigilancia de personas» y «la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos», en la medida en que pueden estar, sobre todo la segunda, habitualmente conectadas con las detenciones ilegales calificadas o, sobre todo, con los delitos de secuestros, que

(70) Vid. ARROYO ZAPATERO, L., *loc. cit.*, p. 186 y VIVES ANTÓN, T. S., en VIVES..., *op. cit.*, pp. 80 y 81.

(71) Vid. TERRADILLOS BASOCO, J., *op. cit.*, donde el autor asumía la difícil labor de interpretar dicha expresión, de la que, a su juicio, se deducía «un incontrolable deseo de abarcarlo todo». En cualquier caso, según el autor, sería ilógico castigar lo menos (facilitar) y dejar impune lo más (prestar la colaboración). Por lo cual, podía deducirse que lo que se castigaba, entonces, era todo tipo o forma de colaboración; indudablemente se castigaban las conductas dirigidas a buscar, conseguir o facilitar esa colaboración, pero también las que la prestaban o ejecutaban directamente; *cfr.* pp. 86 y 87.

(72) Por estimar también que, junto a la necesidad de buscar la mayor coherencia posible con el párrafo segundo del mismo artículo, concurría además un error del legislador que era fácil detectar con sólo repasar los últimos textos legislativos que se habían ocupado de regular los actos de colaboración. Al revisar los términos manejados por las legislaciones justamente anteriores a la derogada Ley de 1984, es decir, el Real Decreto-Ley de 1979 y la Ley Orgánica 2/1981, podemos leer cómo, en la primera norma citada, se establecen las conductas de aquel que «*recabe o facilite de cualquier modo información o realice cualesquiera otros actos de colaboración (...)*», y en la segunda, se prevén penas para el que «*obtenga, recabe o facilite de cualquier modo información, vehículos, alojamientos, locales, armas o explosivos u otros medios materiales, o cooperación económica y el que realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan: (...)*» (las cursivas son añadidas en las dos citas, que corresponden respectivamente a los artículos 2 y 174 bis b) de las dos normas citadas).

Efectivamente, la alteración mínima que se constata en la modificación del texto de 1979 por el texto de 1981, se convierte en un cambio sustancial al producirse una nueva modificación de la Ley de 1984, en la cual se omitió toda referencia a la realización de los actos de colaboración. Error que heredó la mimética legislación de 1988.

analizaremos más tarde, cometidos por organizaciones terroristas en nuestro país. Asimismo es destacable, también para nuestros efectos, la novedad que supone el hecho de que en el apartado 2 del segundo párrafo de la misma disposición se haya venido a imponer una agravación de la pena cuando la información o la vigilancia de personas ponga en peligro su «libertad» o cuando tal riesgo llegue a materializarse.

No se puede desdeñar la magnitud que las conductas de información y vigilancia de personas, bienes o instalaciones tienen en el éxito de muchas acciones terroristas. De hecho, se ha llegado a considerar que la tipificación de este tipo de conductas constituía en realidad la verdadera *ratio legis* de las disposiciones predecesoras, es decir, el establecer un delito autónomo que convirtiera en punible la actuación de los *comandos informativos*. Pues la falta de una previsión legal especial y la frecuente imposibilidad de probar la vinculación de aquellos comandos con los grupos de la organización que ejecutaba directamente cada acción, convertían «la vital labor de los comandos informativos en verdaderos actos “preparatorios” impunes» (73). Desde la inclusión expresa de estas conductas es posible castigar aquellas conductas de personas ajenas, pero de algún modo vinculadas a una organización terrorista, que consistan por ejemplo en observar, vigilar o fotografiar a personas susceptibles de convertirse en próximas víctimas de un delito de secuestro (74).

Asimismo, se puede avistar claramente cómo la construcción, cesión o utilización de alojamientos o depósitos se presentan en abstracto como acciones particularmente idóneas para coadyuvar a la comisión de delitos de secuestro, de detención ilegal o de tenencia de explosivos, depósito de armas o municiones (75). En lo que concierne a estos actos de colaboración, la previsión legal de la «construcción», el «acondicionamiento», la «cesión» o la «utilización» de alojamien-

(73) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., refiriéndose a la inclusión de dichas conductas en la Ley Orgánica 2/1981, en *loc. cit.*, p. 161.

(74) De este modo, este tipo de actividades, que MESTRE califica de propias de la infraestructura informativa de la organización terrorista, han sido efectivamente castigadas en numerosas ocasiones por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo (por ejemplo, Sentencias 59/84 –secc.2–; 74/84 –secc.2– o 4/86 –secc.3– del primer órgano judicial citado y Sentencias 21 de diciembre de 1986 ó 25 de febrero de 1986 del segundo); *vid.* MESTRE DELGADO, E., *op. cit.*, p. 199.

(75) Sobre estos delitos, en los que lógicamente no vamos a detenernos a pesar de estar estrechamente emparentados con las organizaciones terroristas, pueden verse los nuevos artículos 563-570 (tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos); *vid.* también RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 908-917 y MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 705-712.

tos se refiere a las denominadas «cárceles del pueblo» (76). En realidad, hasta ahora se trataba de una figura agravada respecto de la común, aunque introducida también para hacer frente a acciones fundamentalmente de carácter terrorista contenidas en el antiguo artículo 481 bis del Código penal. El elemento diferenciador, que debía decidir la aplicación de una u otra figura (del antiguo artículo 174 bis, a) o del también ya derogado artículo 481 bis), no era otro que un elemento subjetivo del injusto manifestado en la intención de favorecer la realización de las actividades o el logro de los fines de la organización terrorista, que debía concurrir siempre en los supuestos contemplados por el primero de los preceptos citados, aunque también por su disposición inmediatamente sucesora, el actual artículo 576.

No obstante, en la regulación actual establecida en el párrafo 2 del artículo 576 se señalan explícitamente en cuanto actos de colaboración la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos. Tan sólo debe advertirse, pues, una novedad con respecto a la regulación anterior: la introducción de la conducta de «acondicionar». Esta nueva inclusión se debe presumiblemente a la ausencia en la nueva normativa de una disposición equivalente al antiguo artículo 481 bis que tipificaba las conductas de construcción y acondicionamiento como actos preparatorios del delito de detención ilegal, y que ha sido el único precepto que ha desaparecido del capítulo relativo a las detenciones ilegales y secuestros en nuestra legislación penal vigente.

De otra parte, creemos que las conductas más frecuentes y más cómodamente incardinables en el tipo penal serán las de *construir*, *acondicionar* y *ceder* locales a la organización terrorista, de los cuales ésta más tarde se servirá para la ocultación de personas secuestradas (77). No tan fácil es, en nuestra opinión, el esclarecimiento del

(76) *Vid. infra*, apartado B.

(77) En el estudio elaborado por MESTRE DELGADO sobre el tratamiento que la Audiencia Nacional ha dado a estas cuestiones (como hemos visto en relación con los comandos informativos), en el que el autor propone una clasificación de las conductas castigadas como actos de colaboración por aquel órgano jurisdiccional, propone también una tipología en relación al punto concreto que ahora estamos examinando. Se refiere, por una parte al desarrollo de actividades propias de la infraestructura material de la organización terrorista y, por otra, a las actividades que supongan una puesta a disposición de medios materiales o conocimientos técnicos susceptibles de ser empleados por dicha organización para la realización de sus actividades. Así, por un lado, una conducta como la de alquilar pisos o locales con el fin de ser utilizados con posterioridad por la organización terrorista (castigada, por ejemplo, en la Sentencia 20/83 –secc.2–) se trataría de una actividad destinada a fortalecer la infraestructura material, y, por otro lado, conductas como autorizar a un grupo terrorista la construcción de una

significado y posterior encasillamiento en el tipo penal de la conducta que consista en *utilizar* dichos alojamientos, teniendo en cuenta que estamos ante conductas de colaboración o favorecimiento, distintas, por tanto, de la autoría, de la cooperación necesaria y de la complicidad (78). Lo cual, ineludiblemente, provoca que la conducta típica de la «utilización» de los alojamientos por los colaboradores deba considerarse de modo restrictivo, de modo que no albergue actividades que excedan del simple favorecimiento, si se pretende que su contenido sea considerado como acto de colaboración a la luz de este artículo 576.

Como conclusión, debe hacerse hincapié en tres caracteres, dos de los cuales son comunes no sólo a estas dos conductas vistas sino también a todos los demás actos de colaboración, estén o no expresamente previstos, pues recordemos que el párrafo 2 del artículo 576 no recoge un *numerus clausus*, y que por tanto la realidad puede presentar otros supuestos menos habituales que los recogidos en la letra del precepto, pero igualmente subsumibles en el mismo. La primera característica, ya adelantada al comienzo de este epígrafe, es que estos actos sólo pueden ser cometidos por personas que no pertenezcan a la organización terrorista a la que intentan favorecer. Un segundo aspecto se centra en la imprescindible concurrencia de un elemento subjetivo del injusto, es decir, de una motivación concreta según la cual se pretende favorecer la realización de las actividades o la consecución de los fines de la organización terrorista, pues de lo contrario no se trataría de una conducta típica (79). Un tercer aspecto es que en el caso de las acciones de información o vigilancia de personas ya no ha de tratarse necesariamente de actos de cooperación genérica como hasta la entrada en vigor de la última reforma del Código penal. Ciertamente, antes de tal modificación con cualquier acto de posible cooperación había de tenderse a apoyar o a beneficiar a una organización terrorista, a través de una ayuda a la ejecución de sus actividades o a la obtención de sus fines en general, pero no por medio de la cooperación en una acción o

«cárcel del pueblo» en sus propiedades (castigada, también por ejemplo, en la Sentencia 21/84 –secc.2–) integrarían el segundo tipo citado, es decir la puesta a disposición de la organización de medios materiales; cfr. *op. cit.*, pp. 198 y 199.

(78) En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1987 se refiere a estas conductas como actos preparatorios especialmente castigados como favorecimiento, los cuales constituyen una «figura distinta aunque periférica a la participación».

(79) Tanto de conformidad con el antiguo artículo 174 bis, a) como a tenor del artículo 576, pues si el primero exigía que el acto de colaboración «favorezca la realización de los actividades o la consecución de los fines» de la organización, el segundo igualmente requiere que se trate de un acto de colaboración «con las actividades o las finalidades» de la organización o grupo terrorista.

delito concreto (80). No obstante, a pesar de que con la nueva normativa sigue sucediendo lo mismo en relación con la mayor parte de los actos de colaboración, ha dejado de ser así, en cambio, para los casos en que se lleven a cabo actos de información o vigilancia de personas, porque por imperativo expreso del segundo apartado del nuevo artículo 576.2, si en esos casos —en lo que a nosotros nos concierne—, se llega a poner en peligro la libertad de la persona vigilada o ésta llega a ser secuestrada, la pena para los autores del delito se verá agravada de conformidad con esta misma disposición (81).

Por último, otras dos interesantes cuestiones son las que pueden suscitarse a partir de la conceptualización también como acto de colaboración de «cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género». El primer punto discutible es si en los casos de secuestros (o, igualmente, en los casos de las anteriores detenciones ilegales bajo rescate) cometidos por una organización terrorista, el pago por parte de los allegados de la víctima o de sus intermediarios de la suma exigida para obtener su liberación puede considerarse como un acto de colaboración en virtud del artículo 576. La respuesta debe ser rotundamente negativa, por no concurrir la motivación específica, de la que hablabamos antes, de intentar favorecer a la organización terrorista (82). Un problema parecido es el que acontece con ocasión del pago del denominado «impuesto revolucionario». También aquí, creemos que debe resolverse negativamente por la misma razón que en la cuestión anterior (83).

(80) A este respecto, MESTRE DELGADO pone de relieve como la Audiencia Nacional no ha castigado como actos de colaboración a quienes, tratándose de un delito de detención ilegal, se ocupan de «transportar al detenido» o de «vigilarle»; *op. cit.*, p. 211. *Vid.* también RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., *loc. cit.*, pp. 203-208, en las que se refiere a la misma cuestión de la «autonomía» de estos actos de colaboración, explicando del mismo modo que consisten en un «favorecimiento genérico, desvinculado y subsidiario de los delitos concretos programados por los terroristas» (en p. 204).

(81) No sucede lo mismo, como decíamos, para los restantes actos de colaboración. Así por ejemplo, si la cesión de un local a un integrante de una organización terrorista puede considerarse un delito de colaboración, la cesión de dicho local al mismo integrante de tal organización para ocultar a una persona secuestrada o a la que se va a secuestrar constituiría un acto de complicidad o de cooperación necesaria, conducta que debería castigarse entonces conforme a las reglas generales de la participación en los delitos.

(82) RODRÍGUEZ-VILLASANTE sostiene que en la mayoría de estos supuestos puede hablarse de la causa de justificación del artículo 8.7.º del Código penal: el estado de necesidad (actual artículo 20.5.º); *vid. loc. cit.*, p. 573.

(83) Aunque, a mayor abundamiento, algunos autores proponen además otros fundamentos para sostener la impunidad de tal conducta. RODRÍGUEZ-VILLASANTE,

A.3 Los delitos de terrorismo

Puede decirse, *prima facie*, que la tipificación del delito de terrorismo se confiaba hasta la reciente reforma del Código penal a la disposición contenida en el artículo 174 bis, *b*) (84).

La determinación de si este precepto contenía o no la tipificación del *delito de terrorismo* ha originado controversias entre la doctrina penalista (85). En todo caso, hemos de decir que hasta el momento en el ordenamiento jurídico español se ha venido entendiendo o interpretando que el delito de terrorismo siempre estaba constituido por tres elementos, según lo ha dejando bien sentado además la jurisprudencia de la Audiencia Nacional (86). En primer lugar, para que se tratara de un acto de terrorismo, se consideraba hasta la adopción de la legislación de 1988 que el sujeto activo había de pertenecer en todo caso a la organización terrorista (87). A raíz de la vigencia del precepto contenido en el ya derogado artículo 174 bis, *b*), podían surgir dudas sobre el alcance de la ampliación conceptual del sujeto activo, debido a que la propia disposición añadía, a la previsión de la realización del tipo por personas integrantes de una banda armada u organización terro-

por ejemplo, se inclina por las eximentes de miedo insuperable (*vid.* el artículo 20.6.º) o de estado de necesidad (*vid.* el artículo 20.5.º), aunque manifestando la conveniencia de declarar exigibles, para la exención, «la prueba de la amenaza y que la coacción revista cierta gravedad»; *cfr. loc. cit.*, pp. 225-226 y 243.

(84) Cuyo texto establecía lo siguiente:

«El que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquéllas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido, será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo, a menos que por razón del delito cometido corresponda pena mayor. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieren dirigido su ejecución, les será impuesta la pena de reclusión menor.»

(85) Mientras para algunos autores, el artículo contenía el tipo penal del terrorismo, para otros se trataba más de una regla de determinación de la pena. Entre los primeros, puede verse GÓMEZ CALERO, J., «Delitos de terrorismo», en *Comentarios a la legislación penal* (Dir. Manuel Cobo del Rosal, Coord. M. Bajo Fernández), Tomo XI, Edersa, Madrid 1990, pp. 257-287; p. 263. Entre la segunda corriente, puede consultarse MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, p. 641.

(86) Para comprobar la evolución de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional en materia de terrorismo, en el período comprendido entre 1978 y las fechas justamente anteriores a la adopción de la legislación de 1988, es de gran utilidad el completo y minucioso análisis que realiza E. MESTRE DELGADO, en *op. cit.*

(87) Así se derivaba de la literalidad del párrafo 2 del artículo 8 («*Delitos de terrorismo*») de la Ley contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución, de 1984.

rista o rebelde, la comisión en colaboración con sus objetivos y fines. No creemos, de todas formas, que dicho inciso debiera entenderse de otro modo como que únicamente precisaba de una vinculación material y susceptible de probarse con la organización. A nuestro juicio, exigir menos sería irracional y se compadecería mal con la naturaleza y la razón de ser (aunque no probablemente con el bien jurídico protegido) de la disposición (88). En segundo lugar, no sería delito de terrorismo si en su realización no se empleaba alguno de los medios enumerados en el artículo 174 bis, *b*), es decir, armas de fuego, aparatos explosivos, etc. Y, en último lugar, se necesitaba la ocurrencia simultánea de un elemento intencional y la ejecución de cualquier hecho delictivo. En otras palabras, la determinación del hecho delictivo había de efectuarse necesariamente en relación con la contribución del mismo, como decía expresamente el mismo artículo 174 bis, *b*), «a la actividad de aquéllas» (banda armada u organización terrorista o rebelde). Con lo cual, como ya ha sido puesto de relieve, «la multiplicidad de delitos que, utilizando los medios que en el artículo se enumeran, pueden “contribuir a la actividad” de las organizaciones o bandas era inaprehensible» (89).

Ello no sucedía, no obstante, con la redacción del correspondiente artículo 8 de la anterior Ley de 1984, ya que allí se operaba una remisión al artículo 1 de la misma, en donde se contenía un limitado elenco de hechos delictivos considerados como delitos de terrorismo [apartados *a*)-*k*)]. Aparte, lo más significativo a nuestros efectos es que, entre aquellos delitos, se encontraban tipificados expresamente: «detenciones ilegales, secuestros bajo rescate o cualquier otra condición o con simulación de funciones públicas» [apartado *c*)]. La ausencia de una tipificación expresa de los delitos habitualmente considerados como terroristas en la normativa penal introducida por la legislación de 1988 ha sido muy criticada por algunos penalistas españoles, quienes tampoco estaban ya, por otra parte, demasiado satisfechos con la dicción de la disposición de 1984. De ahí que consideraran que la posterior configuración de los delitos de terrorismo no hizo si no empeorar más aún la situación.

De todas formas, nosotros no veíamos aquí que la falta de un catálogo de delitos concretos y específicos de terrorismo haya podido tener algún efecto perjudicial sobre nuestro objeto de estudio, porque no creemos que hubiera lugar a la más mínima incertidumbre. Pues

(88) Por ello nos parece muy acertada la matización sugerida por VIVES referente a que no basta con la «mera coincidencia idológica», en VIVES..., *op. cit.*, p. 81.

(89) VIVES, T. S., en VIVES..., *op. cit.*, p. 81.

no cabe ninguna duda de que entre los delitos propios, más característicos y más frecuentemente recurridos por las organizaciones terroristas, ocupan un lugar muy relevante (quizá, el más destacado junto a los delitos contra la vida y la integridad física) aquellos que de algún modo conllevan ataques contra la libertad personal. Ello es algo que tiene lugar tanto en España como en la mayor parte de los Estados que, de algún modo, experimentan algún tipo de violencia terrorista, con independencia de la terminología que en cada ordenamiento jurídico se haya elegido para establecer o conceptualizar dichas acciones: detención ilegal, secuestro o toma de rehenes.

En cualquier caso, la situación ha vuelto a cambiar a partir de la reforma introducida en el Código penal a través de la Ley Orgánica 10/1995. Con la nueva regulación se ha pretendido retornar en cierta medida a un sistema mixto, restableciendo un claro método de desglose de las conductas delictivas sin duda más frecuentemente cometidas por los grupos y organizaciones terroristas, a la vez que se vuelve a instaurar un tipo penal independiente y abierto en el que pueda caber cualquier hecho delictivo realizado por personas integrantes o en conexión con aquellos grupos y organizaciones.

Así, en primer lugar, en el artículo 571, por ejemplo, se tipifican los delitos de estragos e incendios cuando sean ejecutados por personas que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos «cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública». Con el mismo condicionamiento, cuando los hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, aparecen también inculminados –castigados con la pena de prisión de seis a diez años– el depósito de armas o municiones, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables o asfixiantes o sus componentes, al igual que su fabricación, tráfico, transporte, suministro y su mera colocación o empleo, en el artículo 573. De igual forma, en el artículo 572, junto a los atentados contra la vida y la integridad física o psíquica, se atiende a la regulación de los delitos contra la libertad:

«1. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:

1.º En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaren la muerte de una persona.

2.º En la pena de prisión de quince a veinte años si causaren lesiones de las previstas en los artículos 149 y 150 de este Código o *secuestraren a una persona*.

3.º En la pena de prisión de diez a quince años si causaren cualquier otra lesión o *detuvieren ilegalmente*, amenazaren o coaccionaren a una persona.

2. Si los hechos se realizaran contra las personas mencionadas en el apartado 2 del artículo 551 o contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, se impondrá la pena en su mitad superior.» (90).

Por lo cual, queda claro que a partir de la nueva regulación se castigan específicamente dos clases de atentados contra la libertad de las personas (el secuestro y la detención ilegal) cuando son cometidos por bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas que persigan los fines descritos *supra*. No es necesario, pues, acudir actualmente al juego legislativo que, sin embargo, era necesario con anterioridad a esta última reforma para integrar los distintos tipos de detención ilegal en el tipo genérico del delito de terrorismo.

Por último, y en segundo lugar, se ha establecido un nuevo tipo penal en el vigente artículo 574. Según su texto:

«Los que, perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, cometieren cualquier otra infracción con alguno de los fines expresados en los artículos anteriores, serán castigados con la pena señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior.»

Desde nuestro punto de vista es posible encontrar una relativa similitud entre esta nueva disposición y el ya derogado artículo 174 bis, *b*) que transcribíamos al comienzo de este apartado, pese a que el «cajón de sastre» en que consistía, de hecho, este último haya experimentado una importante y apreciable rebaja de su contenido en el texto de aplicación presente. Ciertamente, el artículo 574 parece estar concebido tan sólo para que cumpla, si ello fuera necesario, una aplicación residual.

B. La detención ilegal y el secuestro

B.1 *El tipo básico de la detención ilegal*

Adelantábamos que la conducta internacionalmente típica de toma de rehenes, tal y como se configura en la Convención interna-

(90) La cursiva es añadida.

cional de 1979, podría encontrar una primera equivalencia, aunque incompleta, en la configuración penal española de la detención ilegal y una analogía más perfecta con la figura penal de secuestro. La figura de la detención ilegal se contempla fundamentalmente en dos disposiciones del Código Penal: el tipo básico, en el párrafo primero del artículo 163; y el tipo cualificado, en el artículo 166. Sin embargo, como decíamos –y como comprobaremos a continuación–, el tipo penal internacional de la toma de rehenes halla un encaje mucho más perfecto, sólo a partir de la reforma efectuada en 1995, en el actual tipo penal de secuestro recogido en el artículo 164. Todos estos preceptos aludidos constituyen el núcleo esencial vigente de la regulación española sobre la materia. Según los dos primeros párrafos del artículo 163:

«1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.»

Es el párrafo primero de este artículo el que contiene el tipo básico de la detención ilegal, cuya redacción apenas se ha alterado con respecto al antiguo artículo 480, su inmediato predecesor. Éste y los demás preceptos relativos a las detenciones ilegales y secuestros se incardinan en el Título VI del Código Penal, que lleva por rúbrica «De los delitos contra la libertad»; lo cual supone una primera aproximación al bien jurídico que se intenta proteger. Está claro que el delito de detención ilegal pertenece al grupo de los que atentan contra la libertad en el sentido genérico que aparece en el rótulo del Título VI. Pero uno de los temas más debatidos en la doctrina se refiere precisamente a cuál es, en concreto, el bien jurídicamente protegido. Dos son las tesis principales alrededor de las cuales giran todos los desarrollos doctrinales. Según la primera, el bien jurídico a tutelar es la libertad ambulatoria o de movimientos (91). Según la segunda, lo que se intenta salvaguardar no es la libertad de movimiento considerada en sentido genérico, sino una determinada modalidad de la libertad de

(91) Para esta teoría *vid.* CÓRDOBA RODA, J., «El delito de detenciones ilegales en el Código penal español», en *ADPCP*, 1964, pp. 390 y 391, quien define la libertad ambulatoria como la capacidad del hombre de fijar por sí mismo su situación en el espacio físico. Teoría que es seguida, entre otros, por MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 150; QUERALT, J., *op. cit.*, p. 131; CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 726; POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, pp. 102 y 103.

obrar, a saber, la libertad de abandonar el lugar en que se encuentra la víctima de la detención (92).

En nuestra opinión, ambas teorías no dejan de acertar al exponer una lesión efectiva que sufren determinados valores o bienes con ocasión de las detenciones ilegales (la libertad de movimientos, en el primer caso, y la libertad de abandono, en el segundo), pero a la vez creemos que dichos valores no son los únicos agraviados. Ambas concepciones dejan escapar, al no precisarlos bien, otros valores gravemente afectados (93).

Cada vez que se comete un delito de detención ilegal, sí se afecta gravemente, por supuesto, a la libertad de movimientos o libertad ambulatoria, pero de un modo genérico, de igual forma que se ataca, de forma todavía más abstracta, a la libertad como valor absoluto. Evidentemente, la capacidad de desplazamiento queda bloqueada, suspendida o anulada, pero no es el único derecho o potencialidad del individuo que experimenta ese efecto. Pues el detenido queda limitado o impedido en su capacidad de obrar en general, de llevar a la práctica muchas otras conductas, en definitiva, de ejecutar cualquier decisión. Y, desde luego, en nuestra opinión, la imposibilidad de desplazamiento no tiene por qué ser el punto de convergencia de todas esas acciones potenciales: muchas de ellas pueden implicar o tener como premisa la necesidad de tener movilidad, pero otras no.

También, indudablemente, con ocasión de muchos de los supuestos de detención ilegal que se producen, se obstaculiza o impide la libertad de abandonar el lugar en el que se encuentra la víctima. Sin embargo, a nuestro juicio, se pueden presentar casos que difícilmente pueden encajar en esta interpretación de la libertad de abandono como bien jurídico, o que al menos vienen a relativizarla, justamente por ser

(92) Opina así, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 306. También, en esta dirección, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., en *op. cit.*, quien además de apoyarse en el desarrollo histórico de la figura, para la defensa de esa interpretación, acude a otros tres argumentos: la toma en consideración por parte del legislador de la libertad de movimiento tan sólo en cuanto valor genérico, y no como valor o interés concreto a proteger en el precepto penal; la propia redacción del tipo penal, que se refiere a dos modalidades de la privación de libertad, es decir, el encierro y la detención; y, por último, la facilitación de la distinción entre el delito de detención ilegal y el delito de coacciones, *vid. pp.* 51-57.

(93) En cualquier sistemática lógica jurídico-penal, la cuestión del bien jurídico protegido por el tipo suele ser el primer objeto de estudio, antes que la acción típica, el sujeto activo o cualquier otra materia. Por eso mismo, aquí también vamos a respetar ese orden. Sin embargo, debemos aclarar que para la perfecta comprensión de este apartado es necesario conocer previamente el contenido de los conceptos de encierro y detención; por ello nos remitimos *infra*.

demasiado restringida. Se nos ocurre una serie de supuestos que puede desautorizar aquella interpretación. Supuestos en los cuales la detención o privación de libertad se produce en el mismo domicilio de la víctima, o en el lugar que desempeña su actividad profesional –por ejemplo, las frecuentes detenciones de rehenes producidas en los locales de embajadas–, o a bordo de un avión o barco que la víctima ha tomado voluntariamente. Creemos que decir en estos casos que el bien jurídicamente afectado es la libertad de abandonar dichos lugares es, cuando menos, poco exacto. Por otra parte, pensamos que dicha interpretación se adecua más al concepto relativamente restringido de encierro, pero no al más amplio de detención.

Por todo ello, para nosotros, el bien o valor que sin lugar a dudas recibe un mayor daño (mayor, incluso, que verse privado de la libertad de desplazamiento «a secas», como se desprendería de la primera interpretación doctrinal citada) y, lo que es más decisivo, que sufre ese perjuicio en todas las posibles hipótesis que se puedan plantear (y no sólo en casi todas, como a nuestro juicio, se deriva de la segunda óptica doctrinal que toma en única consideración la libertad de abandono), es la capacidad de actuar legalmente según los dictados de la propia voluntad o, lo que es lo mismo, la libre disposición de su persona. Dicho en otras palabras (la verdad es que puede recibir múltiples formulaciones), el bien jurídico protegido es la capacidad de la persona para «autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita», cualquier conducta lícita (94).

Según el tenor literal del primer párrafo, el sujeto activo del delito ha de ser un «particular». Dicha afirmación requiere una precisión posterior, puesto que, de acuerdo con una opinión doctrinal mayoritaria, también puede ser sujeto activo el funcionario público que no actúa en el ejercicio de su cargo, sino como particular (95). La redac-

(94) *Vid. infra* la sentencia del TC de 6 de julio de 1986.

(95) En los casos en que el funcionario público actúa en el ejercicio de su cargo y dentro, en principio, de su competencia (junto con otros requisitos, como puede ser la ausencia de una motivación personal) se aplicará el artículo 580. Por otra parte, cuando no medie causa por delito, será de aplicación el nuevo artículo 167, según el cual:

«La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.»

Es de destacar, a nuestro juicio, el gran cambio producido a este respecto con la última reforma del Código penal, pues además de llevarse esta disposición a la sede específica de los delitos contra la libertad, justo a continuación de los delitos de

ción utilizada por la Convención contra la toma de rehenes no puede ser más incondicional en lo que se refiere al sujeto activo del delito: «toda persona que (...)». Puede advertirse aquí una similitud entre ambas regulaciones, la nacional y la internacional, pues el autor del delito tampoco tiene por qué ser necesariamente un particular según la Convención de 1979.

El artículo 163 establece dos acciones típicas que producen como resultado una privación de libertad: «encerrar» y «detener». ¿En qué consisten ambas conductas? Para definir la primera, la inmensa mayoría de los penalistas españoles sigue en líneas generales la misma teoría, según la cual, encerrar es situar a una persona en un lugar cerrado (96). Para definir la segunda, también una gran mayoría se decanta principalmente por la presencia de dos elementos, considerando que ambos deben aparecer a la vez o que basta con sólo uno de ellos. De tal modo que entienden que tiene lugar una detención cuando se sitúa a la persona en un lugar abierto y/o cuando se produce una aprehensión de la víctima (97).

detención ilegal y secuestro cometidos por particulares, se ha contemplado un alzamiento considerable de las penas.

Para una relación y diferenciación entre la disposición predecesora de este artículo (el artículo 184) y la disposición contenida en el párrafo primero del anterior artículo 480 (que establecía hasta la reforma el tipo básico de detención ilegal), *vid.*, en especial, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de detención*, Ed. Trotta, Madrid 1992, pp. 91-105; también, entre otros, VIVES ANTÓN, T. S., y otros, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1993, pp. 727 y 728 y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia 1991, p. 150.

(96) *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA..., *op. cit.*, p. 307; MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 151; CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, pp. 729 y 730; POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención ilegal*, Aranzadi, Madrid 1982, p. 120; CÓRDOBA RODA, J., *loc. cit.*, p. 395. También la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo sigue esta dirección. Así, por ejemplo la sentencia de 25 de octubre de 1983, donde el encierro se caracteriza como «situar a una persona en lugar no abierto y del que no pueda salir por sus propios medios» (*Jr. Cr.*, n.º 1407).

(97) Para el lugar abierto como criterio fundamental, *vid.*, entre otros, RODRÍGUEZ DEVESA..., *op. cit.*, p. 30, y BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra la libertad y seguridad, honestidad, honor y estado civil*, CEURA, Madrid 1989, p. 23. La aprehensión como factor decisivo, sin referencia al espacio abierto, aparece en la concepción de MAQUEDA ABREU, M. L., *Los delitos contra la libertad y la seguridad de las personas*, Universidad de Granada, 1988, p. 59; POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 123; CÓRDOBA RODA, J., *loc. cit.*, p. 395. Y, finalmente, una combinación de ambos criterios, el espacio abierto y la concurrencia de la aprehensión, se recoge en la caracterización ofrecida por MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 151.

En la jurisprudencia del TS se reitera la aprehensión como signo distintivo de la detención; por ejemplo, en la sentencia de 25 de octubre de 1983 se identifica la deten-

En este esquema básico aceptado por la generalidad de la doctrina se abunda para añadirle diferentes notas características por parte de los autores. Por ejemplo, con respecto al *encierro*, se dice que es indiferente que ese lugar cerrado sea mueble o inmueble (98); que lo decisivo es que no pueda ser abandonado físicamente por la persona que está encerrada (99); que existe encierro a pesar de que las salidas estén abiertas o puedan ser superadas fácilmente, debido a que las mismas estén custodiadas por una o varias personas (100); o que el encierro necesita una cierta permanencia o duración mínima (101). Por lo que se refiere a la *detención*, también se añaden más notas caracterizadoras. Así, para algún autor, entre los que optan por el espacio abierto como principio definitorio, es necesario que la víctima esté físicamente impedida de abandonar el lugar en que se encuentra detenida, bien por un impedimento mecánico (por ejemplo, porque se encuentra atada), bien por la amenaza del empleo de la fuerza física, o bien debido a que se anula su capacidad de reacción para decidir desplazarse a un lugar diferente de aquél en el que se encuentra (por ejemplo, porque se le suministran narcóticos) (102); a su vez, se afirma que la detención tiene lugar con independencia de que se lleve a cabo con o sin traslado (103). Entre los autores que se inclinan por la imprescindible mediación de una conducta de sujeción por parte del autor, se desarrolla afirmando que la privación de la libertad de la víc-

ción con el «aprehender a una persona a la que se le priva de la posibilidad de alejarse, de transitar o de dirigirse donde ella quiera» (*Jr. Cr.*, n.º 1158). Aunque, en ocasiones el TS caracteriza la detención sin acudir al concepto de la aprehensión; así, por ejemplo, en la sentencia de 16 de diciembre de 1986, donde singulariza esa forma de privación de libertad, afirmando que consiste en «impedir u obstaculizar a una persona su marcha y compelerle a que vaya donde no le place ir» (*Jr. Cr.*, n.º 1682). Lo que no ha encontrado eco en la jurisprudencia del TS es el criterio del lugar abierto como elemento característico de la detención, en contra de la acogida que sí ha tenido, en cambio, en la misma el criterio similar del lugar cerrado como inherente al encierro.

(98) MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 151, que añade como ejemplos de lugar no abierto un «automóvil», una «habitación» o una «roulote». *Vid.*, también, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 307.

(99) RODRÍGUEZ DEVESA..., *ibídem*.

(100) *ibídem*.

(101) CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 729.

(102) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA..., *op. cit.*, p. 307.

(103) Cfr. *ibídem*, donde se puede leer que la detención «puede presentar una forma itinerante cuando el detenido se ve forzado a acompañar a sus captores sin posibilidad de tomar otra dirección, bien porque es transportado como si fuere una cosa, bien porque se le obliga físicamente a seguirlos por la fuerza o por la amenaza del empleo de la fuerza: el “conducir detenida” a una persona es también detención».

tima ha de realizarse a través de la aprehensión de la víctima (104). Y también, como anticipábamos, algún otro autor exige la convergencia de ambos elementos para poder hablar del concepto de detención, en cuanto se sostiene que detener «equivale a la *aprehensión* de una persona a la que se le priva de la facultad de alejarse en un *espacio abierto* (amarrándola, golpeándola, etc.)» (105).

Aun estando de acuerdo con parte de la caracterización expuesta con respecto a alguno de los elementos típicos de las acciones de encerrar y detener, no compartimos el planteamiento general que sirve de base a ese desarrollo doctrinal imperante en nuestro país. Es cierto que los elementos desarrollados por la doctrina son característicos y que habitualmente confluyen en distintas manifestaciones de la privación de libertad, pero ello no implica que formen parte de la esencia de su concepto. Las concepciones que hemos repasado conducen a considerar siempre, por ejemplo, que el encierro y la detención son dos acciones contrapuestas, o que la aprehensión es la esencia de la detención, o que cuando la víctima se ve privada de su libertad en un lugar cerrado sólo se puede hablar de encierro. Se llega a tales conclusiones porque esos conceptos aportados doctrinalmente parten de la estimación de que las dos únicas acciones típicas del párrafo primero del artículo 163 (o del mismo párrafo del antiguo artículo 480) son la de encerrar y la de detener, y que ambas son autónomas y se sitúan en un plano de igualdad, y que el contenido de cada una de las dos excluye el de la otra: lo que es encierro no es detención, o es encierro lo que no es detención. A nosotros nos parece un tanto forzada y artificiosa esa distinción inicial. Por ello arrancamos de una premisa diferente siguiendo a un sector doctrinal minoritario, según el cual «el encierro no es más que una especie del más amplio género de detención» (106). Aunque el encierro es el tipo más habitual de detención, no es el único; lo importante, en cualquier caso, es que toda privación de libertad constituye una detención. Esto es coherente, además, con lo que ha dejado sentado el TC español:

«debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una

(104) Cfr. POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 123; MAQUEDA ABREU, M. L., *op. cit.*, p. 59.

(105) MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 151 (la cursiva es añadida).

(106) MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de detención*, Ed. Trotta, Madrid, 1992, pp. 114 y 115 (la cita corresponde a la primera de las páginas citadas).

decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad» (107).

De ahí que compartieramos alguna propuesta que se ha hecho de *lege ferenda* de mantener la acción de encerrar en el tipo penal del artículo y sustituir, por el contrario, la acción de detener por la expresión «o de cualquier otra forma privare de libertad», para impedir así la mayoritaria interpretación restrictiva del concepto de detención (108). No obstante, con ocasión de la reciente reforma del Código penal se ha hecho caso omiso a estas sugerencias y, consiguientemente, se han dejado inalterados los dos términos, de encierro y de detención, tal como se establecían en el anterior artículo 480 (109).

Partiendo ahora del concepto amplio de detención como género, resulta más sencillo proceder a delimitar el posible contenido del encierro como forma más característica y habitual en la práctica de aquélla. Creemos que para una justa comprensión de lo que constituye encierro, debemos distanciarnos de las interpretaciones extremas. Dicho de otra forma, a nuestro entender, no llevan razón ni

(107) Sentencia 98/1986, de 10 de julio de 1986, Fundamento Jurídico n.º 5, *Jurisprudencia Constitucional*, Tomo XV, pp. 490-497 (también *BOE* núm. 175, de 23 de julio de 1986).

En la misma sentencia el Tribunal resalta la importancia que tiene «una recta identificación del concepto de “privación de libertad” que figura en el art. 17.1 de la Constitución», pues la misma «es condición necesaria para la exigencia y aplicación del íntegro sistema de garantías que dispone el referido artículo de la Norma fundamental, y en este sentido hay que subrayar que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad —en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita— queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean» (Fundamento Jurídico n.º 4).

Nosotros añadiríamos, por otra parte, que este concepto en sentido genérico de detención se compadece con el significado habitual y extrajurídico que se atribuye al término. Detener significa «Privar de libertad por un tiempo breve»; *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21.ª ed., 1992, Madrid 1994.

(108) Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, pp. 114 y 115.

(109) Lo cierto es que tanto en el fallido intento de reforma del Código Penal de 1992 como en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994 se conservó desde el principio la misma redacción del hasta hace poco tiempo vigente artículo 480; *vid.*, para el primero, *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid 1992, p. 112, Artículo 171 (también en *Estudio Comparativo del Código Penal Vigente y el Proyecto de Código Penal de 1992*, 1993, p. 97). Para el segundo, Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994, *loc. cit.*, p. 26, artículo 159.

quienes proponen que el encierro se refiere a la colocación de la víctima en un lugar cerrado (110), ni aquellos que sostienen que tiene lugar cuando se niega la libertad de movimientos en sentido genérico (111); pues el resultado viene a ser una innecesaria restricción o ampliación del significado del término, respectivamente. Una vez más, estimamos que el contenido de la conducta de encerrar, según el tenor del párrafo primero del artículo 163, debe interpretarse de modo más acorde con el significado simplemente no normativo de la palabra. Así, según su empleo habitual, el término encerrar tiene el significado de «meter a una persona (...) en lugar del que no pueda salir» (112). Consideramos que no importa tanto que el sitio en cuestión sea o no hermético, como que la víctima no pueda abandonar el mismo. Por ello nos parece muy acertada la caracterización del encierro que hace Muñoz Sánchez. Según este autor, para que exista encierro se necesitan dos presupuestos: «a) El situar al sujeto en un espacio delimitado. b) Impedir el abandono de ese espacio mediante mecanismos exteriores» (113). Siguiendo al mismo autor, hay que decir que el primer presupuesto implica que el lugar tiene sus propios límites, sin importar que se trate de un espacio abierto o cerrado (114); aunque «lo decisivo es el segundo presupuesto, que el sujeto no pueda abandonar el lugar por impedirselo un dispositivo u obstáculo externo» (115).

Así concebido el término encerrar, puede cubrir los más variados supuestos que ofrezca la práctica. Es cierto que las detenciones ilegales o secuestros que usualmente se llevan a cabo en nuestro país por alguna organización terrorista, ETA fundamentalmente, no suscitan ningún problema para ser incluidas en la interpretación más estricta que antes hemos visto, según la cual el encierro precisa de un lugar

(110) *Vid. supra.*

(111) *Vid.*, por ejemplo, la explicación que de la acción del párrafo primero del artículo 480 hacía QUERALT, J. J., *Derecho Penal Español, Parte Especial, Volumen I*, Librería Bosch, Barcelona 1986, p. 132; donde el autor sostiene que mientras el verbo encerrar «apunta más a la acción de privar la libertad de movimientos», el verbo detener lo hace «más hacia el resultado del impedimento».

(112) *Diccionario de la Lengua Española...*, *op. cit.*

(113) MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 111.

(114) *Ibidem.*

(115) «Una persona está encerrada cuando objetivamente existe un obstáculo físico que le impide abandonar el lugar de paradero. Si esto ocurre a través de cerrar las salidas o mediante cualquier otro mecanismo externo de naturaleza física es indiferente, piénsese en impedir la salida cerrando con llave la puerta o bien poniendo un guardia armado o un perro mordedor en la puerta de salida. En todo caso se ha de tratar de un dispositivo externo de naturaleza física»; *ibidem.*

cerrado (116). Pero, a nuestro entender, es cierto también que no deja de ser muy conveniente que permanezca la posibilidad de proceder a una interpretación mucho más abierta, que permita dar cobertura a casos que la realidad demuestra que se pueden producir y que en ocasiones desbordan cualquier intento, por muy imaginativo que sea, de previsión. Creemos que posibles ejemplos de tales supuestos se habrían producido ya, sin ir más lejos, en 1990, en relación con los actos de toma de rehenes cometidos en el territorio de Irak y Kuwait, muy poco tiempo antes de que comenzaran las hostilidades en esta zona del Golfo Pérsico y, a finales de 1994 y durante 1995, con respecto a la realización del mismo tipo de acciones en el territorio de la República de Bosnia-Herzegovina mientras estaba asolado todavía por el conflicto armado. En ambos casos algunos de los rehenes llegaron a ser utilizados como *escudos humanos* o fueron semiinmovilizados en lugares rodeados de minas, sin que se hallaran —en uno u otro supuesto— en lugares cerrados (117).

La conducta típica del delito, según el artículo 1 de la Convención contra la toma de rehenes, se conforma en primer lugar por las acciones de «apoderarse» y «detener». Es fácil concluir que en el amplio concepto español, antes propuesto, tienen cabida con sobrada holgura los conceptos jurídico-internacionales de apoderamiento y detención. Además, el empleo de dos términos convencionales, en vez de sólo uno, obedecía simplemente a la razón de flexibilizar el significado y contenido de la conducta prohibida y facilitar así su similitud y equivalencia con los tipos penales de los diferentes Estados. En realidad, puede afirmarse que el uso de ambos términos a la vez es esencialmente tautológico (118).

(116) Pues son bien conocidas, a través de los diversos medios de comunicación, las características y las dimensiones que suelen tener los espacios elegidos por los miembros de ese grupo terrorista para retener a sus víctimas durante meses. Con ocasión del término de cada uno de esos secuestros, sale a la luz pública la información relativa, no sólo al carácter siempre cerrado del lugar de la detención, sino también a las medidas del mismo, que no suelen alcanzar tan siquiera los dos metros de alto por dos de ancho.

(117) Sobre los hechos, puede consultarse *Keesing's Contemporary Archives*, 1990, pp. 37692-37697 y pp. 37758-37760 y «Chronique des faits internationaux», *RGDIP*, 1994-4, pp. 1091-1096 (para los supuestos de toma de rehenes durante el conflicto del golfo Pérsico) y «Chronique...», *RGDIP*, 1994-2, pp. 467 y 468; *ibidem*, 1994-4, pp. 957-959; *ibidem*, 1995-1, pp. 100 y 101; *ibidem*, 1995-3, pp. 687 y 688 (para los casos de rehenes en Bosnia-Herzegovina).

(118) Sobre ello, *vid.* LAMBERT, J. J., *Terrorism and hostages in International Law*, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1990, p. 81.

El concepto de detención que aparece en la Convención-internacional contra la toma de rehenes es similar al que responde a igual término en el orden jurídico de nuestro país (119). Del mismo modo puede decirse que el concepto convencional de «apoderamiento» se acerca más al español de «aprehensión», en el significado que, como hemos visto páginas atrás, le atribuye la doctrina. Aunque a nuestro parecer el concepto de aprehensión no forma parte integrante del tipo penal de la detención ilegal (120), no olvidamos que en la práctica habitualmente tiene lugar en los momentos iniciales de toda detención.

B.2 *El secuestro y los tipos cualificados de la detención ilegal y del secuestro*

B.2.1 El tipo cualificado de la detención ilegal contenido en el artículo 163.3

El primer tipo cualificado de la detención ilegal se encuentra recogido en el artículo 163.3, cuyo tenor literal del primero es el siguiente:

«Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días».

Esta agravación (contenida antes de la reforma en el párrafo 2.º del artículo 481) es también digna de mención en cuanto concurre en muchas de las detenciones o secuestros protagonizados por grupos terroristas. La detención ha de mantenerse por más de quince días y el cómputo de ese plazo ha de iniciarse desde el mismo momento en que se produce la privación de libertad (121). Se trata, en definitiva, de

(119) También en la versión inglesa está dotado del mismo sentido. Jurídicamente, «detain» significa detener, privar de libertad. Significado al que además suele atribuírsele un carácter de una mínima extensión en el tiempo, con un significado de retención; cfr., por ejemplo, ALCARAZ VARÓ, E., y HUGHES, B., *Diccionario de términos jurídicos. Inglés-Español/Spanish-English*, Ariel Derecho, Barcelona 1994. Lo cual, se comprueba fácilmente al revisar los textos anglosajones de legislación comparada, que veremos *infra*.

(120) Por el contrario, como hemos visto *supra*, para algunos penalistas sí es inherente a la conducta típica del delito.

(121) Puede señalarse que antes de la penúltima modificación habida a este respecto la disposición correspondiente a este apartado requería para su aplicación que el encierro o detención se hubiera prolongado más de veinte días.

Para algún desarrollo sobre esta cualificación pueden verse ORTS BERENGUER, E., «Detenciones ilegales cualificadas», *Comentarios a la Legislación Penal*, Dir. M. Cobo del Rosal, Tomo II, El Derecho Penal del Estado Democrático, EDERSA, Madrid 1983, pp. 405-425; p. 409; CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en

una figura cualificada paralela a otra privilegiada que se contiene en el párrafo 2.º del mismo artículo (122), según la cual se atenúa la pena en aquellos casos en que se haya producido la liberación de la víctima dentro de los tres días siguientes a su detención, con los requisitos que se estipulan en el artículo de referencia (123).

Es oportuno traer en este punto la reseña de un debate desarrollado durante los trabajos de redacción en el seno del Comité *Ad Hoc* para la elaboración de la Convención internacional contra la toma de rehenes. Allí, se formuló por parte del delegado francés una propuesta formal para incluir la previsión de una aminoración de la penas en todos los casos en que se produjera una liberación voluntaria de los rehenes (124). La propuesta obtuvo el beneplácito de una sola delegación: la chilena (125). La desaprobación por parte de los demás Estados no se hizo esperar. El rechazo se motivaba principalmente sobre cuatro órdenes de razones. En primer lugar, se hacía referencia a las complicaciones inherentes a la labor de determinar en cada caso si la puesta en libertad se produce verdaderamente de modo voluntario o no (126). En segundo lugar, se incidía en las dificultades jurídicas y prácticas que una causa legal de atenuación de este tipo traería consigo al imponer límites de actuación a los tribunales de cada país (127). En tercer lugar, se sostenía que una previsión como aqué-

VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 734 y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 311.

(122) Transcrito *supra*.

(123) Esto es, además, según la legislación vigente, que el autor del delito no haya logrado el objeto que se había propuesto. En la normativa anterior, de conformidad con el párrafo 3.º del artículo 480 se exigía a la vez que no hubiese comenzado el procedimiento.

(124) *Vid.* Documento A/AC. 188/L.8; *Informe del Comité Ad Hoc para la elaboración de una Convención internacional contra la toma de rehenes*, A/32/39, p. 55, párr. 19 y 2.º *Informe del Comité Ad Hoc para la elaboración de una Convención internacional contra la toma de rehenes*, A/33/39, p. 29, párr. 24.

(125) *Vid.* el razonamiento, a nuestro juicio, un tanto ilógico, del Sr. Rios Marimon, en 2.º *Informe del Comité Ad Hoc...*, *loc. cit.*, p. 33, párr. 46.

(126) *Vid.* la motivación que el representante del Reino Unido ofrecía para fundamentar su oposición. Este representante proponía como ejemplo «una liberación de rehenes que sea resultado de negociaciones y ofrecimientos», añadiendo que «no puede considerarse como un acto verdaderamente voluntario»; 2.º *Informe del Comité Ad Hoc...*, *loc. cit.*, p. 30, párr. 29. *Vid.* también las opiniones contrarias de los delegados de Holanda y Canadá en 2.º *Informe del Comité Ad Hoc...*, *loc. cit.*, p. 81, párr. 39 e *ibidem*, pp. 30 y 31, párr. 32, respectivamente.

(127) Opinaban así, siendo partidarios, por tanto, de omitir toda referencia que pudiera ir en menoscabo de la discrecionalidad judicial, los representantes de los mismos Estados que a la vez recurrían a la defensa del argumento anterior; cfr. *supra*, *ibidem*.

lla podía considerarse implícitamente recogida en otras disposiciones de la Convención, como por ejemplo en el artículo 3.1. (128). Y, por último, se recurría al peligro latente que encerrarían este tipo de disposiciones, que podrían estimular, en lugar de hacer disminuir, la comisión de delitos de toma de rehenes (129).

Finalmente, no se llegó a introducir en la Convención ninguna referencia al respecto, a pesar de que varios Estados llegaron a adoptar posiciones más matizadas que al principio. Pero no nos deja de causar extrañeza que después de la acumulación generada durante los trabajos preparatorios convencionales de tantos y tan variados argumentos para desechar la inclusión de tal disposición comprobemos más tarde que la misma no sólo se contiene en la legislación española, sino también en muchos de los textos legislativos de Derecho comparado (130).

Paralelamente, la prolongación en el tiempo de la situación de detención ilegal o secuestro opera, a su vez, como un motivo legal de

(128) Ésta era la opinión mantenida en una de sus intervenciones por el representante estadounidense; cfr. 2.º *Informe del Comité Ad Hoc...*, *loc. cit.*, p. 35, párr. 56. El artículo 3 de la Convención concede al Estado parte en cuyo territorio se encuentren detenidos los rehenes discrecionalidad para adoptar todas las medidas que considere apropiadas a fin de mejorar la situación de las víctimas y asegurar su liberación.

(129) *Vid.*, por ejemplo, las intervenciones de los representantes de Kenia y de Túnez, respectivamente en 2.º *Informe del Comité Ad Hoc...*, *loc. cit.*, p. 32, párr. 38 y en la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Doc. A/C.6/33/SR.50, p. 9, párr. 38.

(130) En efecto, se puede comprobar como es común a una gran parte de las legislaciones contar con una previsión de atenuación de las penas para los casos de liberación voluntaria de los detenidos en un plazo determinado. La aminoración de la pena es, por ejemplo, especialmente radical en la legislación mejicana, en donde se dispone que «si espontáneamente se pone en libertad a la persona antes de tres días y sin causar ningún perjuicio», aunque estuviera detenida en calidad de rehén e incluso aunque hubiera mediado amenaza de muerte o de lesión, se impondrá la pena correspondiente a la privación de libertad básica, esto es, pena de un mes a tres años de prisión. (cfr. artículos 364 y 366 del Código penal). También el Código penal colombiano establece una fuerte suavización de la pena. La liberación voluntaria de la víctima del secuestro extorsivo dentro de los quince días siguientes al secuestro, sin haber logrado la satisfacción de ninguna de las condiciones impuestas, es causa de atenuación de la pena, que se disminuirá hasta en la mitad (cfr. artículo 271). Sin embargo, se excluye expresamente la posibilidad de aplicar tal atenuación cuando se «presione la obtención de lo exigido con amenazas de muerte o lesión al secuestrado» (cfr. artículos 270 y 271). Asimismo, según el Código penal de Panamá la pena se reducirá de la mitad a las dos terceras partes, si el autor libera espontáneamente a la víctima en un plazo indeterminado, siempre que no se haya iniciado el procedimiento, no se haya causado daños a la víctima y sin que se hubiese alcanzado el objeto propuesto (cfr. artículo 154). También según el Código penal francés, la pena de reclusión perpetua se rebajará a reclusión de 10 a 20 años si la persona «arrête, détenué ou séquestrée comme otage pour répondre de l'exécution d'un ordre ou d'une condition, est libérée volontairement avant le cinquième

agravación de la pena en otras disposiciones internas de los Estados. Así, si la privación de libertad del secuestrado se prolonga durante más de treinta días, según el Código penal colombiano la pena aumentará hasta en la mitad (131).

B.2.2 El nuevo tipo penal de secuestro

Por su parte, el tipo penal de nueva creación de secuestro se establece en el artículo 164:

«El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiere dado la circunstancia del artículo 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del artículo 163.2.»

El núcleo del texto de estos dos nuevos preceptos –artículos 163.3 y 164– proviene del anterior artículo 481, el cual había sido introducido en el Código penal a través de la denominada «ley antiterroris-

jour accompli depuis celui de l'arrestation, détention ou séquestration sans que l'ordre ou la condition ait été exécuté» (cfr. artículo 343).

Es interesante a este respecto el debate que tuvo lugar en Japón con ocasión de la adopción de las dos Leyes de 1987 que preparaban la aplicación en el país de la Convención contra la toma de rehenes y de la Convención de Nueva York (Japón ratificó ambas Convenciones el 8 de junio de 1987; cfr. *Traité Multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Général. Etat au 31 décembre 1993*, Nations Unies, New York, 1994, pp. 676 y 84, respectivamente). Nos parece curioso a primera vista el hecho de que, aunque en el Código penal japonés se mantenga una cláusula de mitigación de las penas para los delitos comunes de *secuestro*, sin embargo no se haya incluido ninguna disposición similar para los casos de *toma de rehenes* tipificados por la Ley de 1987 en aplicación de la normativa convencional. Fueron varias las razones aducidas para no incluir un precepto de aquel tipo –opción que finalmente prevaleció–, entre las que cabe destacar aquella que negaba la necesidad de tal medida sobre la base de las principales diferencias entre los delitos de secuestro y de toma de rehenes: «in usual hostage-taking cases, hostage-takers would confine themselves with the hostages in some identified or easily identifiable places and from there send to third parties. Hence the hostages' whereabouts and conditions would be easily known to the authorities, mitigating the need of such measures in comparison with kidnapping cases. Furthermore, the release of hostages could possibly be achieved by other measures such as persuasion or arrest of hostage-takers»; en ITOH, K., «The 1987 Penal Code and other special criminal Laws amendments Laws: a response to the two U.N. Conventions against international terrorism», *The Japanese Annual of International Law*, Number 32, 1989, pp. 18-33; pp. 28, 32 y 33.

(131) Cfr. artículos 268 y 279.3.^a

Del mismo modo, si la misma durara más de un mes, de conformidad con el Código penal argentino, la pena a imponer será siempre la correspondiente a los delitos de privación de libertad agravada (prisión o reclusión de 2 a 6 años); cfr. artículo 142.

ta» (132), que vino así a conectar las cualificaciones que en aquél se recogían con el anterior tipo básico de la detención ilegal, que figuraba en la disposición precedente.

Nos parece imprescindible, en todo caso, hacer una reseña de esta novedad importante introducida en virtud de la última reforma del Código Penal. Pues, por primera vez, siguiendo en este punto el contenido de los frustrados Anteproyecto y Proyecto de Código Penal de 1992, y al Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994 (133) se dedica un Capítulo (el I) del Título dedicado a los delitos contra la libertad (el VI) a las detenciones ilegales y secuestros. Así, es de destacar que se recoge en un tipo penal autónomo y se emplea, como una novedad con respecto a la normativa penal anterior, el *nomen iuris* del secuestro (134), pretendiendo dotar de valor jurídico a un término ya consagrado en el nivel periodístico y de los medios de comunicación en general, así como también en la legislación penal comparada.

De la situación originada con la nueva previsión del delito de secuestro son, en nuestra opinión, dos los puntos inicialmente más significativos a tener en cuenta al desaparecer como tal el anterior artículo 481. Por una parte, en vez de contemplarse expresamente la exigencia de *rescate* y la imposición de una *condición* como se hacía hasta el momento, se prevé tan sólo el establecimiento de una condición de modo genérico, dentro de la cual, por supuesto, habrá de entenderse incluida la exigencia de un rescate (135). Y, por otra parte,

(132) Ley 82/1978 de 28 de diciembre de modificación del Código penal en materia de terrorismo.

Algún estudioso de los tipos agravados incluidos en este artículo 481 ha venido a decir que esas cualificaciones rebasan sobradamente el lema de la Ley de 1978 que las insertó en el texto del Código Penal, en cuanto que indudablemente también son de aplicación en casos que para nada están relacionados con actividades terroristas; cfr. ORTS BERENGUER, *loc. cit.*, p. 405.

(133) *Vid.* Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, 1994, *loc. cit.*, p. 26, artículo 160.

(134) A ello ya hacía referencia GARCÍA VALDÉS, C. con referencia al Proyecto de 1992 en *El Proyecto de nuevo Código penal. Dos estudios de Parte Especial*, Tecnos, Madrid 1992, p. 29.

(135) Efectivamente, la anterior disposición contemplaba ambos elementos de modo dependiente. Según el texto completo de la disposición recientemente derogada:

«El delito previsto en el artículo anterior será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo a reclusión menor en su grado medio, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurriese el culpable:

- 1.º Si se hubiere exigido rescate o impuesto cualquier otra condición, o fuere consecutivo a un delito contra la propiedad.
- 2.º Si el encierro o detención hubieren durado más de quince días.
- 3.º Si se hubiere ejecutado con simulación de funciones públicas.»

en vez de concebirse, como hasta ahora, la imposición de una condición como una agravación o cualificación del delito de detención ilegal, con la regulación recién estrenada será considerada como integrante o como un elemento de un tipo penal autónomo e independiente de las detenciones ilegales: el secuestro.

Aunque la previsión de la solicitud de rescate ahora derogada existía con bastante anterioridad (concebida como una agravación de la detención ilegal) (136), la referencia a la imposición de cualquier otra condición es relativamente reciente, en la medida en que vino a incorporarse por obra de la citada Ley «antiterrorista» de 1978. La ampliación de tal supuesto fue objeto en su día de alguna –merecida– alabanza de nuestra doctrina penalista porque «aquí, lo mismo que en los delitos de amenazas y coacciones, el Código respondía a concepciones decimonónicas que no imaginaban, por ejemplo, una detención ilegal que no fuera para exigir una cantidad de dinero, cuando el estado actual pone de manifiesto múltiples detenciones ilegales, secuestros en la terminología periodística, que no persiguen un lucro personal, sino conseguir, por ejemplo, (...) que se ponga en libertad a delincuentes o, pura y simplemente, facilitar la ulterior comisión de otros delitos infundiendo temor a sectores o grupos sociales específicos» (137). Lo cierto, es que en la previsión finalmente redactada de la imposición de una condición es posible ver la proyección del carácter de la Ley que en su momento inició su inclusión (138). A nosotros, evidentemente, también nos parece un notable progreso el que se haya admitido expresamente la aplicación de las últimas y sucesivas disposiciones sobre la materia a todos aquellos casos en que la condición impuesta no consistiera en el pago de un rescate.

(136) Por rescate debía y debe entenderse no sólo una cantidad de dinero, aunque es el caso más común en nuestra práctica nacional, sino también cualquier otro bien de naturaleza patrimonial; cfr. ORTS BERENGUER, E., *loc. cit.*, p. 407, y CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 733.

(137) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 310 y 311.

(138) No se puede olvidar el marcado carácter antiterrorista de la citada Ley de 1978. Como dice Orts Berenguer, «es probable que el legislador estuviera pensando, al redactar este precepto, en los secuestros practicados por grupos terroristas, que, en lugar de exigir una fuerte suma monetaria, reclaman la liberación de correligionarios detenidos por la autoridad competente o que determinada empresa acceda a las peticiones de sus obreros, etc.» Y el mismo autor añade que aunque estas acciones caerían naturalmente dentro de la ley, «(...) cuando la exigencia sea de índole nimia y extravagante, parece que no debería entrar en juego la figura agravada del artículo 481 [ahora, la figura específica de secuestro, de conformidad con el artículo 164], que debe permanecer reservada para exigencias de importancia»; *loc. cit.*, p. 407.

Por otra parte, podría añadirse que la evolución producida en este punto a través, primero, del artículo 481 y, después, del actual artículo 164 ha permitido que nuestra normativa penal haya ido aproximándose cada vez más a la contenida en el artículo 1 de la Convención contra la toma de rehenes. Como es sabido, para que se cometa el delito de toma de rehenes en el sentido de la Convención de 1979 es necesario que la conducta típica se lleve a cabo «a fin de obligar a un tercero (...) a una acción u omisión como condición explícita o implícita para la liberación del rehén». Si indudablemente un elemento coactivo análogo estaba presente en la detención ilegal calificada del artículo 481, con la nueva redacción establecida en el artículo 164 tal vez se haya logrado una mayor similitud con el tipo penal internacional, al emplearse una redacción más genérica y referirse sólo a la exigencia de una condición, a pesar de que no se incorpore el matiz diferenciador presente en el tipo internacional, que acoge expresamente la posibilidad de que se impongan condiciones implícitas.

Sin embargo, la ausencia de una precisión en el propio tipo penal sobre la posibilidad de que un requerimiento implícito encaje en el mismo ha generado elucubraciones doctrinales al respecto. En este sentido, parece pertinente señalar que las principales dudas que fundamentalmente ha suscitado la exigencia concreta del rescate se centran en si la reclamación del mismo debía hacerse de forma expresamente condicional, es decir, de modo que se hiciera depender la liberación de la persona detenida de su cumplimiento. En efecto, puede darse una aparente incertidumbre motivada por la supresión de la expresión condicional que formalmente contenía la disposición correspondiente antes de su modificación por la Ley de 1978: «si se hubiere exigido rescate para ponerla en libertad». Lo cual, lógicamente, ha provocado que algún autor se plantee interrogantes sobre los efectos de tal desaparición: «¿Debe pensarse que ahora no es necesario que se supedita la liberación del detenido a la percepción del rescate fijado? (...) ¿puede darse la figura agravada del número primero del artículo 481, [esto es, el delito de secuestro según el actual artículo 164] aunque la solicitud de un rescate no sea a cambio de la puesta en libertad?» (139). Todo hace pensar que así es. Aunque lo normal es que la satisfacción del rescate exigido o de cualquier otra condición se plantee como una *conditio sine qua non* de la liberación, no tiene por que hacerse así de modo expreso. Lógicamente, en nuestra opinión, se sobreentiende que en el término español de *condición* también se da cabida a las dos alternativas, sobre todo dado su carácter neutro y

(139) ORTS BERENGUER, E., *loc. cit.*, pp. 406 y 407.

carente de matices (140). Otra razón nos hace abundar en este argumento: el velar por la mayor armonización posible entre la ordenación española y la internacional en la materia. Como ya se sabe, el artículo 1 de la Convención contra la toma de rehenes no exige que la verificación del rescate aparezca como condición expresa (141).

Otro elemento típico de la conducta del delito internacional de toma de rehenes es la necesaria concurrencia de una amenaza de matar, herir o mantener detenida a la víctima del delito. En la legislación española vigente no es posible hallar una referencia específica a un elemento análogo, como tampoco en la regulación recientemente derogada. Sin embargo, con anterioridad a la Ley «antiterrorista» española de 1978 se hacía una referencia específica a la amenaza de muerte como motivo de agravación de la figura básica de la detención ilegal (142). Su desaparición ha sido causa de alguna muy razonable reacción de sorpresa y crítica en la doctrina penalista, que nosotros compartimos (143). No obstante, aunque aquellas amenazas no se integren de forma explícita en el tipo penal español de secuestro, la

(140) Por otra parte, hay que decir que la doctrina ha sido unánime al apuntar que tanto en los supuestos de exigencia de rescate como en los de imposición de una condición, por supuesto, no es necesaria la consecución del rescate o de la condición establecida para la aplicación del tipo especial agravado contenido hasta la última reforma en el párrafo 1.º del artículo 481. A su vez, tampoco se han manifestado discrepancias doctrinales a la hora de afirmar que es indiferente que la condición o el rescate haya sido exigido o no por el autor del delito o en su favor. Basta con que exista un vínculo entre la condición o el rescate y la posible liberación de la persona detenida; cfr. ORTS BERENGUER, E., *loc. cit.*, pp. 407 y 498 y CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 733.

(141) Aunque evidentemente no entraría ni en el concepto de rescate ni en el de condición no expresa alguna hipótesis que plantea Orts Berenguer, como la exigencia de «una cantidad de dinero, por parte de los secuestradores, para adquirir determinados productos farmacológicos que es imprescindible suministrar al detenido»; *loc. cit.*, p. 407. Tampoco tendría cabida la exigencia del «dinero necesario para la manutención o para la proporción de (...) otro tipo de necesidades del detenido»; CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 733, pues como afirman los mismos autores «Obviamente, la exigencia de rescate ha de ser lo suficientemente significativa, debiendo descartarse la aplicación del tipo agravado en los supuestos en que se trata de nimiedades (...)».

(142) Concretamente, el párrafo 3.º del artículo correspondiente al antiguo artículo 481 disponía una figura agravada «si se hubieren causado lesiones graves a la persona encerrada o detenida o se la hubiera amenazado de muerte».

(143) «(...) pues si la del rigor parece haber sido la tónica imperante en la reforma, no se explica que, de los distintos números de que constaba el antiguo artículo 481, se haya elegido para la poda precisamente uno de los motivos que mejor justificaba la especial cualificación, con aquella redacción o con una nueva que contemplara los malos tratos, las incomodidades, las privaciones, las amenazas de que hubiera sido objeto el detenido»; ORTS BERENGUER, E., *loc. cit.*, pp. 411 y 412.

doctrina penalista interna reconoce de un modo realmente pacífico que la violencia, la fuerza física o la amenaza de la misma que recae directamente sobre la víctima o sobre las cosas constituye un medio idóneo para la comisión del delito de detención ilegal (144). Por otra parte, creemos que puede añadirse que, al menos, la amenaza de mantener detenida a la víctima sí forma parte integrante implícitamente del propio tipo penal nuevo de secuestro (al igual que también lo estimábamos en relación con la anterior detención cualificada bajo condición o rescate), debido a que de su cumplimiento se hace depender la liberación de la persona y, por tanto, el cese de la detención. Por tanto, se hallaría también este elemento en nuestra legislación interna, el cual, sin embargo, es requerido en la regulación internacional convencional contra la toma de rehenes de modo explícito.

B.3 *La participación en el delito de detención ilegal y de secuestro*

La participación en el delito de detención ilegal se tipificaba hasta la última reforma que ha entrado en vigor en 1996 como un delito autónomo en el párrafo segundo del artículo 480 del Código

(144) *Vid.*, sobre todo, MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, pp. 117-121.

En esta dirección, es digna de mención otra disposición singular cualificada que prevé nuestro Derecho penal vigente y que se tipifica en el artículo 166 del Código. Aunque la misma, en verdad, está lejos también de castigar amenazas de muerte, de lesiones o de continuar con la detención (de modo que lograra encajar en el tipo penal internacional de la Convención contra la toma de rehenes) puede tener con ellas una lejana relación, en cuanto:

«El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad.»

La disposición inmediatamente anterior a ésta, contenida en el antiguo artículo 483 (que ha sido utilizada, por ejemplo, como base para la condena de los procesados en el caso *el Nani*) y que imponía la pena de reclusión mayor ha desatado los más acérrimos reproches acerca de su carácter de *delito de sospecha* y de su consiguiente presunta inconstitucionalidad por vulnerar los principios de presunción de inocencia y de culpabilidad (en cuanto se tipifican dos omisiones: no dar razón del paradero de la persona detenida ilegalmente o secuestrada o no acreditar haberla dejado en libertad). En contra de su carácter constitucional, pueden consultarse MARTÍN PALLÍN, «Desaparición forzada de personas: de la sospecha al reproche penal», *Actualidad Penal*, n.º 19, mayo, 1989; RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Posible inconstitucionalidad del artículo 483 del Código penal», *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián 1989, pp. 883-894, y QUERALT, J. J., *op. cit.*, p. 133; a favor de su constitucionalidad, véase GIMBERNAT ORDEIG, E., «El delito de detención ilegal con desaparición forzada», *Estudios Penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, 1989, pp. 361-363.

Penal. Según su enunciado se castigaba con igual pena a quien cometiese el delito de detención ilegal y al que proporcionase el lugar para la ejecución del mismo (145). Hemos de decir, de todas formas, que aunque esta disposición había sido introducida en 1978 para hacer frente a actividades terroristas, sus posibilidades de aplicación eran virtualmente muy improbables. Como sabemos, en 1988 se estableció frente a esa figura común una nueva agravada y de aplicación preferente, tipificada en el artículo 174 bis, a). Está claro entonces que, cuando concurrían una serie de condiciones vistas, la conducta de referencia constituía un delito de colaboración con organización terrorista.

Debido seguramente, pues, a la percepción de que, en realidad, aquella disposición resultaba innecesaria, ni el Anteproyecto y Proyecto de 1992 ni el Proyecto de reforma de 1994 se ocuparon de la misma. De este modo, en la regulación actual del artículo 163, que como ya es sabido establece el tipo básico de la detención ilegal, ha desaparecido cualquier referencia a los actos de participación. Tampoco en el resto del articulado destinado a regular las detenciones ilegales y secuestros se encuentra ninguna alusión a los mencionados actos. Por ello, según la regulación actual, como hemos visto de conformidad con el párrafo 2 del artículo 576, la construcción y la cesión de alojamientos, entre otras conductas, constituyen actos de colaboración con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, cuando

(145) Son muchas las cuestiones que esta disposición venía suscitando desde un punto de vista meramente interno entre los penalistas; en dichas cuestiones, como es obvio, nosotros no podemos entrar. Simplemente queremos dejar constancia de que existía una discusión doctrinal en torno a si la acción de proporcionar el lugar de ejecución del delito se trataba de un acto de cooperación necesaria o de complicidad. Consistía en un acto de participación de este tipo para un importante sector doctrinal. Muñoz Conde, por ejemplo, lo calificaba de «superfluo, pues en realidad se trata de un caso especial de participación sujeto a las reglas generales de la accesoriedad y por tanto punible por el artículo 14»; *op. cit.*, pp. 152 y 153; el mismo adjetivo utilizaban Rodríguez Devesa y Serrano Gómez para referirse al precepto, al estimar «que suprimido se llegaría a la misma conclusión con arreglo al número 3.º del artículo 14» («los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado»); *op. cit.*, p. 308. Con un significado de acto de complicidad parecían entenderlo Carbonell y González Cussac, al defender la coherencia de la disposición cuando insistían en que el carácter necesario de la cooperación implicaba que el delito no se hubiera realizado sin la misma y que «no es descartable que la detención ilegal se hubiera producido aun sin contar con la proporción del lugar para la ejecución del delito»; *op. cit.*, p. 731). Sin embargo, nosotros estimamos que este debate y los problemas de interpretación no impedían reconocer, de acuerdo con MUÑOZ SÁNCHEZ, que el legislador había decidido incluir en aquel precepto «tanto la complicidad como la cooperación necesaria»; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 239.

se cumplen los condicionamientos estipulados en el párrafo primero de la misma disposición (146).

Si en el ordenamiento jurídico interno se ha asumido el trascendente papel que los actos de colaboración o de participación desempeñan en la consecución de los objetivos terroristas y se ha legislado en consecuencia, el mismo reconocimiento y reacción tenía que producirse con mayor razón en el ordenamiento jurídico internacional. El éxito de muchos de los incidentes internacionales de toma de rehenes descansa por completo en el apoyo y asistencia fundamental recibida de personas, grupos y organizaciones afines que tienen sus bases de operaciones o actúan en más de un Estado (147). De todo lo cual, como no podía ser menos, ha tomado conciencia el legislador internacional.

Por ello, lo que sí es de nuestra incumbencia ahora es comprobar el grado de correspondencia de la legislación española en esta materia con la Convención contra la toma de rehenes en cuanto la misma considera, en el apartado b) del párrafo 2 de su artículo 1, la participación «como cómplice» en el delito de toma de rehenes como un delito autónomo.

La previsión convencional de 1979 aparece redactada desde luego de forma taxativa. Una interpretación literal de la misma provocaría una infundada restricción de su ámbito de aplicación. Sin embargo, creemos que nada estaba más lejos de la intención de los redactores de la Convención contra la toma de rehenes que limitar la aplicación de tal disposición a la complicidad como única forma a considerar de participación en el delito. Ello se demuestra con la explicación que hizo el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión durante el último período de sesiones, a fin de aclarar qué era lo que debía entenderse por tal inciso según una interpretación acordada entre todas las delegaciones durante el desarrollo de los trabajos. Según aquélla:

«el concepto de participar como cómplice tiene por objeto abarcar el auxilio, la incitación, la conspiración u otras formas de complicidad o encubrimiento» (148).

(146) *Vid.*, *supra*, apartado A.2.

(147) En un sentido similar puede verse LAMBERT, J. J., *op. cit.*, p. 92.

(148) *A/C.6/34/SR.53*, p. 8, párr. 19.

Hay que decir que también las Convenciones de La Haya, Montreal y Nueva York establecen la complicidad como delito independiente. De ahí que nos parezca de gran apoyo el pronunciamiento que la Comisión de Derecho Internacional había realizado al respecto en su comentario al Proyecto de artículos de la Convención de

No puede estar más claro, entonces, en nuestra opinión, que la Convención contra la toma de rehenes cubre sobradamente todas las formas de participación conocidas por nuestro Derecho vigente (149).

B.4 *La reciente supresión del tipo penal de los actos preparatorios de la detención ilegal*

La ya varias veces citada Ley de 1978, además de modificar las detenciones ilegales calificadas del artículo 481, vino a añadir un nuevo artículo 481 bis. Este artículo convertía en delitos, hasta la última reforma del Código penal, conductas o acciones meramente preparatorias de delitos de detenciones ilegales. En este sentido, la doctrina era unánime cuando declaraba que de no existir el precepto tales acciones serían impunes (150). Este precepto aportaba entonces tres nuevos delitos (151). Con la introducción de este artículo la Ley

Nueva York. En dicha ocasión, había dado por zanjada la cuestión evitando cualquier posible debate, al expresar que «la amenaza, la tentativa y la *complicidad* son perfectamente definidos en la mayoría de los sistemas de Derecho penal y, por consiguiente, no exigen explicación detallada alguna en el contexto del presente proyecto»; *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Volumen II, 1972, p. 345, apartado 6) (la cursiva es añadida).

Es inexcusable señalar que la Convención de Roma de 1988 introdujo una primicia en esta materia en la medida en que, además de tipificar la complicidad, hace figurar como delito autónomo junto a la misma, la *inducción* «a cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1, perpetrados por cualquier persona» [artículo 3.2.b)].

(149) Disentimos por ello con la opinión expresada en este punto por RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO. Este autor, al referirse a la tipificación de la tentativa y participación en la Convención contra la toma de rehenes en relación con la legislación ya derogada, manifiesta que «en este caso quedarían fuera del ámbito de aplicación del Convenio alguno de los actos de colaboración tipificados en el artículo 174 bis, a), del Código penal español [actual artículo 576]»; *loc. cit.*, p. 173; *vid.*, también, *ibidem*, p. 174.

(150) *Vid.* ORTS BERENGUER, E., «Conductas relativas al acondicionamiento, construcción y tenencia de lugares a propósito para cometer el delito de detenciones ilegales», *Comentarios a la Legislación Penal*, Dir. M. Cobo del Rosal, Tomo II, El Derecho Penal del Estado Democrático, EDESA, Madrid 1983, pp. 427-434; p. 427; POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, p. 228; CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES..., *op. cit.*, p. 736 y MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 248.

(151) Según el texto de este artículo 481 bis:

« El que construyere o acondicionare lugares con el propósito de cometer el delito a que se refiere el artículo 480 será castigado con la pena de prisión menor.

Igualmente será castigado con la pena de prisión menor el que construyere o acondicionare lugares con el propósito de proporcionarlos a otros para la comisión del delito a que se refiere el artículo 480.

El que por cualquier título tuviere a su disposición los lugares a que se refieren los párrafos anteriores, si no lo pusiere en conocimiento de las autoridades en el término más breve posible desde el momento de su adquisición, será castigado con la pena de arresto mayor.»

de 1978 pretendió hacer frente a la manifestación de conductas, ya frecuentes en aquellos momentos, de construcción, acondicionamiento y tenencia de lugares para ser utilizados en la ejecución de delitos de detenciones ilegales. Se trataba de tipificar las denominadas «cárceles del pueblo» (152).

(152) En el párrafo primero de esta disposición se tipificaba la acción de construir o acondicionar lugares con el propósito de cometer el delito de detención ilegal. Tal acción típica constituía un acto genuinamente preparatorio, pues era imprescindible según el tenor literal que quien cometía la acción descrita tuviera al mismo tiempo la intención de cometer el delito de detención ilegal sirviéndose del mismo lugar (con las acciones de construir y acondicionar se acogía tanto «la obra de nueva planta» como «la preparación de la ya existente»; cfr. ORTS BERENGUER, E., «Conductas...», *loc. cit.*, p. 429. Además, hay que entender que era indiferente que la ejecución material de las acciones de construir o acondicionar fuera o no realizada por el sujeto activo del delito; pues seguía existiendo autoría directa aunque se encargara, por ejemplo, a un albañil que desconociera la finalidad de la obra; cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 251). Respecto al lugar que se construyera o acondicionara, se ha dicho que debía ser un espacio de alguna manera cerrado (cfr. ORTS BERENGUER, E., «Conductas...», *loc. cit.*, pp. 429 y 430. Este autor sostenía tal consideración en la medida en que «la idea subyacente en este apartado 1.º del artículo 481 bis es la de castigar a quien dispone de un lugar de difícil localización, en el que retener a una persona, de suerte que ni pueda escapar ni recibir ayuda». Asimismo añadía que «así, no cometería este delito el que clavara una estaca en el campo, para luego atar a ella a su víctima y abandonarla así, que obviamente sería una acción de detener»). Sin embargo, a nosotros nos convenía más otra opinión doctrinal, según la cual se requeriría sólo de «un lugar determinado en el espacio y preparado para que a la víctima no le sea fácil abandonarlo»; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 251. Aceptar la primera opinión provocaría, además de una contradicción con el concepto amplio de encierro que hemos acogido, la imposibilidad de aplicación de este tipo a los actos preparatorios de cualquier detención o privación de libertad ilegal que desbordara una situación típica y estricta de encierro. Y, desde luego, nos parece inadmisibles que el legislador así lo quisiera. Por otra parte, no hay que olvidar que el tenor literal de la disposición se refería al tipo genérico de la detención ilegal: «el delito a que se refiere el artículo 480».

En todo caso, debe llamarse la atención sobre la necesidad de que concurriera un elemento subjetivo del injusto: «el propósito de cometer el delito», lo cual decidía que se tratase de un delito mutilado en dos actos. Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 251. El primero venía constituido por la acción de construir o acondicionar un lugar; el segundo consistía en que tal acción debía llevarse a cabo con la finalidad de detener ilegalmente a otro. Obviamente, no era preciso para la consumación del delito el que el propósito que constituía el segundo acto típico se materializase.

En el párrafo segundo del artículo 481 bis se contenía el tipo de otros actos preparatorios, que en realidad podrían considerarse de «precomplicidad» (este término es el utilizado por CARBONELL, J. C., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES..., *op. cit.*, p. 736. ya que, aunque lo que se castigaba era también la construcción o acondicionamiento de lugares, aquí, esas acciones debían realizarse con la intención de proporcionar aquéllos a otro para la comisión del delito de detención ilegal. Es fácil ver de nuevo la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto: «el propósito de proporcionarlos a otros para la comisión del delito»; el cual también tenía el efecto de carac-

El Derecho español en esta materia desbordaba sin lugar a dudas los planteamientos de la Convención contra la toma de rehenes, pues

terizar al delito como mutilado en dos actos. Los dos habían de producirse para la consumación del delito y, por supuesto, aquí tampoco era necesario para la consumación del delito que se proporcionase efectivamente el lugar al tercero ni tampoco, como ha puesto de relieve algún autor, era necesario tan siquiera que el mismo se llegara a ofrecer. Pero las principales dudas que esta disposición ha generado vienen por otro lado. Las discusiones han girado en torno a la delimitación con respecto al párrafo primero del mismo artículo y al párrafo segundo del artículo 480. En relación con la distinción entre los párrafos primero y segundo del artículo 481 bis, debe decirse que la diferencia se situaba en el elemento subjetivo del injusto, puesto que la acción material era idéntica (la construcción o el acondicionamiento). Era pues, el diferente propósito el que demarcaba la línea divisoria entre los dos tipos. Así, de acuerdo con un sector doctrinal, mientras que en el párrafo primero concurría el propósito de actuar como autor, en el párrafo segundo lo hacía el de participar. El primero, entonces, contemplaba actos preparatorios de ejecución y el segundo, de participación en la ejecución del delito; cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 252; ORTS BERENGUER, E., «Conductas...», *loc. cit.*, pp. 431 y 432; POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*, pp. 226 y 227.

Para otra tesis con la que no estamos de acuerdo, según la cual debía existir una desvinculación personal entre los autores de ambos tipos penales, véase RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 312 y 313. Por lo que atañe a la relación entre el artículo 481 bis II y el 480 II, la distinción podía darse por zanjada simplemente con traer a colación el diferente carácter de los actos que en cada uno de ellos se recogía. Dicho de otra forma, en la disposición que estamos examinando se recogían actos preparatorios de participación o, como decíamos al principio de este comentario, actos de precomplicidad; en cambio, en el artículo 480 II se recogían ya actos de participación en el delito de detención ilegal. Por tanto, podía concluirse que «con el artículo 481 bis II se elevan a la categoría de delito actos preparatorios del tipo de participación previsto en el artículo 480 II»; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 253. Otra vez, para una tesis distinta, con la que también discrepamos, véase RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 313. Estos autores condicionaban la aplicación de cualquiera de los tres tipos del artículo 481 bis a que los lugares no se construyesen o acondicionasen —o simplemente no se conociese que estaban contruidos o acondicionados, en el supuesto contemplado en el tercer párrafo— para la detención ilegal de una persona determinada. Puesto que en dicho caso, estimaban que ya existiría un inicio de ejecución, cuando menos del artículo 480 II.

Por último, en el párrafo tercero del artículo 481 bis figuraba el tipo de un delito de omisión. La conducta penalizada consistía en tener a disposición los lugares a que se referían los párrafos precedentes y no ponerlo en conocimiento de las autoridades en el término más breve posible. La doctrina se dividía a la hora de proceder a la caracterización del delito (e incluso un sector minoritario se cuestionaba cuál era el bien jurídico a proteger; de hecho, se ha dicho que en realidad se trataba de una omisión del deber de cooperar en la «averiguación y castigo de los delitos precedentes». Y se ha llegado a propugnar que la sede más apropiada para esta disposición sería el Título de los delitos contra la Administración de Justicia; cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 313). Entre el sector doctrinal mayoritario, el tipo penal se clasificaba alternativamente como un delito de sospecha de colaboración (*vid.* QUERALT, J., *op. cit.*, pp. 145 y 146) o como un acto preparatorio del delito de

tales actos serían impunes en ausencia del derogado artículo 481 bis. De hecho, no hemos encontrado otra disposición similar en la legislación comparada. Tampoco en la normativa internacional convencional. Tanto la Convención de 1979 como las Convenciones de La Haya, Montreal, Nueva York y Roma precisan de un intento de ejecución del delito para que las mismas puedan ser invocadas. En dichas Convenciones se habla de «intento» o de «tentativa». Son conceptos que, a nuestro juicio, no admiten una interpretación tan amplia como para acoger aquellas simples conductas o acondicionamiento de locales con la intención de cometer posteriormente el delito (153). Por ello, no podemos más que considerar como un acierto la reciente eliminación del tipo penal de tales conductas en nuestra normativa interna.

B.5 *La conspiración para cometer el delito de detención ilegal, de secuestro o de terrorismo y la convención contra la toma de rehenes*

Las dudas surgen, no obstante, respecto de los actos de conspiración. A partir de la alusión que a los mismos hizo el Presidente del Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión durante los trabajos de redacción de la Convención contra la toma de rehenes al referirse a la complicidad, puede suscitarse la interrogante sobre si aquel comentario puede ser interpretado como que la conspiración para tomar rehenes es otro delito distinto según la Convención (154). Lo cierto es que ni la Convención contra la toma de rehenes ni tampoco las Convenciones de La Haya, Montreal, Nueva York o Roma incluyen de forma expresa la conspiración como un delito autónomo. Debido a la falta de una previsión expresa al respecto y sobre la base de la afirmación concreta que el Presidente del Grupo de Trabajo efectuó con referen-

detención ilegal (*vid.* ORTS BERENGUER, E., «Conductas...», *loc. cit.*, p. 433; POLAINO NAVARRETE, M., *op. cit.*; MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 255 y CARBONELL, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN..., *op. cit.*, p. 736). Nosotros estamos de acuerdo con la segunda interpretación, entre otras razones, por la ubicación sistemática del precepto. Por tanto, el autor del tipo debía tener el propósito de que las autoridades no descubriesen la existencia de los lugares, para que así se hiciera posible la comisión de una detención ilegal.

(153) Recordemos que también la CDI se había referido a la tentativa como un concepto de sobra conocido por la mayor parte de los ordenamientos jurídico-penales, sin que precisara por tanto ulterior explicación; *vid. supra*, apartado B.3 o el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, Volumen II, 1972, p. 345, apartado 6).

(154) *Vid. supra*, al referirnos a la participación en el delito y, también, LAMBERT, J. J., *op. cit.*, p. 91.

cia a la conspiración se ha propuesto una interpretación según la cual «when an offence of hostage-taking, or attempted hostage-taking, has occurred, those who have acted as conspirators must be considered as accomplices»; concluyendo, sin añadir ningún matiz ni explicación posterior, que «if a Party's laws on participation are not broad enough to include conspirators as accomplices, those laws must be altered accordingly» (155). Esta interpretación nos parece quizá algo desmesurada y, cuando menos, un tanto confusa. Nos merece el primer calificativo en cuanto concede a una frase formulada al hilo de los trabajos preparatorios de la Convención el enorme efecto de convertir en obligatoria la modificación por los Estados de sus leyes internas. Sin dejar de reconocer, por supuesto, la gran trascendencia que los trabajos preparatorios de un tratado tienen como medio complementario para la interpretación del mismo (156) —a los cuales nosotros mismos acudimos con gran frecuencia—, creemos que en este caso en concreto no se puede dotar de ese carácter vinculante a una formulación que no aparece confirmada o desarrollada en ningún otro lugar. La misma interpretación nos parece a la vez un tanto confusa en la medida en que no precisa cómo han de equipararse los conspiradores a los cómplices ¿Quizá, únicamente a efectos de las penas a imponer? Si fuera así, ello debería haberse destacado. O, por el contrario ¿tal equivalencia debe extenderse a cualquier otro efecto? Estimamos que tal hipótesis supondría una intromisión irracional en la ordenación jurídico-penal de cada Estado, sobre todo en cuanto los conceptos de conspiración y complicidad son en sí mismos de naturaleza esencialmente distinta.

Por consiguiente, nosotros atribuimos un efecto mucho más moderado a las palabras del Presidente del Grupo de Trabajo de la Sexta Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el sentido de que el concepto de complicidad que con la Convención contra la toma de rehenes se quiere abarcar no ha de interpretarse restrictivamente, pudiendo abarcar incluso los actos de conspiración. Pero sin que dicha ampliación tenga un carácter obligatorio. Si la intención hubiera sido otra, sin duda alguna se hubiera formulado expresamente (creemos que hubiera constado de forma más categórica en los trabajos preparatorios o al menos se habría dejado constado en ellos un apoyo estatal representativo) como se hizo en la

(155) LAMBERT, J. J., *op. cit.*, *ibidem*.

(156) A tenor del artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980).

Convención de Nueva York, con respecto a la *amenaza* de cometer el delito o en la Convención de Roma, con relación a la *inducción*.

En cualquier caso, la conspiración sí aparece contemplada en la legislación de nuestro país. A pesar de que antes de la última reforma aparecía prevista como punible de modo general la conspiración para delinquir en el artículo 3 del Código penal y de que actualmente sólo se castiga «en los casos especialmente previstos en la Ley» de conformidad con la disposición contenida en el vigente artículo 17.3, el actual artículo 578 tipifica específicamente «la provocación, la conspiración y la proposición» para cometer los delitos previstos en relación con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas (157).

C. Otros delitos que conllevan ataques contra la libertad personal

Parece que el legislador español no se ha preocupado de elaborar normas directamente destinadas a concertar y ajustar su normativa a los restantes Convenios internacionales en los que de alguna manera también se tiene presente, con mayor o menor énfasis, la eventualidad de que se produzca la privación legítima de la libertad personal. Nos referimos a las Convenciones de La Haya, Nueva York y Roma, en las cuales España es parte (158).

C.1 *Los ataques contra la libertad de las personas internacionalmente protegidas*

En el Título XXIV del Libro II del Código penal, que lleva por rúbrica «Delitos contra la comunidad internacional», se incorporan cuatro capítulos, el primero de los cuales se titula «Delitos contra el derecho de gentes». Aunque el encabezamiento pudiera hacer intuir un contenido más amplio y, por tanto, más cercano al de su concepto en el ordenamiento internacional, tal impresión es errónea, pues allí tan sólo encuentran cabida ciertos delitos cometidos contra el «jefe de un Estado extranjero» o contra una «persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España». Así, en dos preceptos, los artículos 605 y 606, se condensa toda la protección concedida a los mencionados representantes extranjeros. Esta regulación ya había sido parcialmente modificada en 1983, pese a que nuestro país tarda-

(157) Pueden verse, en este sentido, las modificaciones producidas en esta línea tipificadora desde la inicial previsión que contenía la Ley Orgánica de Reforma del Código Penal de 1994; *vid. loc. cit.*, artículo 567, p. 77.

(158) *Vid.*, por el mismo orden en que aparecen citadas *supra*, BOE de 15 de enero de 1973; BOE de 7 de febrero de 1986 y BOE de 24 de abril de 1992.

ría todavía dos años más en ratificar la Convención de Nueva York de 1973. Con anterioridad a esa reforma acometida a principios de los años ochenta ya existía una condición de reciprocidad que ha sobrevivido a las dos últimas modificaciones.

Según el párrafo segundo del artículo 606, cuando los delitos comprendidos en los dos preceptos dedicados a la protección no tuvieran prevista una pena recíproca en la legislación del país acreditante de las personas ofendidas, el autor será castigado con la pena que nuestro Código penal impone para dicho delito, con independencia del carácter oficial de la víctima. El requisito de que medie una equivalencia penológica entre las legislaciones de ambos Estados ha motivado alguna reflexión según la cual se concluye, en nuestra opinión acertadamente, que lo que realmente se ha pretendido proteger, si bien de un modo indirecto, es al Jefe del Estado español y a los representantes españoles acreditados ante Estados extranjeros (159).

Los únicos delitos que expresamente aparecen tipificados son los atentados contra la vida (160), la producción de lesiones (161) y la violación de la inmunidad personal de las personas internacionalmente protegidas (162). Aunque en el párrafo tercero del artículo 605 se deja la puerta abierta al castigo de otros delitos:

«Cualquier otro delito cometido contra las personas mencionadas en los números precedentes, o contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de dichas personas, será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos, en su mitad superior.»

No podemos dejar de criticar la redacción de esta disposición, en cuanto deja fuera de la previsión explícita (y con los efectos que visiblemente de ello se derivan con respecto a la pena a imponer) los delitos de detención ilegal o secuestro, siendo éstos, como son, unos de los que más frecuentemente se han dirigido contra este tipo de perso-

(159) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, p. 592.

(160) Artículo 605, párrafo primero, en donde se castiga con la pena de prisión de veinte a veinticinco años y, si concurrieran dos o más circunstancias agravantes, con la pena de veinticinco a treinta años.

(161) *Ibidem*, párrafo segundo, imponiendo la pena de prisión de quince a veinte años, si las lesiones son algunas de las previstas en el artículo 149 (esto es, que causaran «la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o un grave enfermedad somática o psíquica») y la de cuatro a ocho años si fuera cualquier otra lesión.

(162) Artículo 605, párrafo primero, en el cual se impone la pena de prisión de seis meses a tres años.

nas. Creemos que merecía cuando menos una mención al igual que las lesiones. Y, por ello, nos causa extrañeza el que su ausencia no haya sido echada de menos en la doctrina (163), porque ésta era también la redacción empleada en la regulación recientemente derogada. De hecho, la única variación apreciable que figura en la nueva normativa con respecto a la anterior se centra en el cambio de sede de estas disposiciones. De tal forma, que estos delitos se integraban hasta hace poco en el Título I del Libro II del Código penal, que llevaba por título «Delitos contra la seguridad exterior del Estado».

C.2 *El apoderamiento de buques y aeronaves*

En el anterior Capítulo IV del Título I («Delitos contra la seguridad exterior del Estado») del Código penal, que tan sólo constaba de dos artículos: 138 y 139, se contenían los «delitos de piratería», vigentes hasta mayo de 1996. Aunque debe decirse más bien que bajo dicha rúbrica se contenían penas para dichos delitos porque, en realidad, no se establecía siquiera el concepto de lo que había de entenderse por actos de piratería (164). Lo cual, lógicamente había sido motivo de críticas, al igual que la misma terminología utilizada. Además, en dicha regulación se integraban sin matices los

(163) De ahí que nos parezca cuando menos, incompleta y poco realista la matización que Rodríguez Devesa y Serrano Gómez añaden a su explicación de este párrafo tercero del artículo 137, según la cual afirman que la expresión «delito cometido contra las personas» debe interpretarse con exclusión de los delitos de parricidio, asesinato, homicidio y lesiones; en concreto, cuando precisan, sin siquiera aludir a los delitos de detención ilegal, de secuestro o de terrorismo, que «restan muy pocas figuras que, por si fuera poco, son de dudosa aplicación: auxilio o inducción al suicidio, infanticidio o aborto, por supuesto sin consentimiento de la embarazada, si la persona es de sexo femenino»; *op. cit.*, p. 655.

(164) El texto de este artículo 138 ya derogado es el siguiente:

«El delito de piratería cometido contra españoles o súbditos de otra nación que no se halle en guerra con España, será castigado con la pena de reclusión mayor.

Cuando el delito se cometiere contra súbditos no beligerantes de otra nación que se halle en guerra con España, será castigado con la pena de presidio mayor.»

Asimismo, en el artículo 139 se consideraban como tipos cualificados, a efectos de las penas (que se elevaban considerablemente), además de la calidad de «jefe, capitán o patrón pirata»: el apresamiento al abordaje o con incendio, el que el delito fuera acompañado de asesinato, homicidio, cierto tipo de lesiones, o de atentados contra la honestidad y el que se hubiere dejado a alguna persona sin medio de salvarse.

mismos actos cometidos «contra aviones, aeronaves o aparatos similares o utilizando tales medios para la realización de aquéllos» (165). Por si ello fuera poco, estos preceptos adolecían además de otras graves tachas que habían originado una amplia reprobación doctrinal. Así, por una parte, el artículo 138 efectuaba una distinción según la piratería se llevase a cabo contra españoles o contra extranjeros. Y, por otra parte, el mismo precepto distinguía a su vez entre extranjeros de una nación que no se hallase en guerra con España y súbditos no beligerantes de otra nación que se hallase en guerra con nuestro país, con una rebaja de la pena en este último caso. Como se ve, esas distinciones, además de ser enormemente absurdas, podían plantear serios problemas de interpretación en aquellos casos en los que el buque o la aeronave asaltada trasladase a la vez a nacionales y extranjeros no beligerantes (166). De otro lado, también había sido objeto de censura la incoherencia que resultaba de no contemplar los actos de piratería contra los súbditos beligerantes de un país que se hallase en guerra con España, que serían pues atípicos (167); a la vez que se criticaba también la laguna existente respecto de los apátridas (168).

Todos estos defectos e insuficiencias de la antigua regulación del Código penal, pero sobre todo la existencia de dos Leyes especiales y, por tanto, de aplicación preferente, habían propiciado que ya desde hace tiempo se hablara de ambas disposiciones como de letra muerta (169). Ha de decirse que en esta última ocasión el legislador nacional sí pareció hacerse eco de las opiniones doctrinales que se habían vertido con anterioridad y percibir, por consiguiente, el anacronismo que representaban aquellas dos disposiciones. La solución finalmente acogida en la reforma emprendida por la Ley Orgánica 10/1995 fue la de la supresión simple de esos dos preceptos. Desde la reciente entrada en vigor del nuevo Código penal, pues, no existe ya en su texto ninguna disposición sobre esta cuestión. Debemos hacer, por tanto, una breve referencia a las normas que son de aplicación al respecto.

En el *ámbito aéreo*, se ha venido aplicando la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea (170), en cuyo ámbito de apli-

(165) Artículo 139, último párrafo.

(166) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 672.

(167) *Vid.* el desarrollo de RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, p. 672.

(168) Cfr. *ibidem*.

(169) *Vid.*, entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *op. cit.*, pp. 593 y 594 y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 669 y 670.

(170) Ley 209/1964, de 24 de diciembre; *BOE* de 28 de diciembre.

cación cabe incluir los actos de detención ilegal de personas, en cuanto en el artículo 39 se contempla el apoderamiento de una aeronave con violencia e intimidación «en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado». Pero es de señalar que dicha Ley ha sido modificada por la Ley Orgánica 1/1986 de 6 de enero, que ha venido a suprimir la jurisdicción penal aeronáutica para los delitos y faltas tipificados en la Ley de 1964 (171).

En el *ámbito marítimo*, la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante de 1955 se ocupaba de los actos de piratería, desplazando siempre la regulación del Código, por tratarse de una ley penal preferente. En dicha norma se consideraban como actos de piratería, entre otros, «los actos de depredación y violencia contra las personas realizados en el mar o desde él por individuos de la dotación de un buque que se ha colocado fuera de la jurisdicción de todo Estado (...)» (172); «los individuos de la dotación de un buque y personas embarcadas en él que facilitan a los de otro el apoderamiento con violencia del primero o el despojo, daño o lesión de las personas que se hallaren a bordo» (173) e iguales conductas cometidas «en el mar o desde él contra aeronaves o aparatos similares» (174). Sin embargo, a partir de la derogación de esta Ley por la nueva Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 1992 (175) la situación se ha vuelto verdaderamente confusa y problemática debido a que la nueva Ley carece de carácter penal, conteniendo únicamente sanciones administrativas (176). A la vista de ello, hasta la última reforma del Código penal que ha entrado en vigor en 1996 sólo quedaba la solución de retornar a la aplicación de aquellas dos disposiciones contenidas en el Código penal, a pesar de su carácter absolutamente obsoleto e incompleto. No obstante, la situación todavía ha empeorado más tras la reciente reforma, pues ahora ni siquiera aquel Derecho está ya vigente. Por

(171) BOE núm. 12, del 14 de enero.

(172) Artículo 9.

(173) Artículo 10.2.

(174) Artículo 11.

(175) Ley 27/1992, de 24 de noviembre; BOE núm. 283, de 12 de diciembre.

(176) SERRANO GÓMEZ censura además que la nueva Ley no establezca ninguna disposición transitoria relativa a las condenas impuestas por la anterior o a los procedimientos que se estén desarrollando; lo cual, de un lado, impedirá que se cumplan las condenas ya impuestas y, de otro, provocará que hayan de archivarse los procedimientos en tramitación. Se trata de nuevos problemas que el mismo autor atribuye a un «lapsus del legislador, sin duda debido a la ligereza con que se elaboran las normas»; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, y SERRANO GÓMEZ, A., *op. cit.*, pp. 669 y 670.

consiguiente, sólo nos queda lamentar el vacío legislativo presente en estos momentos y llamar la atención sobre la penosa ausencia de diligencia que ha demostrado nuestro país, al no cuidarse, en un primer momento, de armonizar la legislación interna con la internacional o al menos de actualizarla y, al no prever, en la última modificación general introducida en nuestro ordenamiento penal, alguna norma paralela al respecto.

Una *explicación dual* del castigo. Comentario crítico de la propuesta de Von Hirsch y Hörnle*.

MARÍA MARTÍN LORENZO

Profesor Ayudante de Derecho Penal UCM

La sorpresa que supuso la noticia de la publicación de la traducción al castellano de la obra reseñada del profesor Von Hirsch y el interés, renovado, por ella tienen su origen en la lectura del artículo de este autor junto con Tatjana Hörnle, publicado en 1995. Apreciar un registro distinto en el discurso dogmático, repetitivo en muchas ocasiones, sobre los fines de la pena y la concepción del castigo en general, en una construcción que además posee la virtud de relacionar una teoría que se desenvuelve sobre todo en el ámbito anglosajón: la teoría del merecimiento (1) y otra que ocupa a la dogmática continen-

(*) Las obras de referencia son: VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, traducción de Elena Larrauri, Madrid, 1998. (Censure and Sanctions, Oxford University Press, Oxford, 1993) y HÖRNLE, Tatjana /VON HIRSCH, Andrew, «Positive Generalprävention und Tadel», GA 1995, pp. 261-282. Creo imprescindible destacar la labor de traducción e introducción de Elena Larrauri, que sin duda contribuirá como acicate del interés por la obra de autores alejados de los nombres habituales en las publicaciones españolas, como Andrew von Hirsch, y por otros sistemas jurídicos.

(1) Para SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 34 ss., las teorías del merecimiento o de la culpabilidad (*just-deserts-theory* o *just-deserts-movement*) son el centro del «neoclasicismo», denominación que recibe el movimiento que «pretende someter a control al poder punitivo del Estado, exigiendo del mismo una estricta vinculación a los principios de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad» que, para muchos, es una importación de los Estados Unidos que allí tuvo sentido como oposición a la ideología del tratamiento, pero que en Europa ha de aportar algo distinto

tal, alemana: la teoría de la prevención general positiva (2), son motivos más que suficientes para justificar la idea de elaborar una nota crítica de estas dos obras. Que se refiera a ambas tiene también una explicación. Mientras que la monografía del año 1993 esboza una concepción del castigo dentro de las teorías del merecimiento con el objetivo de garantizar la proporcionalidad, sin desarrollar teóricamente muchas de las cuestiones problemáticas del traslado de su base filosófica al Derecho penal, pero intentando dar una visión completa sobre los problemas de aplicación de las penas, con numerosas referencias a las experiencias en países como Inglaterra, Suecia, Finlandia y, sobre todo, Estados Unidos; el artículo de 1995 expone con mayor detalle su elaboración del concepto de sanción y su elemento de censura a partir de la filosofía de P. F. Strawson y sus problemas de legitimación en el ámbito penal, desde una perspectiva crítica de las teorías de la prevención general positiva, en concreto de su versión funcionalista, que imperan en Alemania en la justificación de la pena. Ambas obras se complementan en la tarea de reflexionar sobre el castigo, que el propio Von Hirsch califica como un «tema fascinante pero incómodo» (p. 20) (3).

En *Censure and Sanctions* el autor facilita desde el principio (Introducción, pp. 23 ss.) el tema y la organización de la obra y, lo que es más importante, tres pilares que califica como asunciones en que se basa el libro. No es en vano, porque el desenvolvimiento posterior remite una y otra vez a ellas para fundamentar las soluciones que elabora: la justicia es la aspiración primera del sistema de sanciones; la benignidad cuenta, pero no presupone unos determinados fines de la pena; y una visión del sistema penal acorde con una sociedad

porque no existe contra lo que reaccionar. Se suma a las críticas hechas a estas teorías acerca de su limitación a los aspectos formales sin conseguir una disminución de las penas, su rechazo a instituciones que implican una flexibilización en la ejecución de la pena privativa de libertad y, en definitiva, le objeta la ausencia de una dimensión material imprescindible que sigue incluyendo a la resocialización. Sin embargo, creo que la lectura de la obra de VON HIRSCH contesta a estas críticas. Propone una estrategia reduccionista a la hora de anclar las penas (capítulo 5), ofrece criterios para regular la aplicación de penas no privativas de libertad (capítulo 7), y se preocupa no sólo de la proporcionalidad, sino de la humanidad de las penas y de evitar la instrumentalización del individuo bajo pretextos utilitaristas (capítulo 9).

(2) Un tratamiento exhaustivo del tema se encuentra en PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990.

(3) La indicación de la página o páginas del original se hará mencionando únicamente el número, sin especificar de cuál de los dos trabajos se trata, porque dado que la monografía tiene 181 páginas y el artículo comienza en la página 261, no hay posibilidad de que se solapen y confundan.

democrática que los ciudadanos libres diseñan para regular su conducta y no como catálogo frente a los otros que son delincuentes, «del tipo del que la gente aceptaría como forma de ayudarles a vencer sus propias tentaciones, al tiempo que respeta su capacidad de elegir» (p. 29). También en el texto publicado en 1995 señalan los autores dos premisas básicas en su concepción (p. 267): 1. Los dos elementos constitutivos de la pena, «Tadel» y «Übelszufügung» (4), que la tradición conoce vinculados aunque son concebibles modelos que los escindan, pueden separarse analíticamente (5). La *ratio* de la censura es la transmisión de un mensaje, mientras que la imposición de un mal reclama una *ratio* distinta porque, en otro caso, bastaría con limitarse a aquella. 2. En la relación violencia estatal/ciudadano, el Estado debe dirigirse al ciudadano como capaz de juicios éticos, como agente responsable por sí mismo. Esta premisa determina el dominio de la censura en la relación de ambos componentes. El Derecho penal debe recurrir en primer lugar a medios que se dirijan a las capacidades de autorreflexión y de comunicación de los hombres y sólo en segundo lugar debe construirse sobre mecanismos que operan con la amenaza. Esta visión del hombre, que sirve de apoyo tanto a su forma de entender el sistema penal como a la configuración de las relaciones estado/ciudadano en general, es una de las ideas centrales de la teoría de Von Hirsch, una concepción que reconoce al sujeto como persona

(4) Son traducidos por LARRAURI en *Censurar y Castigar* como «censura» y «sufrimiento», mientras que SÁNCHEZ-OSTIZ (en su traducción de un artículo de SCHÜNEMANN, «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva» en *Política criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (ed.), Barcelona, 1997, pp. 89-100) traduce del alemán «Tadel» y «Übelszufügung» como «reproche moral» y «consecuencias perjudiciales». Encuentro más acertado el término «censura» porque parece claro desde el inglés original y, sobre todo, porque el vocablo alemán que suele traducirse como «reproche», al menos en la tradición dogmática penal, es «Vorwurf», teniendo ambas palabras reminiscencias retributivas en los dos idiomas de las que expresamente buscan huir estos autores (p. 281) También el término sufrimiento es más expresivo del elemento de la pena que lleva la carga de desincentivo prudencial, que desde luego se «sufre» por su carácter intromisivo e incluso humillante (como luego destaca VON HIRSCH, p. 132), característico de la sanción penal que el propuesto por SÁNCHEZ-OSTIZ. La traducción literal del alemán, «imposición de un mal», se acomoda también más a la idea de sufrimiento.

(5) SCHÜNEMANN, «Sobre la crítica...», p. 93, se muestra muy crítico con esta distinción, que califica de «diferencia horizontal», que es un dudoso desdoblamiento de la legitimación del mal que supone la pena. Propone, en cambio, una distinción basada en la relación de niveles entre objeto del lenguaje, la pena se impone por razones preventivas, y metalenguaje, la pena es un reproche que puede tener consecuencias simbólicas y efectos de prevención general positiva.

que asume que puede ofender a los demás y que por eso se le puede hacer un reproche y exigir responsabilidad.

En el capítulo dos, rubricado como «Censura y proporcionalidad» (pp. 31 ss.), ofrece su justificación general del castigo basada en el merecimiento, orientada siempre al criterio de la proporcionalidad del castigo como exigencia de justicia en la relación entre justificación y cantidad de castigo, tan importante o más para él que lo anterior. El mismo tema es desarrollado en el artículo, donde el objetivo es esbozar un fundamento de una teoría de la pena que contenga los elementos de la prevención general positiva pero sin partir de una legitimación exclusivamente instrumental, de la que expresamente se apartan los autores al cuestionar tanto su eficacia como admisibilidad ética. Es necesaria una legitimación fundamentada éticamente. Su teoría se basa en que es legítimo reaccionar a las lesiones de bienes jurídicos protegidos penalmente (en todo caso en lo referido al núcleo del Derecho penal) con una censura porque ella es una consecuencia *adecuada* («angemessen») a tales lesiones. En palabras del propio Von Hirsch, «Defenderé una concepción de la pena que enfatiza su carácter reprobatorio y expondré por qué esta justificación del castigo tiene rasgos de reprobación y también de prevención. Ello me obligará a explorar también la relación existente entre los aspectos de censura y prevención presentes en el castigo» (p. 32). La sanción penal se caracteriza y distingue de una simple medida por su aptitud para expresar censura, se le impone a alguien un sufrimiento porque supuestamente ha realizado un daño de tal forma que con ello se manifiesta desaprobación (de la persona) por ese comportamiento. El término censura («Tadel») se emplea como sinónimo del concepto de juicio desvalorativo que convencionalmente se usa en Derecho penal (pp. 35, 265).

El primer porqué que suscita esta definición del castigo afecta a ese carácter reprobatorio. La labor que emprenden primero Von Hirsch y luego más concienzudamente ambos autores es demostrar la autorización del Estado para reaccionar frente a formas de comportamiento jurídico-penalmente relevantes con la censura. La hipótesis de que se trata de una reacción adecuada es estructurada en varios pasos sucesivos en el artículo de 1995 (pp. 271 ss.).

1. Para avalar que la respuesta penal tenga que expresar reproche acuden al filósofo inglés P. F. Strawson («Freedom and Resentment», en *Freedom and Resentment*, Londres, 1974) (6) y a su idea de

(6) Hay una traducción española reciente de la obra de 1974. P. F. STRAWSON, «Libertad y resentimiento» en *Libertad y resentimiento*, traducción de Juan José Acero, Barcelona, 1995, pp. 37-67.

que la actitud de desaprobación moral que aparece cuando alguien percibe una acción a través de la cual se lesiona a otro de forma reprochable y las consecuencias de la lesión no afectan al que percibe mismo, sino a terceros (7) es un elemento básico de la complicada red de actitudes y sentimientos que forman una parte esencial de la vida moral. Sin embargo, de la constatación de la existencia de una estructura de sentimientos y actitudes morales no se puede pasar correctamente a su obligatoriedad normativa.

2. Es necesario probar que ese catálogo de actitudes reactivas es digno de aprecio, y lo hacen con el argumento de que la comunicación del juicio desvalorativo se basa en el reconocimiento de la persona como agente con autoridad moral autónoma y le permite reaccionar como tal, asumiendo lo que ha hecho, disculpándose o haciendo ver que no era responsable, pero sin intentar evocar concretos sentimientos como arrepentimiento. Si se renuncia a la confrontación se le trataría como a un animal, aunque la pura intimidación o la modificación del medio ambiente pueda ser efectiva. Pero la argumentación sobre la censura en el ámbito cotidiano no garantiza que pueda ser trasladada al contexto jurídico-penal.

3. Frente a los que cuestionan la posibilidad de emitir un juicio desvalorativo censor en el ámbito penal porque falta la posibilidad de una comunicación personal, niegan que exista una diferencia esencial entre la censura en el ámbito cotidiano y en el penal. Es una diferencia de grado en cuanto que la gravedad creciente del reproche y la elevada formalización del procedimiento limitan fuertemente el espacio de juego para disculpas, pero, en cualquier caso, ni la autorización de la censura depende en la vida cotidiana de la ilimitada amplitud de la ejecución, ni el Derecho penal adolece de total inflexibilidad en la práctica. Por último, la medida del conocimiento necesario depende de la relevancia para el juicio censor, de modo que si la limitación del discurso de disculpa no conduce a dudar de la legitimidad del reproche, las lagunas del juez respecto a la personalidad del autor no constituyen ningún otro problema independiente. Por todo ello entienden que puede trasladarse «el núcleo de la argumentación de la autorización de la censura en la moral cotidiana al Derecho penal. También aquí tiene el penado la posibilidad de reaccionar a la censura expre-

(7) Con ello destacan que se trata de lo que STRAWSON, «Libertad y resentimiento», pp. 53 ss., denomina «actitud reactiva vicaria» y que define como «reacciones a las cualidades de la voluntad de los demás, no hacia nosotros mismos, [actitud reactiva personal y autorreactiva] sino hacia los demás (...) es este carácter impersonal o vicario de la actitud (...) lo que le otorga la cualificación de «moral».

sada en su pena como humano que juzga moralmente» (pp. 274 y 275). El punto de partida sobre las relaciones entre Estado y ciudadano impide la imposición de sanciones neutrales que son un puro control de fieras y eleva a fundamental a la censura como elemento irrenunciable de la sanción penal. A ello se suma que con ella se aclara a la víctima que ha sido lesionada a través del fallo de otro y no por un mero suceso equiparable a un accidente natural. Admitida la posibilidad, aclaran otros puntos conflictivos de su concepción reprobatoria del castigo.

4. La institución de la censura es incompatible con un determinismo consecuente o duro. Con la constatación de Strawson de que las formas básicas de reacción humana presuponen como premisa la libertad de voluntad, no puede contradecirse totalmente la tesis del determinismo extremo porque queda pendiente la legitimidad de las prácticas descritas. En realidad, la contundencia del argumento radica en mostrar cuánto se arrojaría por la borda si la tesis del determinismo riguroso se convierte en premisa: no sólo habría que renunciar al reproche, sino que prácticamente todos los esfuerzos preventivos serían inútiles porque una influencia organizada de modo activo sobre la carrera de los acontecimientos está excluida. «El filósofo del derecho que esté preparado para aceptar estas consecuencias dramáticas puede continuar manteniendo un determinismo riguroso. Nosotros lo consideramos inverosímil» (p. 276).

5. En esta exposición de la censura como una respuesta adecuada queda pendiente la cuestión de su justificación en el caso concreto porque, como muestra Kohlberg (*The Meaning and Measurement of Moral Development*, Worcester, Mass., 1981 y *The Philosophy of Moral Development*, San Francisco, 1981), el desarrollo moral no es uniforme en todas las personas y hay estadios en los que la persona no puede entender la censura y sus acciones sólo pueden ser dirigidas por el criterio de la evitación de consecuencias desagradables. Pero tampoco puede hablarse del desarrollo moral como momento único, sino que es un proceso que dura toda la vida y sin una adscripción definitiva a un nivel. La legitimidad de la censura en el caso particular depende de si se realiza frente a quien está en posición de trascender a su estado de desarrollo presente y esa censura puede influir en el proceso de desarrollo. Lo contrario acontece cuando el sujeto no puede reaccionar de forma duradera a las formas del discurso moral y la censura es ilegítima.

6. Destacan la necesidad de engarzar la reprochabilidad con la materia prohibida a través de una teoría de la criminalización para huir del puro positivismo legal ciego en la definición de «reprochabi-

lidad»: sólo cuando se haya determinado qué conductas son tan reprochables que parecen proporcionadas las consecuencias jurídico-penales, puede aplicarse la argumentación anterior de la autorización de la censura.

7. Aun cuando la legitimidad de la censura se construye desde un punto de vista retrospectivo, puede asignársele el rol de dirigirse a terceros suministrando razones para no delinquir, pero en ningún caso puede legitimar exclusivamente el castigo. Esta función de llamada a terceros ya la tiene, junto a la censura en forma de pena impuesta en el caso concreto, la respectiva norma penal. El Derecho penal presupone la existencia de normas de deber inequívocas que formulan la pretensión de regular *ex ante* conductas. Para estos autores lo más plausible es que el Derecho penal apele a actitudes éticas ya preexistentes y, coincidiendo en este punto con la prevención general positiva, sería deseable que la función de llamada pudiera contribuir, en el camino de los procesos de dirección de conductas, a largo plazo al control de la criminalidad (p. 278). Von Hirsch (p. 37) sitúa la sanción penal entre una educativa y una neutral que busca la mera conformidad, como aquella que debe proporcionar buenas razones que muestren el carácter dañino de la conducta, al que se apela como razón para abstenerse de llevarla a cabo. A la luz de tal planteamiento parece clara la pendencia de la teoría del acierto en la catalogación de los tipos penales. Se apela al daño que la conducta conlleva como razón disuasiva y se piensa que el Derecho penal responde a criterios éticos previos y que esa identificación es la base de la eficacia del mismo en la evitación del delito, sin rechazar una mínima influencia en la conformación de futuras actitudes. La justificación abstracta del castigo sólo tiene sentido en un sistema ideal en el que los criterios de criminalización estén presididos por la censurabilidad de las distintas conductas desde la perspectiva de la mayoría, aunque puedan incluirse otros derivados en general de la visión antropológica de la que se parte. Sería imaginable un modelo que puniera acciones no percibidas como dignas de reproche, pero a las que un puro positivismo legal se lo atribuyera igualando reprochabilidad y punición legal. Si la imagen del hombre de la que se parte es la de un sujeto que se orienta por «la autoridad», la razón para abstenerse de la conducta que lleva aparejada pena es la imposición por la autoridad. Pero si se insiste en un sujeto capaz de juicios morales y que no necesita del Derecho penal para decidir qué juzga correcto, el mandato de la autoridad no es motivo, al menos decisivo, para ordenar su comportamiento, por lo que seguirá guiándose por sus principios, siendo incluso crítico con el sistema que le pretenden imponer.

Volviendo a la exposición de los dos autores, la pena se diferencia de la simple censura en que el juicio de desvalor se expresa en una limitación material que se impone al autor. El segundo elemento: el sufrimiento (p. 279) aboca a los fines preventivos como razón que determina la preferencia por una pena frente a la pura censura y no se conforma con meras razones de aseveración de la censura. Si se parte de un hombre capaz de juicios morales, pero también falible, y del desarrollo de un sistema de sanciones que ha de aplicarse al propio comportamiento, se optará por un sistema que no sólo comunica juicios verbales, sino que en la medida adecuada amenaza con la imposición de un mal. El fin de este elemento desalentador sería dar al agente complementariamente a las causas normativas que están corporizadas en el juicio desvalorativo un motivo apelante a la razón para resistir la tentación, un estímulo a la fidelidad a la norma como apoyo de sus propias expectativas. De nuevo, el «buen funcionamiento» del sistema penal está vinculado a que su catálogo de conductas delictivas, y por tanto merecedoras de reproche, refleje las valoraciones sociales y, con ello, insisten en la importancia que una buena teoría de la criminalización tiene para que su concepción del castigo tenga sentido. En tanto se mantenga el presupuesto de que el mal amenazado es moderado, de modo que el peso de la amenaza no supera la llamada normativa de la censura y constituye un desincentivo prudencial adicional, el sistema trata a los destinatarios como actuantes responsables. La relación entre los dos componentes de su «*explicación dual del castigo*», censura y prevención, es de primacía de la función reprobatoria, dentro de cuyo marco opera la prevención. Esta jerarquía deriva directamente de su concepción del hombre. La dignidad del hombre hace imposible la mera existencia de sanciones neutrales. Sin embargo, la primacía de la censura hace posible imaginar sanciones inocuas pero con el componente desaprobatorio, si no existen razones preventivas para mantener el castigo. Así de tajante se muestra Von Hirsch: «La prevención, en la explicación que acabo de ofrecer, no basta. Si la sanción expresa reproche, también puede suministrar este desincentivo prudencial que he escrito —el medio para vencer la tentación—. Pero si *sólo* impone sufrimiento, es control de tigres». (p. 40). Si embargo, esta relación y jerarquía no es tan armoniosa como pretende el autor. Tres afirmaciones parecen claras. Sólo cabe una sanción si expresa censura, pero puede limitarse a esa expresión sin llevar aparejado el sufrimiento. No es admisible una sanción que inflija un mal, cualquiera que sea el motivo, sin manifestar reproche. Para hablar de castigo, con el ingrediente de sufrimiento, hay que sumar un elemento reprobatorio y las necesidades preventivas. Y con

ello creo que una cuarta, si no he entendido mal, el fundamento de la pena es la prevención. Es ella el sumando que unido a la irrenunciable censura arroja como saldo la pena tal y como la entendemos y no una inocua medida desaprobatoria. El paso de la sanción censora simbólica a la sanción, también censora, pero con un componente de sufrimiento se apoya en los fines preventivos. La eludida justificación instrumental aparece de nuevo al preferir la pena con sus dos componentes a un mero catálogo de «medidas», sanciones o no, censoras (8).

Intentan evitar que su propuesta sea sólo parcialmente entendida y por ello erróneamente adscrita a alguno de los nombres tradicionales, por lo menos en la dogmática alemana. Se aproximan a las tesis preventivo general positivas en cuanto parten de una función de llamada a terceros tanto de la amenaza penal como de la pena impuesta y les parece plausible esperar de esa llamada un moderado efecto preventivo, pero no pretenden justificar el componente de la censura con efectos preventivos que ni son demostrables empíricamente ni idóneos como fundamento de legitimación. Aunque sin olvidar que no parece haber mayor problema en justificar el componente del sufrimiento con esos efectos. Sostienen que además su concepción se ajusta mejor a las estructuras retrospectivas inmanentes a la institución de la pena (p. 281) como el procedimiento penal que intenta reconstruir un hecho pasado o la pena que se impone como reacción a un injusto pasado. No renuncian, sin embargo, a la perspectiva prospectiva que supone la prevención como fundamento de la pena. Pero tampoco recurren a las teorías rubricadas como «absolutas», porque la justificación de la censura no precisa ulteriores consecuencias como la venganza, que supone una imposición de daños que no se legitima con esta argumentación retrospectiva. Simplemente en la búsqueda de una base racional para elaborar la legitimación de la pena al margen de una fundamentación orientada a las consecuencias acuden a otros aspectos de la filosofía práctica, como, por otra parte, hacen otros autores que, por ejemplo, recurren a la ética discursiva. Su análisis enraza con la tradición de la filosofía analítica anglosajona, que se distingue por un trato pragmático con valoraciones éticas. Una premisa central es que los conceptos éticos pueden ser empleados de forma razonable sin disolver las dificultades de la fun-

(8) La misma objeción se plantea a su teoría para anclar la escala de penas basada en una estrategia preventiva renovada, que parte de la justificación del castigo que se acaba de describir: «la única razón para preferir la sanción penal a un sistema exclusivo de censura (o de censura acompañada por sanciones simbólicas) es que la sanción tiene una función preventiva» (p. 73).

damentación metafísica en consecuencias últimas. La censura es un componente de la comunicación humana al que sirve de base una lógica que puede ser examinada y aprovechada, incluso si la cuestión sobre las condiciones de validez tiene que quedar abierta a partir de un determinado punto del análisis (p. 282).

En este punto se queda la publicación de 1995, que se limita a destacar, como consecuencia de esta teoría en la medición de la pena, la relevancia del principio de proporcionalidad. Precisamente la monografía pasa de esta justificación general al *quantum* del castigo al explicar la proporcionalidad desde su concepción con tres pasos: las sanciones estatales deben expresar censura (argumento ético); la severidad de la sanción expresa la gravedad del reproche (el sufrimiento es el medio a través del cual se expresa la condena); las sanciones punitivas deben ser ordenadas de acuerdo con el grado de reproche (gravedad) de la conducta. Esta explicación es compatible con su justificación dual del castigo, sin que sea necesaria la exclusividad de la función reprobatoria, pero no permite un aumento de la severidad fundado en razones preventivas, porque este incremento conlleva mayor censura y ésta ha de ser justificada en virtud de la gravedad del comportamiento delictivo.

La distinción entre proporcionalidad ordinal y cardinal permite precisar el principio. La proporcionalidad ordinal requiere paridad entre la gravedad de los delitos y la severidad de las sanciones, graduación de la severidad de acuerdo con el rango de gravedad del delito y espaciar las penas dependiendo de la gravedad de la conducta. La proporcionalidad cardinal alude a los límites a la severidad del castigo a la hora de expresar la desaprobación, ya que ésta es una convención y puede variar. Esta distinción explica por qué no se puede hablar de una única pena proporcional, depende de cómo se haya anclado la escala de penas y de los castigos previstos para otros delitos.

La tercera parte de esta obra (pp. 49 ss.) ejemplifica otro de sus atractivos, la completa exposición y rigurosa crítica de otras teorías sobre la justificación y medición del castigo. En este capítulo examina la propuesta de Braithwaite y Pettit (*Not Just Deserts: A Republican Theory of Justice*, Oxford, 1990). Plantean una teoría consecuencialista que, manteniendo los caracteres prospectivos y agregativos del cálculo utilitario, enfatiza las nociones de autonomía y elección y acepta un rol desaprobatorio del castigo. Modifican la medida clásica del utilitarismo, «mal», para ponderar la pérdida de «dominio», entendido como autodeterminación, causada por los delitos y proponen una estrategia reduccionista como factor para determinar el castigo. El papel de la censura, asimilada al estigma, en este

esquema es instrumental, como estímulo de comportamientos obedientes, lo que permite separar la censura de la severidad del castigo. Esos rasgos de la censura y los prospectivos y agregativos del utilitarismo centran las críticas de Von Hirsch, siempre desde la defensa de la proporcionalidad, porque permiten un mayor castigo siempre que el saldo entre el dominio ganado por terceros potenciales víctimas y el perdido por los castigados sea positivo. También la estrategia reduccionista característica de su teoría de la medición del castigo es cuestionada posteriormente al enfrentar a ella la versión revisada de Von Hirsch (Capítulo 5, p. 76).

El intento de ofrecer una base teórica que guíe la decisión práctica sobre el castigo y su magnitud obliga a Von Hirsch a concretar los dos términos de su ecuación, severidad de las penas y gravedad de los delitos (Capítulo 4, pp. 61 ss.). La gravedad del delito está en función de la culpabilidad del autor y de la gravedad del daño. La consideración de que el propio Derecho penal proporciona criterios para medir la culpabilidad: diferenciación entre la conducta intencionada y la imprudente, eximentes (incompletas) como el miedo insuperable, capacidad de actuación disminuida, etc., le lleva a centrar sus esfuerzos en la gravedad del daño. Propone, junto a Jareborg («Gauging Criminal Harm: A Living-Standard Analysis», *Oxford Journal of Legal Studies* 11, 1991, 1-38), como criterio *la afectación al estándar de vida de una persona* (p. 63), entendido, siguiendo a Amartya Sen (*The Standard of Living*, Cambridge, 1987), como los medios o capacidades, unos materiales y otros no, que *normalmente* hacen posible una buena calidad de vida. La técnica, respecto a los delitos en que la víctima es identificable, sigue los siguientes pasos: distinguir los intereses normalmente afectados por un delito (integridad física, medios materiales y comodidades, integridad personal y privacidad la mayoría de las veces); valorar la importancia de cada dimensión por su significado para el estándar de vida de una persona, pudiéndose comparar entre dimensiones dentro del mismo delito y entre delitos distintos al mantener siempre el mismo criterio. Para facilitar esta evaluación sugiere graduar a su vez el estándar de vida distinguiendo cuatro niveles: subsistencia, bienestar mínimo, bienestar adecuado y bienestar intenso. Por último, admite excepcionales desviaciones de los medios y capacidades estándar de calidad de vida. Las ventajas de este criterio, que como guía no puede sustituir la valoración del que enjuicia, sino sólo aportar principios directores, radican en que parece adaptarse bien a la forma en que normalmente juzgamos el daño, permite atender a experiencias externas al Derecho penal y atiende a la variación cultural.

Entiendo que este planteamiento es una de las mayores aportaciones del autor. A la tradicional crítica a las teorías del merecimiento respecto a la indeterminación de la pena que conllevan, por cuanto no ofrecen criterios que concreten cuánto es lo proporcional y cuánto no, o cómo se traduce el reproche en cantidad de pena, enfrenta un baremo claro e inmediato para evaluar el daño, con la indudable ventaja de su referencia a la normalidad para ganar en objetividad y generalidad. Pero su propuesta no está exenta de problemas (9). Si la determinación de la gravedad del daño se hace en función de su afectación al estándar de vida de una persona, no es extraño que se centre en explicar el sistema en los delitos con víctima identificable. Pero esta identificación no siempre es posible. Ni siquiera en el núcleo del Derecho penal, que es el referente de Von Hirsch, todos los delitos son delitos con una víctima individualizada, por ejemplo no es así en el caso de los comportamientos que omiten el deber de contribución fiscal. Restaría por proporcionar el patrón de medida para la otra parte del Derecho penal, aquella en que la conducta delictiva no recae sobre una persona o personas concretas sino que afecta a otros intereses de titularidad más general. Pero incluso en los «delitos con víctima» no está claro qué ocurre si son varias personas las que padecen la lesión, por ejemplo, respecto a un robo. Si en un caso un individuo se apodera de bienes cuya titularidad comparten varias personas por un valor de 10.000.000 de pesetas y a continuación de otros por el mismo valor de un único propietario, no cabe duda que en el segundo caso se afecta al estándar de vida más intensamente que en el primero, porque la disminución patrimonial es diversa, aunque la conducta del sujeto es idéntica. ¿Debe imponérsele una pena menos severa en el primer caso, por el mero hecho de que afortunadamente se trataba de una propiedad compartida? ¿Cómo se relaciona la intensidad de la afectación a una persona con el espectro de afectados? (10). Esta forma de proceder, por otra parte, se asemeja a una teoría de la criminalización

(9) Los propios autores asumen que no hay una forma de computación unitaria que pueda explicar la dimensión del año en todos los tipos de delitos y que son necesarios otros criterios distintos al del análisis del estándar de vida. «Gauging Criminal Harm...», p. 34.

(10) VON HIRSCH y JAREBORG enumeran una serie de casos «complicados»: delitos en los que la víctima es una clase de personas, no una persona individual; delitos que precisan de la acumulación de las acciones de varias personas para realizarse; tipos que sólo tienen lugar a través del consentimiento de la víctima; figuras delictivas que se basan en los deberes de la ciudadanía; e, incluso, casos en que se protegen intereses en sí mismos más que en relación con su incidencia en el bienestar humano. «Gauging Criminal Harm...», pp. 33 y 34.

y del bien jurídico. Es decir, más que, una vez establecidos los tipos, decidir la gravedad del daño, es la virtualidad lesiva que manifieste la conducta, según el criterio de Von Hirsch, la que delimitaría qué es lo que ha de penalizarse y en qué medida. La graduación del estándar en cuatro niveles puede emplearse en tal sentido, entendiendo que el castigo más grave corresponde a los comportamientos que afecten al nivel de subsistencia y así sucesivamente. En esta definición de lo que debe ser objeto de sanción hay que tener presente el papel que ha de desempeñar la censura. No es que todo lo reprochable haya de ser delito, pero para que un comportamiento sea delito ha de ser claramente reprochable.

La valoración de la severidad de los castigos es un campo poco atendido, en gran medida debido al dominio en el catálogo de penas de la prisión, fácilmente mensurable. Propone un análisis paralelo y con ventajas semejantes al efectuado en relación con la gravedad del daño. Acude al criterio de *impacto en el estándar de vida de una persona de la pena* (p. 68), pero con una modificación del catálogo de intereses afectados, que son más frecuentemente la libertad de movimiento, la capacidad económica, etc.

La exposición es mucho más escasa que la ofrecida con relación a la gravedad del daño y en ella no queda claro cómo se compatibiliza la necesidad de que la pena haya de ser desagradable con que ello no sea lo único importante. Por ejemplo, si una multa de 45 millones de pesetas es en principio desagradable, para un millonario puede serlo mucho menos. ¿Cómo se logra que el castigo cumpla su función dual? La pena puede ser proporcional o ser la merecida, en función del impacto en el estándar de vida; pero a ese sujeto va a ser difícil que le llegue la censura vinculada a un sufrimiento que no es tal, incluso para el resto de la sociedad, puede parecer absolutamente injusto que a un rico empresario se le imponga una multa de escasa cuantía en relación con su capital, que sin embargo es alta para un parado. Si se manejan intereses cuyo valor es prácticamente idéntico para todos, como la libertad, no hay problema, pero si se trata de bienes económicos, la situación introduce discriminaciones de la mano de las que socialmente ya existen.

La determinación del marco de la proporcionalidad cardinal es la primera demanda de la definición de la escala de penas (Capítulo 5, pp. 71 ss.) conforme a tal principio. De la comparación entre la gravedad del delito (determinada con el criterio del estándar de vida) y la severidad de la sanción prevista se obtiene un calificativo de desproporcionada, «los intereses vitales de las personas castigadas están siendo trivializados cuando se imponen privaciones drásticas para

expresar exclusivamente un grado ínfimo de censura» (p. 72) (correspondiente a un daño leve). En todo caso, ese límite superior de la proporcionalidad cardinal es una zona sombreada, no una fina y precisa línea. Sobre el límite inferior de la escala, asume la crítica de Jareborg (*Essays in Criminal Law*, Uppsala, 1988) y admite que, según su modelo dual, el mantenimiento de la sanción penal no es necesario más que por necesidades preventivas, y que sería posible llegar a un catálogo de sanciones simbólicas que expresaran censura mientras no se produzca la pérdida de esa función preventiva, aunque la realidad parece demandar más bien mayor severidad. Pero no es fácil compatibilizar su concepción, en la que la censura se manifiesta a través del sufrimiento hasta tal punto que no debe ser ese sufrimiento mayor que el reproche que el comportamiento merece, con un catálogo de teóricas sanciones simbólicas que encarnaran a la censura sin el componente del sufrimiento. En teoría, mientras no exista una necesidad preventiva se puede eliminar el sufrimiento, pero con ello se elimina el medio de expresión de la censura y no está claro que haya otra forma de expresar esa desvaloración en el ámbito penal que imponiendo una pena con un contenido desagradable. Pero, si se reconoce el papel protagonista a la censura y se logra concebir vehículos para manifestarla distintos del contenido dañino de una pena, en ningún caso se necesitaría una medida que busque la prevención mediante el sufrimiento, bastando con la exteriorización de la censura, porque se estaría imponiendo ese sufrimiento sólo para lograr la prevención y atendiendo a los efectos inhibitorios que pueda provocar en terceros. Ni siquiera manteniendo en un nivel mínimo el sufrimiento se escapa a la justificación utilitarista porque si el argumento que justifica la imposición de consecuencias perjudiciales es que el sujeto moral prefiera un desincentivo adicional, la pena en sí no lo garantiza en cuanto que la eficacia preventiva depende de más datos que el carácter desagradable de la sanción... Por otro lado, ¿cómo y dónde se establece el límite entre lo tolerable y lo que no lo es, si en su propia explicación recuerda el obstáculo que la política puede ser a una escala no severa de penas? Esto es lo que el autor intenta evitar desde el principio, la exclusiva legitimación funcional. La única forma de defender su concepción es que la censura precise de la pena tal y como hoy se entiende, o que no sea precisa la prevención, porque, si no, cae en el empleo utilitarista del sufrimiento. Por todo ello no es demasiado coherente su idea de que «son las preocupaciones preventivas y no las exigencias de la proporcionalidad cardinal las que en últimas limitan esta reducción de penas» (p. 73).

Desde el respeto a esos límites exteriores hay que buscar los principios que permitan determinar el punto inicial de la escala, anclarla sin que la falta de respuesta de la proporcionalidad en este punto invalide la teoría del merecimiento salvo que se pretenda una globalidad (desaconsejable en su opinión) del modelo. Su propuesta es adoptar una estrategia reduccionista desde la teoría del merecimiento, que respetaría las exigencias de la proporcionalidad ordinal al graduar la escala conforme a la gravedad del delito y que se apoya en una «visión revisada de la prevención», porque entiende que la versión optimizadora de la prevención asociada al utilitarismo no sirve como apoyo de aquella estrategia. La falta de constatación empírica respecto a los efectos preventivos derivados de la modificación de las penas y a la posibilidad de dirigirlos, junto a la atmósfera social y condicionantes políticos, conduce a la duda de si la estrategia preferida será la reduccionista o la contraria de «aumentar las penas hasta conseguir reducciones significativas del delito» (p. 78). A esta objeción suma la que plantea su propia justificación del castigo. El sufrimiento sólo se acepta en tanto suministra una razón prudencial adicional para no delinquir, pero no cuando el deseo de un incremento de la eficiencia del sistema conlleva un aumento de las sanciones tal, que obliga a una persona a sacrificar sus intereses vitales en aras del bien común.

Su concepto dual del castigo arroja como criterio guía para anclar la escala de penas la búsqueda de un nivel de penas que aporte un conjunto razonable de desincentivos que refuerce el sistema basado en la censura, excluyendo un catálogo severo de sanciones, admitiendo su inconcreción, pero destacando su aplicabilidad a cualquier magnitud arbitraria. Esta visión de la prevención se ajusta a la imagen del hombre que inspira su pensamiento como ciudadano responsable, que aprecia el mensaje de desaprobación y pondera los modestos desincentivos prácticos que proporciona la sanción. Estos valores son para él más importantes en una sociedad libre que la búsqueda de la eficacia preventiva, que además no ha sido muy exitosa hasta el momento (p. 82). Explica la estrategia reduccionista revisada en los siguientes términos: «Se podría empezar con las penas existentes e ir reduciéndolas. Los niveles serían aquellos adecuados a la capacidad del sistema penal, pero con las penas preordenadas para reflejar la gravedad del delito. Como la censura expresada a través del castigo es una convención, estos niveles reflejarían las convenciones actuales existentes (...). Las convenciones pueden ser alteradas y existe una razón poderosa para cambiar las convenciones existentes y reducir las penas *pro rata*. La razón es desde luego la benignidad: mantener el

sufrimiento impuesto por el Estado a un nivel mínimo. A medida que las penas se reduzcan, el mayor obstáculo será la política. Los niveles deberían ser reducidos hasta que el sistema suministre el desincentivo modesto del cual he hablado» (p. 83). De esta forma queda expuesta una estrategia que es un ideal a perseguir por la política penológica, y opone a la crítica al merecimiento, relativa a su incapacidad para ofrecer un punto de anclaje de la escala de penas y su tendencia, por ello, a la severidad, una teoría que apoya y fundamenta una estrategia reduccionista al tiempo que impone la lógica de la proporcionalidad, con el nexo en el concepto de hombre que sostiene.

Aun partiendo de que el catálogo penal responda a lo que claramente es reprochable y por tanto no se cuestione el acierto en la elección de lo protegido penalmente, con la ganancia en identificación con la norma penal desde los valores presentes en la sociedad y, por tanto, en cumplimiento de la norma, no parece tan sencillo el mecanismo penal como sugiere Von Hirsch. El sistema penal que persigue con esta estrategia se basa fundamentalmente en la capacidad de la censura para lograr que el ciudadano se abstenga de realizar determinadas conductas, con un mínimo margen para el desincentivo adicional que supone la imposición de un sufrimiento. De forma tan ideal, que parece olvidar otras características del sistema, importantes desde la perspectiva de las razones adicionales desincentivadoras de la comisión de delitos, como la persecución eficaz del delito y los márgenes de impunidad; o la cuestión de la publicidad, básica desde la comisión del delito y durante todo el procedimiento hasta el cumplimiento de la pena. No se puede olvidar en la virtualidad preventiva, aunque no sea el objetivo, el papel de otros criterios, reduciendo el sistema penal al juego de dos factores, censura y prevención por el castigo. Si el grado de impunidad es y se sabe alto, la censura, expresada por la pena impuesta a los desafortunados delincuentes condenados, pierde fuerza, su expresión de desaprobación y los motivos racionales para rechazar el delito que de ella derivan se debilitan y quizás ya no baste con otra razón prudencial adicional. Tampoco la imagen del hombre que requiere el buen funcionamiento del esquema de Von Hirsch es tan evidente. Es un sujeto responsable, pero también calculador. Y, ante todo, un sujeto que se situaría, siguiendo el esquema de Kohlberg, en el nivel postconvencional (11), que actúa conforme a sus principios éticos, a los que apela la censura, y no siguiendo la ley o el consenso del grupo. Sin embargo, en tal caso, el

(11) Voss, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach, 1989, pp. 119 ss.

sistema habría de responder necesariamente a la moral de los sujetos postconvencionales, porque, en caso contrario, no aceptarían las normas que contradicen a los principios éticos que reconocen y reaccionarían de forma crítica y no apreciarían la censura que expresa la pena por no corresponder a su elenco de motivos racionales para no llevar a cabo determinados comportamientos. Sólo en el nivel preconvencional y fundamentalmente en el convencional, los sujetos se guían por el consenso del grupo y las normas y estándares de comportamiento en general, sin que hayan de estar en sintonía con las propias representaciones. Pero este ya no es el hombre responsable, que aprecia la libertad ante todo, que inspira la concepción de Von Hirsch.

El escepticismo con que Von Hirsch evalúa los modelos mixtos, entendidos como aquellos que se alejan del principio básico, en este caso la proporcionalidad, para conseguir otras metas, en el capítulo 6 (pp. 85 ss.), es explícito (p. 86). Atiende sólo a aquellos que permiten un cierto grado de alejamiento del principio de proporcionalidad. El modelo de Robinson («Hybrid Principles for the Distribution of Criminal Sanctions», *Northwestern Law Review* 82, 1987, 19-42) es uno de sanciones proporcionales con pequeñas desviaciones excepcionales para prevenir un «nivel intolerable de delito». Reconoce que el «atractivo innegable» del modelo mixto de Robinson reside en que, respetando normalmente las exigencias del merecimiento, permite desviaciones cuando parecen existir buenas razones, eludiendo el carácter constrictivo de ese merecimiento; pero le plantea dos objeciones capitales: la dificultad de encontrar un criterio que especifique cuándo se da la evidencia necesaria para permitir la desviación, tanto hacia arriba como hacia abajo, y la erosión del criterio por la dinámica política que rodea las leyes penales.

El otro tipo de modelo mixto que permite desviaciones de la pena merecida de forma más rutinaria es calificado de «variabilidad limitada». Un ejemplo sería el «retribucionismo limitado» propuesto por Morris (*Madness and the Criminal Law*, Chicago, 1982) en el que el merecimiento sólo impone los límites externos y dentro de ellos el margen de la pena será precisado de acuerdo con otros criterios, cuyo principal problema es la desconsideración de la proporcionalidad ordinal y el riesgo de que esos otros valores se conviertan en el principio determinante de la pena. Un paso más es la transformación de los modelos de variabilidad limitada en modelos mixtos. Su idea es permitir la consecución de otros objetivos sin que el sacrificio de la equidad que conlleva toda desigualdad de penas para casos semejantes sea demasiado grande. La medida de la desviación es modesta y los límites estrictos, de un 10 ó 15 por 100. Es precisamente este escaso mar-

gen de maniobras lo que impide que el control del delito pueda identificarse como fin que justifique esa desviación clara, porque exigiría mayor distancia de la pena señalada por la proporcionalidad. Tampoco es claro que la benignidad o la facilitación de la graduación de penas no privativas de libertad avalen esa leve excepción a la pena proporcional ordinal. La consecución de objetivos ulteriores, que es el mayor atractivo de estos modelos, tiende a ser esquivada. Concluye con una nueva manifestación de sus reparos, «atractivos como pueden parecer estos modelos mixtos, hay que leer la letra pequeña de los mismos» (p. 98).

Al estudio teórico de las sanciones intermedias, sanciones en sí mismas, con los dos elementos que definen el castigo, y su graduación dedica el propio Von Hirsch junto a Wasik y Greene un artículo en 1989 («Punishments in the Community and the Principles of Desert», *Rutgers Law Journal* 20, 595-618), que expone en el capítulo 7 (pp. 99 ss.). Defienden un modelo que estima que el merecimiento es también un principio orientador para graduar las sanciones no privativas de libertad. Este presupuesto supone que las sanciones no privativas de libertad se graduarán de acuerdo con la gravedad del delito, de modo que para compararlas habrá que comparar cómo afectan al estándar de vida de una persona. El criterio de sustitución de las sanciones será el de la severidad comparable: equivalencia punitiva aproximada y, entre equivalentes, la prevención puede ser tenida en cuenta para decidir la pena a imponer. Dentro de las múltiples posibilidades de sustitución que ofrece la teoría del merecimiento, estos autores optan por un sistema de sustitución limitada (para cada nivel de severidad hay un tipo de sanción, cuya sustitución sólo se admite por razones especiales) frente al modelo de estricta separación (no se permite sustitución alguna, de modo que a cada franja de gravedad corresponde un tipo de sanción), cuya rigidez lo hace inoperante, y al de absoluta sustitución (cualquier pena puede ser sustituida por otra, siempre respetando la equivalencia de severidades), respecto al cual sostiene que no es objetable *per se*, pero cuya aplicación práctica es problemática y que dificulta la percepción de una ordenación de las sanciones conforme a su severidad por la variedad que implica, sin que haya situaciones que requieran esa sustitución absoluta. La forma que sugieren de articular una sustitución limitada, admitiendo otras alternativas, es que, prescrita un tipo de pena para cada franja de severidad, se pueda sustituir la sanción normal por otra de severidad semejante cuando lo aconsejen otras razones, por ejemplo político-criminales o preventivas. Frente a la conclusión de Von Hirsch, es discutible que estos inconvenientes de índole práctica conduzcan a rechazar el modelo de sustitución absoluta

que desde esa misma perspectiva ofrece la ventaja de una mayor flexibilidad y adaptabilidad a la situación concreta. En lugar de desecharlo podría intentarse desarrollar un mecanismo de determinación de la pena más sencillo que el que Von Hirsch propone como ejemplo y más aprehensible por el público. Probablemente no es necesaria esa complicación y «sofisticación» a la que alude para comparar la severidad de las penas. Ni siquiera en teoría, aunque se admita la total sustitución, puede ser cualquiera la sanción a aplicar en un caso determinado, porque el catálogo de sanciones intermedias en la práctica, amplio en comparación a la monocorde pena privativa de libertad tradicional, es por lo demás escaso: trabajo en beneficio de la comunidad, arresto domiciliario y multa son los ejemplos recurrentes. A las medidas que puedan imaginarse hay que ir sustrayendo aquellas opuestas a la dignidad humana, las inviables económicamente o en su ejecución en general, con lo que las posibilidades se limitan en amplia medida. Por ello no es tan difícil la comparación entre los distintos tipos ya bien conocidos, de modo que puede permitirse la permuta entre ellos cuando por las circunstancias de duración o cantidad sean equivalentes en su severidad, ajustándose a las características del supuesto de que se trate y dando entrada a esos otros criterios distintos de la gravedad. Entre ellos no parece muy claro el papel de la prevención como criterio decisivo, que conduce a los resultados de un modelo mixto en cuanto admite ligeras diferencias de severidad en las sanciones a imponer consecuencia de decidir la clase de pena en función de, por ejemplo, el riesgo de reincidencia. Si además no se aclara de qué prevención se trata, pueden introducirse en la determinación final del tipo de pena consideraciones de utilidad que sustituyan al merecimiento como criterio rector de la pena, que es precisamente el peligro sobre el que alertaba Von Hirsch con relación a los modelos mixtos (p. 94).

La clara necesidad de prever sanciones de refuerzo para las sanciones no privativas de libertad, cuyo incumplimiento es mucho más probable que en el caso de la prisión, puede conducir a una huida a la misma, si es designada como tal refuerzo, sobre todo, si se tiene en cuenta que los mayores requisitos y vigilancia de cumplimiento, que estas sanciones comportan en comparación con la suspensión de la pena tradicional, permiten descubrir más infracciones. Los elementos que supone el no cumplimiento del castigo para Von Hirsch son tres. Que al infractor le queda por cumplir la parte restante del castigo, que habrá de ser más fácil de controlar; que el incumplimiento es discutiblemente un acto reprehensible que reclama algo más de castigo, pero como mucho una adición modesta, difícil de medir por la ausencia de víctima; y que es algo más que una infracción técnica, pero sólo rara-

mente supone la comisión de un delito de una gravedad que exija pena de prisión. Su modelo basado en el merecimiento recomienda sólo un pequeño aumento de la severidad, recibiendo el infractor una pena de la franja inmediatamente superior a la de la pena inicial, porque el incumplimiento, a la vista de lo anterior, no comporta más que ese escaso aumento de gravedad. Aquí se pone de manifiesto de nuevo el problema de la medición de la gravedad de una conducta cuando no hay una víctima identificable, al que se ha hecho referencia anteriormente, que respecto al problema puntual del incumplimiento no se estima muy grave, porque además se cuestiona su reprobabilidad, pero que se revela como capital en la medida en que es una de las piedras de su modelo asentado en la proporcionalidad. Por otro lado, la posibilidad de control del cumplimiento de la pena no sólo debe ser relevante en el momento de imponer una sanción de refuerzo, también ha de contar en el momento de la decisión inicial como una razón más dentro de las que auxilian la toma de decisión dentro de las distintas posibilidades equivalentes punitivamente. Al hilo de esta idea surge la pregunta de cómo se articulan esos criterios. Si se atiende al riesgo de escapar al cumplimiento, las sanciones más fáciles de controlar siempre serían preferibles, pero puede que no sean las más satisfactorias desde el punto de vista de su capacidad preventiva. Si la severidad es distinta, sólo hay que optar por la sanción que sea pareja a la gravedad del delito de que se trate, pero en supuestos de equivalencia la decisión final puede apoyarse en consideraciones contradictorias a otras también posibles, sin que se haya arbitrado un principio que rija la elección.

Siguiendo con su postura escéptica respecto a los modelos mixtos, rechaza también su aplicación a la práctica de las sanciones intermedias y pondera las ventajas del modelo que él, Wasick y Greene proponen (p. 101). 1) Puede restringir el uso de la prisión que, como castigo severo, correspondería sólo a delitos de naturaleza grave, aunque depende en todo caso del anclaje de la escala de penas y del tratamiento de la reincidencia. 2) Limita el uso de las sanciones intermedias a los delitos de gravedad intermedia y no lo permite para los leves, aunque los infractores sean aptos para el programa previsto. 3) «La escala de penas sería relativamente simple por el hecho de restringirse la sustitución». 4) «La revocación de la sanción también estaría controlada». E insiste en la idea, que inspira su teoría, de vigilar el riesgo de que, por vía de las sanciones intermedias y su atractivo, se cuele un endurecimiento de las penas y un aumento del control penal pervirtiendo la idea inicial de buscar alternativas más dulces a la prisión.

Frente a otros autores que pretenden una amplia individualización de la sanción, vinculándola a la consecución de diversos objetivos, como la resocialización mediante el avergonzamiento (Braithwaite, *Crime, Shame, and Reintegration*, Cambridge, 1989) del autor o el arrepentimiento sin más (Duff, «Punishment and Penance», en Jung y Müller-Dietz (eds.), *Recht und Moral: Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991), defiende Von Hirsch en el capítulo 8 (pp. 117 ss.) una estandarización exigida por la graduación de la gravedad de los delitos, que demanda la proporcionalidad, traducida en categorías y subcategorías estándar. Las desviaciones de la norma sólo serían admisibles excepcionalmente, cuando el caso sea de gravedad bastante distinta. Las razones en pro de esta estandarización son la coherencia de las penas, el propio concepto de daño que maneja, basado en el estándar de vida, y la culpabilidad, definidora junto a la gravedad del daño de la gravedad del delito, que ha de atender a lo que es reprochable al autor, no a lo necesario para reparar a la víctima, lo que exige considerar la previsibilidad de las consecuencias de lo que hizo y la oportunidad de autor de apreciarlas. Las técnicas para conseguir este grado de estandarización «varían y ninguna es perfecta» (p. 125). Dos de las posibilidades son las guías penológicas numéricas, que trazan un esquema numérico que contiene diversas franjas de gravedad ascendente, y los principios penológicos legales como el principio de proporcionalidad, estándar que los tribunales han de aplicar al desarrollar la escala concreta de penas. Las ventajas de la primera opción son su fácil aplicabilidad por los jueces y control por los tribunales; sus inconvenientes, ser excesivamente genéricas y su vulnerabilidad a las presiones políticas. Los principios son menos genéricos porque los tribunales conservan su discrecionalidad para discriminar gravedades dentro de una categoría y promueven un pensamiento más sistemático de los jueces, pero su éxito depende precisamente de la voluntad de esos jueces en gran medida. La decisión sobre qué técnica adoptar habrá de atender a las tradiciones jurídicas y políticas y al margen de discreción de los tribunales.

La otra cuestión que preocupa a Von Hirsch respecto a las sanciones intermedias es el riesgo de crear prácticas humillantes. En colaboración con Uma Narayan se propone elaborar una teoría (Capítulo 9, pp. 129 ss.), que se oponga a posibles castigos degradantes o intromisivos. Para ello hay que desenmascarar algunas falacias habituales (pp. 129 a 131). *Cualquier cosa es mejor que la cárcel*, se incluye en la idea de que el castigado no puede quejarse si aún le podía haber ocurrido algo peor. Cada sanción ha de ser justificada en sí misma y la severidad no es el único criterio de evaluación ética de una pena, la

degradación es otra y puede determinar la inadmisibilidad de una sanción proporcional. *La intrusión depende de la tecnología*. Depende de hasta qué punto afecte a la dignidad e intimidad de las personas. *El legalismo*. Las disposiciones constitucionales no agotan las exigencias éticas que un Estado debería respetar cuando trata a las personas condenadas. El problema de los castigos degradantes es que niegan a aquellos a quienes se imponen la condición de persona humana, la dignidad a ella debida (12). La diferencia entre el reproche desaprobatorio propio de la censura, elemento de todo castigo seguramente humillante, y la degradación es la que hay entre la expresión de un juicio social de censura, que puede avergonzar, y la voluntad de humillar y la humillación que proviene de tratar al castigado como algo inferior a una persona (13).

Proponen tres criterios definitorios de medidas penales degradantes que han de evitarse. 1. Las deshumanizadoras, «las que real o potencialmente pueden destruir la personalidad del infractor» (p. 132). 2. Los rituales degradantes «o cualquier otra medida penal que requiera la adopción de posturas o actitudes ridículas o serviles» (p. 133), porque «una persona tiene derecho no sólo a preservar su personalidad de la destrucción, sino a *poder presentarse al mundo como un ser humano íntegro*» (p. 133). 3. La obligatoriedad de adoptar ciertas actitudes porque «no existe forma alguna de que una persona pueda ser, con dignidad, obligada a sentirse como un paria moral» (p. 133). Renuncian a elaborar un catálogo de las sanciones a excluir como degradantes porque es una cuestión de grado y existen

(12) También en España se destaca la vinculación entre la dignidad de la persona y la humanidad, prohibiendo expresamente el artículo 15 de la Constitución las penas o tratos inhumanos o degradantes, aunque no todos los autores reconocen igual alcance a esos principios. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 261.

(13) El Tribunal Constitucional emplea precisamente el plus de «humillación y envilecimiento» con relación a lo que lleva aparejado la simple imposición de la condena como definitorio de la calificación de una pena como inhumana o degradante en el sentido del artículo 15 de la Constitución, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. STC 65/1986, de 22 de mayo, fundamento jurídico 4.º; STC 89/1987, de 3 de junio, fundamento jurídico 2.º; STC 120/90, de 27 de junio, fundamento jurídico 9.º; STC 137/90, de 19 de julio, fundamento jurídico 7.º; STC 150/1991, de 4 de julio, fundamento jurídico 7.º; STC 57/1994, de 28 de febrero, fundamento jurídico 4.º; STC 119/1996, de 8 de julio, fundamento jurídico 2.º. Destaca también que denotan la causación, sean cuales fueran los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente. STC 120/90, fundamento jurídico 7.º; STC 137/90; fundamento jurídico 9.º; STC 57/1994, fundamento jurídico 4.º

múltiples posibilidades de sanciones no privativas de libertad imaginables. En consecuencia optan por articular las ideas anteriores mediante el concepto de *contenido penal aceptable*. Impone que las privaciones que supone la sanción, impuestas con fines preventivos (respetando siempre la proporcionalidad) y punitivos, han de ser compatibles con la dignidad del infractor, lo que significa que puede mantener un grado razonable de autocontrol, sin ser objetables por ninguno de los criterios anteriores. Esta limitación de no afectar el estatus de persona del condenado acorta en gran medida el repertorio de posibles sanciones intermedias y facilita la aplicación de un sistema de sustitución absoluta, como se expuso anteriormente. El baremo, que es una forma de análisis, no la fuente de una explicación completa de qué tipo de sanciones intermedias respetan o no los estándares, es aplicable tanto a la prisión como a las sanciones no privativas de libertad, no sólo respecto a los rasgos expresamente punitivos, sino también a los rehabilitadores, sin olvidar las medidas auxiliares que puedan ser necesarias para la aplicación de la medida principal (14), que podrían aproximarse más que la principal a la línea de lo inaceptable. En mi opinión, sería más lógico y más respetuoso con la idea de menor intervención posible tener en cuenta ya en el momento de decidir la sanción a imponer cuáles pueden o van a ser con seguridad las medidas auxiliares precisas para aplicar la principal que aumentar el margen de intensidad intromisiva de una medida en función de que sea necesaria para ejecutar otra, relajando los requisitos de respeto a la dignidad de una persona, salvando la posibilidad de su autocontrol.

No se contempla en su propuesta la posibilidad de que el condenado exprese su preferencia a la hora de elegir la sanción intermedia, aunque es cierto que en su sistema de sustitución limitada esa decisión habrá sido tomada previamente. Pero aún así queda pendiente la cuestión de quién y cómo se decide qué es humillante, es decir, si la dignidad es indisponible o sus límites pueden ser trazados dependiendo del afectado, o si en último término su opinión puede tener alguna relevancia en la determinación de la clase de pena a imponer.

Para concluir el tema de las sanciones intermedias se refieren muy brevemente a la posible afectación a los derechos de terceras perso-

(14) En el mismo sentido el Tribunal Constitucional ha declarado «que aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante «en razón del objetivo que persigue», ello no impide que se le pueda considerar como tal «en razón de los medios utilizados» STC 120/1997 de 27 de junio, fundamento jurídico 9.º; STC 137/1990, de 19 de julio, fundamento jurídico 7.º; STC 57/1994, de 28 de febrero, fundamento jurídico 4.º

nas, en la medida en que se reintroduce al infractor condenado en contextos en los que otros viven sus propias vidas, lo que, en su opinión, no ocurre con la prisión por sus efectos segregativos. Proponen tomar cautelas sobre todo frente a las medidas auxiliares y tener en cuenta el impacto en terceras personas de las sanciones en el momento de seleccionar cuál imponer. La brevedad del tratamiento del tema lo hace también superficial. No sólo puede pensarse en afectaciones como una menor intimidad, sino en otras consistentes en carencias originadas directamente por la sanción o por las medidas auxiliares que la acompañen, como la desaparición de la fuente de ingresos, y no se entiende por qué éstas no son tenidas en cuenta en general y en concreto en relación con la prisión, respecto a la cual se niega de entrada que afecte a derechos de terceros por que no hay «represión» de esa tercera persona (p. 137). Tampoco está claro qué ocurre si la pena efectivamente implica graves injerencias en la vida de terceras personas, pero es adecuada conforme a otros motivos, por ejemplo, desde la perspectiva del fácil control de su cumplimiento o su carácter menos intromisivo para el sancionado, como el caso de un arresto domiciliario vigilado. Si se opta finalmente por el arresto se puede llegar a la situación paradójica de «castigar» a alguien informalmente para evitar que otro evite el cumplimiento de la pena que se le impone judicialmente.

En la décima parte del libro (pp. 139 ss.) indaga Von Hirsch sobre las implicaciones políticas de la teoría del merecimiento y las relaciones entre los fines de la pena y la política penal en general, desde una perspectiva realista y por ello modesta. Comienza haciendo un breve recorrido por la consideración que el principio de proporcionalidad ha merecido dentro del pensamiento penológico. Mientras que en los años 50 y 60 se le consideraba una ideología conservadora frente a la teoría que defendía los fines de resocialización e incapacitación, surge en los años 70 entre los sectores liberales la teoría del merecimiento como reacción a la indeterminación y severidad de la pena que resultaba de aquella perspectiva prospectiva, idea que recogen las más recientes propuestas basadas en el modelo del merecimiento. Considera que la coincidencia cronológica de la teoría del merecimiento con una ola de conservadurismo que se produce a finales de los 70 y en los 80 llevó a algunos críticos del proporcionalismo a acusarle de ser parte de una estrategia represiva del delito, lo que niega con dos argumentos. Desde la perspectiva teórica, los penalistas auténticamente conservadores rechazan el principio de proporcionalidad porque limita las estrategias de reducción del delito. Desde la perspectiva del derecho positivo, la proporcionalidad ha inspirado las regulacio-

nes de algunos de los estados menos conservadores, poniendo como ejemplo, Minnesota y Oregón en Estados Unidos y Finlandia y Suecia en Europa.

Von Hirsch rechaza también el supuesto vínculo entre merecimiento y severidad de los castigos y acusa a este tipo de críticas de falta de realismo en el examen de la relación entre una teoría penológica y la severidad penal, porque la severidad de las penas depende más de las dinámicas políticas subyacentes. Lo único que puede hacer una teoría es ofrecer buenas razones para limitar el aumento de las penas. En este reconocimiento de las escasas posibilidades de influencia de la ciencia penal reside no una declaración de modestia, sino una asunción realista de la impermeabilidad del sistema a las opiniones dogmáticas (15). Con ese criterio evalúa las propuestas que se basan en la justicia y las de matiz utilitarista decantándose por las primeras. Primero, porque la posibilidad de ofrecer desde el proporcionalismo una estrategia reduccionista distinta de la optimización de la prevención rebate el argumento de que el modelo del merecimiento no se pronuncia sobre el anclaje de la escala de penas. De la comparación entre las políticas penales que alienta el modelo de justicia y el utilitarismo extrae que la teoría del merecimiento proporciona argumentos para resistir la tentación de aumentar la pena porque en ella lo determinante es la equidad y no la reducción del delito; el patrón de medida, la gravedad del hecho y no el riesgo que supone el sancionado; y, por último, atiende a la dimensión moral sin limitarse a meros argumentos técnicos. Su otro gran mérito es solucionar los dos problemas de aplicación de las sanciones intermedias: impide que se impongan a delitos poco graves por el mero pronóstico de éxito y limita la severidad de las sanciones de refuerzo.

Otra de las objeciones a la teoría del merecimiento es su fracaso para afrontar algunos males sociales subyacentes. Pero, para el autor, no se trata de que se cubra con la reprochabilidad de la conducta las malas condiciones sociales y económicas que puede haber detrás, sino de que la política penal no es el instrumento para promover reformas sociales. Si además se asume que el delito se da en cualquier contexto, la cuestión es qué sistema es el menos injusto al condenar. «Reformar los males sociales (deseable y esencial como es) no es un sustitutivo para conseguir que las penas sean más proporcionadas o

(15) En el mismo sentido, pero aún más tajante se muestra, desde su perspectiva sistémico-funcionalista, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, 1996, pp. 40-41.

justas» (p. 152). La teoría del merecimiento sería preferible a las estrategias utilitaristas en las que los factores sociales pueden empeorar la situación de los más desfavorecidos, al indicar un mayor riesgo que exija una pena más severa.

Concluye enumerando factores que posiblemente influyen en el desenvolvimiento de las reformas penales, respecto a las cuales rechaza generalizaciones descontextualizadas. Son las demandas de severidad penal, la «letra pequeña» de la ley y la tradición judicial, las disposiciones adicionales vinculadas a la condena principal como las referidas a la libertad condicional, y el contexto general, no sólo del país en cuestión.

El epílogo de esta obra (pp. 159 ss.) no es una recapitulación, ni una referencia a posibles consecuencias derivadas de lo expuesto, sino todo lo contrario, una defensa de la premisa del libro: la pretensión de justicia como objetivo del sistema sancionador frente a las objeciones más frecuentes. En concreto, contesta a cuatro críticas comunes:

1) La necesidad de criterios penológicos, de una estandarización para articular la idea de proporcionalidad impide alcanzar la justicia absoluta, pero, aunque cierto, no conduce necesariamente a abandonar su pretensión. La preocupación por el tratamiento de los casos desiguales sirve para acentuar la importancia de la sensibilidad a las variaciones de gravedad, no para excluir la justicia como el objetivo.

2) El modelo del merecimiento presupone un consenso moral que fundamenta el reproche. El disenso en materia moral y ética que preside la sociedad actual no obsta a que respecto al núcleo de lo que debería tratar el Derecho penal (la prohibición de delitos violentos, robos y estafas, y la compulsión de ciertos deberes básicos de la ciudadanía como el pago de impuestos y la protección del medio ambiente) exista un amplio acuerdo. Las dudas que surgen a medida que uno se aleja de tal núcleo se deben a las deficiencias de la teoría de la criminalización y fortalece el modelo penológico. «Cuando se duda de si y por qué la conducta prohibida es dañina, no es sorprendente que sea difícil evaluar su grado de gravedad» (p. 163). Por otro lado, es el Estado como tal el que castiga y no la sociedad como un todo consensuado, y lo que necesita son criterios sobre en qué grado castigar, que son suministrados por los juicios de daño y culpabilidad.

3) La presencia de la pobreza en la sociedad pone en duda la posibilidad de una pena justa, la aspiración del modelo del merecimiento, en una sociedad injusta. Desde su concepción reprobatoria del castigo basada en la censura, el tema se plantea desde la posible alteración del grado de daño de la conducta o la culpabilidad del autor.

Respecto a la lesividad de la conducta, «Cualesquiera que sean los efectos que produce la injusticia social, ésta no disminuye (de hecho aumenta) el daño de los delitos con víctimas. Indudablemente el derecho penal tiende —con sus prohibiciones de conductas disruptivas— a sostener el orden social, bueno o malo. Pero, como ya han destacado Richard Sparks y David Garland, también tiene los efectos prácticos de ayudar a la gente común a proteger su vida, su seguridad y sus posesiones. No está nada claro si las funciones represivas de la ley predominan por encima de sus funciones protectoras» (p. 164). En relación con la posible influencia de la pobreza en la culpabilidad (16), podría aceptarse que la precariedad económica ha dificultado el cumplimiento de la ley y el infractor es menos culpable, por lo que puede aplicársele una atenuante que reconozca esa mayor dificultad, aunque advierte de las dificultades teóricas y prácticas para implementarla. Pero niega rotundamente que de ahí pueda derivarse el corolario de la ilegitimidad de las sanciones proporcionales. Remite en todo caso al momento de anclar la escala de penas como el oportuno para tener en cuenta estos problemas.

4) Para que la tesis de la preeminencia de la benignidad fuese correcta debería servir en un sistema penal proporcionalista. El problema es quién se beneficiaría de la reducción selectiva. Parece que el argumento para justificar esa reducción es simplemente que las personas afectadas recibirían menos castigo. «Esta afirmación por sí sola no me parece excesivamente convincente —especialmente si existe la alternativa de reducir todas las penas en vez de proceder a reducciones selectivas» (p. 169).

(16) Paralelo a este planteamiento es el que sigue TORÍO LÓPEZ en la construcción de su concepto de imputación subjetiva. «El concepto individual de culpabilidad», *ADPCP*, 1985, pp. 285-301. La oposición entre la imagen del hombre de que parte el ordenamiento, como capaz de orientar su comportamiento, y la visión diaria del hombre, cuya conducta resulta condicionada por infinidad de factores, le lleva a exigir la consideración en el nivel de la culpabilidad de sus particularidades incluyendo sus circunstancias socio-económicas. Con ello se dota de virtualidad al principio constitucional de igualdad y se ahonda en una consideración criminológica del delito como conflicto social. Las evidentes dificultades prácticas que presenta la propuesta de TORÍO son de signo distinto a las que VON HIRSCH tiene en mente. Las primeras residirían en los problemas de aplicación, que obligarían a un cambio radical de la forma de conducir el procedimiento penal para permitir alcanzar el grado de conocimiento sobre las particularidades del sujeto en cuestión necesario para alcanzar una decisión individualizada sobre la pena a imponer. VON HIRSCH, sin embargo, se sitúa en el momento previo al enjuiciamiento, en el de la plasmación legislativa de la posible atenuante, y considera que no sería fácil ni su redacción, ni su aceptación desde el punto de vista político.

Con esta explicación dual del castigo se ofrece un nuevo intento de articular elementos heterogéneos en la fundamentación de la pena, lo que la aproxima a construcciones ya conocidas y más difundidas en nuestro ámbito, como la teoría de Roxin de la prevención de integración limitada por la culpabilidad. Hay, por un lado, un componente que obedece a criterios retrospectivos: censura y otro a prospectivos: sufrimiento; el primero apela a razones morales y el segundo a motivos prudenciales. El problema es que la pretendida armonía entre ambos, amparada en la cobertura de la pretensión de justicia y en la concepción del hombre, premisas de su propuesta, no escapa a objeciones. Fundamentalmente, el núcleo problemático lo constituye el rechazo a una base preventiva que emplea baremos distintos del merecimiento, como la optimización de la evitación del delito, que, sin embargo, va a terminar siendo el elemento determinante de la preferencia por una pena con el elemento del sufrimiento. Tampoco son despreciables las dificultades prácticas de puesta en marcha de su teoría. Desde la evaluación de la gravedad del daño o la severidad de las penas hasta la decisión sobre el concreto tipo de pena a imponer dentro del catálogo de sanciones posibles, pasando por la fijación de la escala de penas, el desarrollo de su propuesta inicial se ve salpicada de dudas y en algunos casos de falta de concreción.

Pero, lo que diferencia estos textos, especialmente la monografía de 1993, de otros con la misma pretensión es la claridad y sencillez en el tratamiento de un tema complejo y en la exposición de una teoría con múltiples caras, así como la preocupación por los problemas prácticos que da verdadero sentido a la expresión de Derecho penal orientado político-criminalmente. Y no se trata de méritos despreciables.

Sistema penal y transición a la democracia en México: bases para su análisis y tendencias*

ALEJANDRO GONZÁLEZ GÓMEZ

Universidad Michoacana

1. INTRODUCCIÓN

Crisis y transformación del sistema político-social son, posiblemente, las notas más características del pasado reciente –y del propio presente– en México. Tanto la(s) crisis, como el proceso mismo de transformación del sistema han adquirido un alto y preocupante grado de *permanencia* en el contexto nacional.

Por un lado, las crisis, fundamentalmente –pero no tan sólo– económicas, muestran un patrón cíclico o recurrente, generalmente sexenal (1); y, por otro, da la impresión que el proceso de transición a la democracia, por su dilatación y paulatino desarrollo, se ha transformado en una constante más en el escenario político-social mexicano.

(*) El texto de este trabajo se corresponde, básicamente, con el contenido de la conferencia pronunciada el día 28 de octubre de 1998, en el Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y tiene, como antecedente, el proyecto de investigación presentado ante el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (convocatoria 1998), bajo el título *Sistema penal y transición a la democracia en México: análisis, disfunciones y perspectivas*.

(1) A partir de 1994, con el llamado «error de diciembre», este patrón –crisis de fin de sexenio– da un giro de 180 grados, para ahora iniciar con el período sexenal y extenderse –dosificarse– a lo largo del mismo. Sobre aquél y otros eventos, ampliamente, cfr. OPPENHEIMER, A., *México: en la frontera del caos*, Vergara editor, México, 1996, *passim*.

A estas dos características, digamos básicas, habría que añadir otra que –sin ser del todo nueva, ni tampoco totalmente desvinculada de las anteriores– recientemente ocupa el primer lugar del *rating* de la cotidianidad en México: la crisis de la (in)seguridad pública.

Esta particular crisis, se afirma (2), ha rebasado totalmente los marcos legales y se ha convertido en un asunto dotado de implicaciones económicas, políticas, sociales y culturales y presenta, como manifestación más palmaria, un considerable incremento, tanto de la delincuencia, como del sentimiento de inseguridad (3).

Para atajar la crisis de inseguridad se han conformado programas, sistemas y planes nacionales de seguridad (4) que, hasta la fecha, se han mostrado ineficaces. La última estrategia, tan sólo estructurada el pasado mes de agosto, ha desembocado en una convocatoria formulada por el propio presidente de la República para iniciar una «verdadera Cruzada Nacional contra el Crimen y la Delincuencia» (5).

Dentro de estos planes y programas suele contemplarse, como estrategia prioritaria para la reducción de los índices delictivos, la revisión o actualización del marco normativo penal. En realidad, estas modificaciones –reformas– se han realizado a tal ritmo –algunas frecuentemente– que no en pocas ocasiones se anticipan o sobrepasan a un concreto plan (6).

De este, verdadero frenesí, legislativo no escapa ni la propia Constitución: de 1993 a la fecha, se han consumado tres reformas constitu-

(2) En este sentido, vid. «Editorial» en *Criminalia*, año LXIV, núm. 1 (enero-abril 1998), p. IX.

(3) A este binomino, habría que aumentar, para completar el panorama otro igualmente significativo y característico: corrupción e impunidad.

(4) Así, por ejemplo, Ley que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública (1995), Programa Nacional de Seguridad Pública 1995-2000 y el –reciente– Plan Nacional de Seguridad (agosto de 1998).

(5) Al presentar el Plan Nacional de Seguridad y convocar a la Cruzada Nacional contra el Crimen y la Delincuencia, el presidente Zedillo reconoció que el estado de inseguridad pública es el resultado de la ineficacia y corrupción de los cuerpos policíacos. Este plan, que cuenta con mas de cien acciones, se estructura en ocho ejes estratégicos: 1) reestructuración y aumento de las policías; 2) capacitación y combate a la corrupción; 3) aumento de personal en la procuración de justicia; 4) mejoramientos de salarios; 5) *revisión del marco legal y de las penalidades para diversos delitos*; 6) construcción de más reclusorios y perfeccionamiento de los sistemas de readaptación y 8) establecimiento del servicio civil de carrera y atención a demandas ciudadanas de seguridad. Cfr., sobre ambos aspectos, «Convocó el Ejecutivo a iniciar la cruzada para abatir la delincuencia», en *La Jornada* de 27 de agosto de 1998.

(6) Bien puede considerarse como ejemplo de lo señalado en el texto, en ambos extremos, las iniciativas presidenciales de reformas –constitucional y a normas secundarias– de fecha 9 de enero de 1997.

cionales en materia penal –sustantiva y adjetiva (7)– y otra más se encuentra en trámite (8).

Antes de continuar y, ya que hemos hecho referencia a la Constitución mexicana, es necesario tener en cuenta una ulterior característica de la realidad política mexicana: la inestabilidad constitucional. Desde su promulgación, en 1917, la norma constitucional mexicana –formalmente rígida– ha sufrido poco menos de seiscientas reformas y adiciones. Este dato, que en sí mismo presupone –por su elevadísimo número– la poca eficacia de las reformas, se torna francamente preocupante si tomamos en cuenta que más de la mitad de éstas, se han realizado en los últimos 25 años (9).

Las reformas constitucionales, en términos generales, o bien han sido promovidas para «dar respuesta» a necesidades políticas coyunturales o, peor aún, para incorporar –elevar– a rango constitucional un determinado proyecto de gobierno (10).

Teniendo como telón de fondo o puntos de referencia las anteriores características, que bien pueden ser agrupadas en sendos binomios: *a)* crisis –económica– y transformación del sistema político-social y *b)* crisis de (in) seguridad pública e inestabilidad normativa, podemos pasar al objeto de exposición.

2. SISTEMA PENAL Y TRANSICIÓN A LA DEMOCRACIA EN MÉXICO

Es ampliamente reconocido que la estructura, no sólo del Derecho penal, sino de todo el sistema penal está directamente condicionada por la propia del sistema político-social.

(7) Publicadas, respectivamente, en Diario Oficial de la Federación (DOF) de fechas 3 de septiembre de 1993; 31 de diciembre de 1944 y 3 de junio de 1996.

(8) Vid. Iniciativa presidencial de reforma a los artículos 16, 19, 20, 22 y 123 constitucionales de fecha 9 de diciembre de 1997, en *ABZ. Información y análisis jurídicos*, núm. 61 (1 de enero de 1998), pp. 11 ss.

(9) Al respecto, entre otros, cfr. CARBONELL, M., *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*, IJ-UNAM, México, 1998, p. 118. Una detallada relación de las reformas constitucionales, por artículos y períodos constitucionales, puede consultarse en los números correspondientes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en *Cuadernos de Derecho. Compilación. Compilación y actualización legislativa* (ABZ editores, Morelia).

(10) Esta inestabilidad ha contribuido, significativamente, al menoscabo de la fuerza normativa de la propia Constitución (Carbonell, *Op. cit.* p. 119).

Así, por ejemplo, el Estado liberal clásico –al tiempo que replanteaba la legitimidad y límites del poder público– concibió un sistema penal que gravitaba, esencialmente, en torno a la defensa de las garantías de los eventuales delincuentes (11).

La creciente participación del Estado en la vida social, dejando atrás la función de mero guardián del orden jurídico, dará origen al Estado intervencionista, al *Welfare State*. En el Estado social la potestad punitiva se orientará, mas que a la salvaguarda de las garantías de los ciudadanos, a la prevención del delito (12).

La conformación, tras la segunda guerra mundial, de un modelo de Estado que aspira conjugar en una síntesis –mediante la introducción de la democracia como tercer elemento catalizador y al mismo tiempo (de)limitador– las concepciones liberal y social, ha supuesto –nuevamente– un replantamiento de los fines, funciones y límites que a la potestad punitiva le corresponde en nuestros días.

En un tal contexto, y desde distintas perspectivas (13), se ha puesto de relieve la necesidad de configurar –en y desde la propia

(11) Al respecto, entre otros, cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 119 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., *Sobre el concepto de Derecho penal*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1984, pp. 313 y ss; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Ibañez Preciado y otros. Trotta, Madrid, 1995, pp. 253 ss.

(12) Vid. MIR PUIG, S., *Función de la penal y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ed., Bosch, Barcelona, 1982, p. 12. Ampliamente sobre el positivismo como reacción al Derecho penal clásico, cfr. ZAFFARONI, R., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Cárdenas Editor, Tijuana, 1988, t. II, pp. 187 ss.

(13) Así, por ejemplo, CALLIESS y ROXIN en Alemania (*Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, 1974 y «Sentido y límites de la pena estatal» en *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Reus, Madrid, 1976, pp. 11-36,) FIANDACA/MUSCO en Italia (*Diritto penale. Parte generale*, 3ed., Zanichelli, 21 ss.) MIR PUIG en España (*Función de la ... y El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, *passim*). En México, básicamente, MORENO HERNÁNDEZ, «Hacia una reforma integral de la legislación penal y sus principios rectores», en *Criminalia*, año LIX (enero-abril 1993), núm. 1, pp. 58-62; GONZÁLEZ-SALAS CAMPOS, *La teoría del bien jurídico en Derecho penal*, Pereznieto, México, 1995, pp. 103-112; DE LA BARREDA SOLÓRZANO, «La democratización del Derecho penal», en *Justicia penal y Derechos humanos*, 2ed., Porrúa, México, 1998, pp. 107-115; MALO CAMACHO, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, 1998, México, pp. 81 ss. También, cfr. RICO, J. M., *Justicia penal y transición democrática en América Latina*, Siglo XXI, México, 1997, pp. 19-23. También cfr. mi trabajo «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva del resultado. Al mismo tiempo, bases mínimas para su (re)construcción en el Derecho penal mexicano» (*ABZ. Información y análisis jurídicos*, núm. 48 [16 de junio de 1997], pp. 7 ss.), en el que plantea, básicamente, la idea que constituye el hilo conductor de este trabajo: «Empero, para este estudio –y cualquier otro de la materia que se emprenda en México– considero impostergable la reinterpretación, en sede Constitucional, de los

constitución— una serie de límites que circunscriban la facultad punitiva del Estado. Lo anterior, a diferencia del añejo reclamo de correspondencia —como único límite— entre el Derecho penal subjetivo y objetivo, procura configurar una serie de límites al contenido de la potestad punitiva (14).

De igual forma, se reconoce (15) que el sistema penal puede ser —también— capaz de afectar, bien directa o indirectamente, los procesos de transformación desarrollados *ad intra* del sistema político-social.

Si lo anterior se acepta, dicho de otra forma, quiere decir que entre un sistema político-social determinado y su (sub) sistema penal existe no sólo una correlación, sino una influencia recíproca. Tal correlación o influencia recíproca se manifiesta —con especial intensidad y en sentidos no siempre convergentes— en los procesos de transformación que implican o suponen un cambio *sustancial* en el sistema político-social.

Como ya se ha adelantado, una de las notas características de la realidad mexicana lo es, precisamente, el proceso de transformación del sistema político-social. Proceso que, a su vez, se caracteriza por la paulatina liberación política del régimen y su progresiva democratización (16). Esto es, en suma y en pocas palabras, transición a la democracia.

Si bien, hoy en día se acepta —ampliamente— que la transición a la democracia no es proceso lineal, ni tampoco uniforme (17), conviene tener presente las siguientes cuestiones:

- El Estado mexicano, al menos formalmente, está constituido como una república representativa y democrática (art. 39 constitucional)
- Sobre la base de un presidencialismo —legalmente— avasallador y de la mano de un partido político absolutamente hegemónico

finés, funciones y límites que al Derecho penal se le asignan en un Estado democrático»

(14) Los referidos límites —como es sabido— suelen enunciarse en una serie de principios, tales como los de legalidad, prohibición de analogía, *ultima ratio*, exclusiva protección de bienes jurídicos, etc. Sobre éstos y otros —además de los autores ya citados— vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 179 ss.

(15) Vid. RICO, J. M., *Justicia penal y transición a la democracia en América Latina*, Siglo XXI, México, 1997, p. 35.

(16) Cfr., en este sentido, RICO, J. M., *Justicia penal y ...*, p. 38.

(17) RICO, J. M., *Op. cit. loc. cit.*

—durante mas de 60 años— prácticamente, de Estado, se configuró en México un verdadero sistema autocrático (18).

- Este sistema vertical y monolítico, en los últimos años (19) ha venido —a cuenta gotas— liberalizándose y progresivamente democratizándose.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores y como soporte o punto de arranque, el reconocimiento de la correlación e influencia recíproca entre sistema político-social y sistema penal, el siguiente y lógico paso sería formular dos preguntas básicas: a) ¿cuál ha sido el impacto del proceso de transición a la democracia en el sistema penal mexicano?, y b) ¿cuál ha sido el contenido y alcance de la interacción entre los cambios socio-políticos y la reforma al sistema penal?

Las respuestas a estas interrogantes, como es de suponer, distan mucho de ser tarea fácil. Esto es así, no sólo por ausencia casi total de escritos que aborden —en su conjunto— el alcance y contenido de tal interacción (20), sino fundamentalmente por las muy peculiares características, tanto del sistema político-social mexicano, como del proceso mismo de transición. En estas condiciones, resulta mas que conveniente reflexionar, en primer término, sobre qué bases habrá de efectuarse dicho análisis.

Un tal análisis, en mi concepto, debe articularle sobre la base de la (re) interpretación, en y desde la Constitución, de los límites y funciones que a la de potestad punitiva, al *ius puniendi*, le corresponden en la forma organización político-social hacia la que transita(mos). Esto es, en un Estado, ya no sólo formalmente, sino *sustancialmente* democrático.

(18) Sobre las connotaciones y características jurídicas del presidencialismo mexicano, cfr. CARBONELL, M., *Constitución, reforma constitucional y ...*, pp. 106–106; en clave histórica-política, vid. KRAUZE, E., *La presidencia imperial. Ascenso y caída del sistema político mexicano (1940-1996)*, Tusquets editores, 2ed., México, 199, *passim*.

(19) No resulta fácil, entre otras cosas por su propia extensión, precisar con exactitud el inicio del proceso de transición. Al respecto, suelen señalarse diferentes acontecimientos, tales como el movimiento estudiantil de 1968, la cuestionada —y ciertamente fraudulenta— elección presidencial de 1988, el inicio —a principios— de los noventa de la alternancia en las gubernaturas estatales o la reciente elección de 1996 que, entre otras, cosas supuso por primera vez la pérdida del control, por parte del partido oficial, del Congreso federal.

(20) Esta situación, no sólo privativa en México, contrasta con la abundante bibliografía que sobre otros aspectos de los procesos de transición democrática suele existir. Al respecto, vid. RICO, *Op. cit.*, p. 35, nota 4.

Una (re) interpretación, en clave constitucional, de los fines y funciones que a la potestad punitiva le corresponden en el Estado democrático de Derecho, se justifica –básicamente– por las siguientes consideraciones:

a) Por la –histórica– ausencia de un programa penal de la Constitución de 1917.

b) Por la necesidad de contar con indicadores que, de *lege lata* y *lege ferenda*, puedan contribuir a medir el impacto y grado de interacción entre el proceso de transición a la democracia y el sistema penal. Estos indicadores no son otros, que los propios principios rectores y (de)limitadores de la potestad punitiva en un Estado democrático de Derecho (21).

Tanto el enfoque propuesto, como el primero de los puntos, sí que requieren de una ulterior explicación. En cambio, el segundo de éstos, sólo precisa –aquí en España– de una breve referencia.

El presupuesto inicial, con proyección sobre las subsecuentes bases para el análisis, lo constituye la reconsideración de la Constitución como una *norma plena*, en la que converjan lo formal y lo real y vivida efectivamente por los destinatarios y detentadores del poder (22).

En realidad, tampoco habría que insistir en este concepto hoy aquí, especialmente cuando se tiene a la mano el artículo 9.2 de la Constitución española de 1978. Sin embargo, es necesario tener presente la poca, en ocasiones reducidísima, eficacia normativa que ha tenido la norma fundamental mexicana debido, tanto a factores internos, como externos.

Con relación a los segundos, ya se ha señalado que la «ductilidad» –derivada de la propia configuración del sistema político-social– la Constitución de 1917 ha mermado, significativamente, su eficacia normativa. Esta situación fáctica ha sido, en cierta forma, apuntalada por la configuración de corte liberal individualista que campea –junto a los postulados sociales de la Revolución (23)– en buena parte de

(21) Estos principios, junto con otros indicadores, como el mayor o menor grado de respeto a los Derechos Humanos consignados en documentos internacionales bien pueden contribuir no sólo a los fines indicados, sino para medir el «grado de salud» de la propia democracia. Al respecto, cfr. ZAFFARONI, R. E., «Los Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina. Informe Final», en *Revista de Justicia*, vol. 2, núm. 2 (abril-junio de 1986), *passim* y RICO, J. M., *Op. cit.*, p. 37, nota 6.

(22) Cfr. CÁRDENAS GRACIA, J. «Posibilidades para una nueva Constitución» en *Aequitas*, núm. 2 (julio 1998), pp. 6.

(23) Estas características sitúan, según Fix-Zamudio, a la Constitución de 1917 como de transición entre los textos de corte liberal individualista clásico y las consti-

ella. De acuerdo con esta tradición –tan sólo– se consideraba los derechos fundamentales como integrantes de un catálogo de acciones –de buenas intenciones– políticas a desarrollarse con posterioridad (24).

Como es sabido, la existencia de una Constitución normativa depende, tanto de factores jurídicos, como extrajurídicos. No es posible, en este momento, hacer un análisis detallado de los mismos (25), pero sí quiero evocar dos de ellos y traer a colación –a título ejemplificativo– una reciente declaración del presidente de México, que puede darnos una idea de las pocas posibilidades que, todavía, tiene la Constitución mexicana de considerarse –de convertirse en– una norma plena: entre otras, una tal Constitución requiere de una visión de validez formal y material, así como una fuerte lealtad de ciudadano y, principalmente, de las autoridades.

Como consecuencia de la desarticulación de una banda de secuestradores –ciertamente peligrosa, pero que también durante años operó impunemente– la búsqueda y captura del jefe de la misma, se convirtió en una prioridad nacional. En plena persecución, el presidente de la República, públicamente, declaró refiriéndose a éstos que «a esas ratas inmundas, los vamos a llevar a que se pudran en la cárcel» (26).

Esta declaración no sólo es desafortunada o –si se quiere– «políticamente incorrecta», sino contraria *formal y materialmente* a –cuando menos– dos preceptos constitucionales, el 19 y 22. El primero, al igual que lo hace el 25 de la norma fundamental española, establece la orientación del sistema penitenciario hacia la resocialización; mientras que el segundo prohíbe las penas inhumanas (27).

Por otra parte y, como consecuencia –digamos– natural del anterior presupuesto, el análisis normativo constitucional habrá que realizarse contextualizado y estrechamente vinculado con la realidad político-social. Esto que, también, parece una verdad de perogrullo requiere de una explicación adicional.

Como consecuencia del propio carácter autoritario y vertical del régimen político, la doctrina constitucional mexicana –tradicional– ha realizado sus estudios de manera aséptica y desvinculada de la realidad político-social; esto es, independientemente de que sus disposi-

tuciones de la posguerra que ha implantado el Estado democrático social de derecho (cit. por Carbonell en *Op. cit.*, p. 192, nota 637.)

(24) Vid., al respecto, CARBONELL, M., *constitución, reforma constitucional y ...*, p. 191.

(25) Sobre los mismos, vid., CÁRDENAS GRACIA, J., *Op. cit.*, p. 6.

(26) Cuernavaca, Morelos 28 de mayo de 1998.

(27) También contraviene una de las principales y, cronológicamente, primaria obligación del ejecutivo federal: «guardar y hacer guardar la Constitución» –art. 87–.

ciones se cumplan o no. Afortunadamente, recientemente se ha puesto en entredicho, no sólo las pretensiones de «pensamiento único» (28) que subyacen –y persisten– en una tal postura, sino subrayado la escasa o nula viabilidad de propuestas normativas así formuladas, descontextualizadas de la realidad (29).

Por su parte, la ausencia de un programa penal *propio* de Constitución de 1917 puede –inicialmente– explicarse debido a que, ni el Código penal Federal de 1929 –de corta vida– ni su sucesor de 1931, aún vigente, recogieron los postulados filosóficos y políticos que se desprenden de dicho texto constitucional. Por el contrario, el Código Penal Federal de 1931 se configuró, prioritariamente y en sus aspectos fundamentales, sobre la base de la todavía en voga «escuela positivista» italiana (30).

A la postre, este modelo, sustancialmente incompatible con los postulados de la Constitución de 1917 –y *ab initio* de carácter transitorio (31)– se mostró, fácticamente, funcional con el desarrollo de un régimen de carácter autoritario y se consolidó junto con éste. En tales condiciones, resulta fácil comprender que los postulados básicos del Código penal de 1931 hayan permanecido, prácticamente, inalterados hasta la reforma penal de 1984 (32).

A partir de esta reforma, como más adelante veremos, se puede ya apreciar la interacción entre el sistema penal y el proceso de transformación del sistema político-social.

En estas condiciones, una primera –y ya impostergable– tarea consiste, precisamente, en subsanar este histórico déficit, mediante la (re) configuración del programa penal de la Constitución (33).

(28) CARBONELL, M., *Op. cit.*, p. 10.

(29) Cfr. CÁRDENAS GRACIA, J., *Transición política y reforma constitucional*, IJ-UNAM, México, 1996.

(30) Vid, en este sentido, ZAFFARONI, E. R., «La ideología de la legislación penal mexicana», en *Revista Mexicana de Justicia*, núm. 85 (abril-junio 1985), p. 66 y MORENO HERNÁNDEZ, M., «Análisis de la iniciativa de reformas constitucionales en materia penal (artículos 16 y 19)», en *Criminalia*, año LXIV, núm. 1 (enero-abril 1998), p. 88.

(31) Vid. en ZAFFARONI (La ideología de ..., p. 68) las consideraciones en este sentido de la exposición de Teja Zabre.

(32) También resulta comprensible –más no justificable– que la doctrina penal tradicional mexicana haya prescindido de las directrices político-criminales contenidas en la Constitución de 1917.

(33) Entendiendo por programa penal –con ARROYO ZAPATERO– el conjunto de postulados político-criminales en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar («Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución», en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1 [1987], p. 101).

La estructuración de este programa, de acuerdo con lo ya señalado, habrá que partir –como presupuesto– de una reconsideración de la Constitución como norma plena. De aquí, se desprende, necesariamente, una doble línea de acción: a) revalorización del Estado de Derecho y b) redefinir cuáles son, en un Estado democrático de Derecho, los fines y límites del *ius puniendi*.

Veamos, por partes, la importancia que los puntos anteriores tienen para el ulterior análisis del impacto e interacción entre la transición a la democracia y el sistema penal. Como es fácil de suponer, la mayoría los principios que, contemporáneamente, se reconocen como rectores y (de)limitadores de la potestad punitiva tienen pleno reconocimiento *formal* o son reconducibles directamente a uno o varios preceptos de la Constitución mexicana.

Así, por ejemplo, el principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege* y las garantías que de él se desprende –penal, jurisdiccional y de ejecución– se plasman, respectivamente, en los artículos 14-III, 21 y 18 constitucionales. Otro tanto sucede con las consecuencias de aquél derivadas: prohibición de retroactividad (art. 14-I), de analogía (art. 14-III) y principio de certeza de los tipos penales (arts. 14–III, en relación con el 16-II y 19).

De igual forma, por ejemplo, otros principios, como el de humanidad de las penas, el de resocialización y *non bis in idem* se recogen expresamente (arts. 19, 22 y 23); y, por su parte, las garantías procesal penales se plasman en el extenso y rico en contenido artículo 20.

Mayor dificultad se presenta para reconducir, directamente, al texto constitucional, principios como el de intervención mínima y el de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Otros, no menos importantes, tales como el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad, ya encuentran –como más adelante veremos– pleno reconocimiento en la legislación secundaria (34)

No basta, empero, con el mero reconocimiento formal de tales principios, sino que es necesario una –verdadera– orientación y funcionalización de todo el ejercicio del *ius puniendi* para su efectiva materialización.

(34) Cfr., básicamente, el artículo 52 del Código penal Federal (Cpf). Menos claro queda el reconocimiento de otro importante principio, el de presunción de inocencia, que algunos autores (p. ej. MORENO HERNÁNDEZ, *Op. cit.*, p. 89) pretenden incardinar, tras la eliminación de la presunción de intencionalidad, en el artículo 9 de dicho ordenamiento.

3. TENDENCIAS

Habiendo contextualizado y sentado los lineamientos básicos para el análisis del impacto y grado de interacción entre la transformación del sistema político social y el sistema penal, corresponde –ahora– acercarnos al proceso mismo. Ya hemos adelantado que, para tal efecto, bien puede tomarse como punto de arranque la reforma penal de 1984.

Según veremos este proceso de interacción –como la transición misma– no ha sido uniforme. No obstante lo anterior, sí es posible advertir, en principio, una sucesión cronológica progresiva que bien podría ser calificada, de acuerdo con su contenido, como convergente con el proceso de transición y otra que, a partir de 1996, se perfila para transitar en sentido contrario o divergente. Espacio temporalmente la primera abarcaría de 1984 a 1994 y la segunda de 1996 a la fecha.

3.1 Convergencia (1984-1994)

Con la importante reforma de 1983 (35), se iniciará un paulatino desmantelamiento de una serie de preceptos receptados por el Código penal Federal de 1931 que, como se indicó, no sólo no se correspondían con el texto constitucional de 1917, sino que resultan poco o nada compatibles con los principios de un Estado democrático de Derecho.

Así, fue erradicada –de la legislación federal– la llamada «presunción de intencionalidad», prevista en el artículo noveno y que rigió, prácticamente, sin cuestionamiento alguno, por más de cincuenta años. Con ello, se afirma, se dio cabida al principio de presunción de inocencia (36).

Asimismo, en esta ocasión, se modifican sustancialmente los criterios hasta entonces predominantes acerca de la teoría del error, que giraban en torno al *error iuris nocet*. Como consecuencia, se regula –por primera– el error como posible causa de exclusión o atenuación del delito, al tiempo que se sientan las bases para la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición. (ex-art. 15-Cpf).

(35) Publicada en DOF de 13 de enero de 1984.

(36) En sentido, MORENO HERNÁNDEZ, *Op. cit.*, p. 89. En todo caso, la irrupción de este importantísimo principio ha sido, ciertamente, tímida y no con la extensión y grado normativo que merece –como lo hace el art. 24.2 de la Constitución española de 1978.

Por último, se introducen –al ámbito federal– como substitutivos de la pena de prisión, el trabajo en favor de la comunidad, el tratamiento en libertad y la semilibertad (art. 27 Cpf).

Poco tiempo después de esta reforma, a finales de 1985 y en la misma tesitura, se excluye del Código penal federal la –arcaica– figura de la retención (ex-art. 65) y deja de considerarse la reincidencia como causa de agravación de la pena (ex-art 78).

En este período, finalmente y por lo que respecta a las modificaciones en la parte general del Código penal federal, en 1994 se llevaron a cabo una serie de reformas y adiciones (37) que, amén de traducirse en mejoras técnicas sensibles, también pueden ser consideradas –por su contenido– como convergentes con el proceso de transición a la democracia.

Así, por ejemplo, los principios de culpabilidad y de proporcionalidad se vieron fortalecidos, al adoptarse como parámetros para la determinación de la pena, tanto en las formas comisivas individuales (arts. 52 y 12) –en sustitución de los criterios de «peligrosidad» y «temebilidad»– como en la adopción de un sistema diferenciado para la autoría y participación (art. 13).

Por su parte, el principio de legalidad se vio, sensiblemente, robustecido con la inclusión de las reglas para la punición de la comisión por omisión (art. 7.º), la precisión del contenido y requisitos de las formas comisivas dolosa y culposa (art. 9.º), así como con la introducción del *numerus clausus* para esta última (art. 60).

Finalmente, se introdujeron al catálogo de excluyentes del delito nuevos supuestos, como el consentimiento del ofendido (art. 15-III), la no exigibilidad de otra conducta (art. 15-IX) y se precisaron, con una mejor técnica, los supuestos del error de tipo y de prohibición (art. 15-VIII).

Dentro del contexto del período que analizamos se dará, también, un proceso de despenalización de algunas conductas. Así, de la mano de los principios de intervención mínima, de acto y de exclusiva protección de bienes jurídicos, abandonarán dicho catálogo punitivo los llamados delitos de golpes y otras violencias físicas simples (ex-arts. 344-347), las injurias (ex-arts. 348-349) (38) y los tipos de vagos y malvivientes (ex-arts. 255 y 256) (39).

El proceso inverso, es decir de incriminación de «nuevas» conductas –amén de poner de manifiesto, en los términos de la exposi-

(37) Publicadas en DOF de 10 de enero.

(38) Ambas, mediante reforma publicada en DOF de 23 de diciembre de 1985.

(39) DOF de 30 de diciembre de 1991.

ción de motivos del Cp español de 1995, la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las recientes necesidades de una sociedad cada vez más compleja— no se manifestará, abiertamente, sino hasta 1996. Concretamente este proceso se traducirá, por una parte, en una neo-incriminación (40) extra muros del Código penal y, por otra, en una re-codificación de figuras hasta entonces contenidas en leyes especiales (41).

Al final de este período se hicieron, ya en sede constitucional, una serie de modificaciones a las garantías o derechos fundamentales que —pese a la controversia y falta de asimilación que han generado— pueden, atendiendo a su contenido, ser incorporadas en las modificaciones convergentes.

Tales reformas (42), para los efectos que aquí interesan, se concretaron a la modificación de los requisitos o exigencias para liberar un orden de aprehensión y para sujetar a proceso —mediante el llamado auto de formal prisión— a una persona. Para tal efecto, en los artículos 16 y 19, se precisó que para la procedencia de tales actos, sería necesario acreditar los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del imputado (43).

También, en esta reforma y en la propia Constitución (art. 20-I) se modificaron sustancialmente los criterios para la procedencia de la libertad bajo caución —hasta entonces regulada por un criterio de la no excedencia de un término medio aritmético (5 años) obtenido de la suma de la pena máxima y mínima del delito imputado— para hacerla procedente, siempre que no se trate de un delito calificado por la ley como grave.

Junto con estas modificaciones y reformas, que he denominado convergentes, en el mismo período es posible advertir otras de signo

(40) Particularmente a través de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (DOF 7 de noviembre de 1996) y configuración del tipo de operaciones con recursos de procedencia ilícita —lavado o blanqueo de capitales— (DOF 13 de mayo de 1996).

(41) Delitos electorales y en materia del Registro Nacional de Ciudadanos (Título 24.º, arts. 400-413 [DOF 22 de noviembre de 1996]); delitos ambientales (Título 25.º, arts. 414-423 [DOF 13 de diciembre de 1996]) y delitos en materia de derechos de autor (Título 26.º, arts. 424-429 [24 de diciembre de 1996]).

(42) Publicadas en DOF de 3 de septiembre de 1993.

(43) En la anterior redacción, con relación a la orden de aprehensión —facultad exclusiva de un juez penal— se requería que el hecho denunciado tuviera señalada una pena corporal y que existieran datos que hicieran probable la responsabilidad del inculcado. Por lo que respecta al llamado auto de formal prisión, los requisitos precisaban la acreditación del llamado «cuerpo del delito» y la «probable responsabilidad».

contrario. Concretamente, el incremento del tope máximo de la pena de prisión hasta 50 años para determinados delitos (44) y mediante la introducción (45), vía la supresión de beneficios a los sentenciados por ciertos delitos, de sentencias de cumplimiento efectivo (art. 85 Cpf, en relación, con el 8.º de la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados) (46). Estas medidas son, difícilmente, compatibles con los principios de resocialización y de humanidad de las penas.

3.2 1996 ¿punto de quiebra?

No obstante la irrupción de algunas medidas no compatibles con las exigencias de un Derecho penal propio de un Estado democrático de Derecho, el período analizado puede ser –en su conjunto– considerado como convergente con el proceso de transformación del sistema político-social.

Esta tendencia progresiva, a partir de 1996 y como consecuencia de nuevas reformas e innovaciones al marco normativo penal, comenzará a evidenciar una serie de ajustes.

En este año, con la aparición de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, se dará –por primera vez– cabida en el Derecho mexicano a una serie de medidas (47), la mayoría de carácter procesal, que –según se afirma– son necesarias para enfrentar un tipo de delincuencia caracterizada por su alto grado de organización, violencia y presencia transnacional.

La expedición de esta Ley vino, a su vez, precedida de una –otra– reforma constitucional para posibilitar la implementación de algunas de sus medidas, regulándose y sometándose a control jurisdiccional la posibilidad de intervención de las comunicaciones privadas (arts. 16, párrafos noveno y décimo) (48).

En la misma reforma constitucional, se llevo a cabo una –nueva– modificación de los requisitos para la procedencia de la libertad provisional bajo caución. En su última redacción, el artículo 20-I consti-

(44) El tope máximo genérico, ya de por sí elevado, es de 40 años. Los supuestos indicados en el texto, modificados mediante decreto publicado en DOF de 3 de enero de 1989, son homicidio con motivo de una violación (art. 315-bis), homicidio calificado (art. 320) y parricidio (art. 323).

(45) DOF de 28 de diciembre de 1992.

(46) DOF de 28 de diciembre de 1992.

(47) Al respecto, por todos, cfr. SÁNCHEZ TOMÁS, J., «Delincuencia organizada y Estado de Derecho en México», en *ABZ. Información y análisis*, núms. 63, 64 y 65.

(48) Publicada en DOF de 3 de julio de 1996.

tucional, conserva el criterio nugarorio cuando se trate de delitos graves y abre la posibilidad para que, previa petición del Ministerio Público, la misma se niega aun en supuestos de delitos no graves (49).

Si bien estas modificaciones e innovaciones normativas pueden considerarse –dentro del contexto aquí analizado– como un acomodo o ajuste y, por si mismas y en lo general, no susceptibles de estimarse como contrarias o divergentes al proceso de transición a la democracia, es necesario tener en cuenta, para su adecuada ponderación, elementos adicionales.

Tales elementos, no son otros, que el (pen)último (50) «paquete» de medidas anticrimen –como se le conoce en los medios– en el que se contemplan, como parte fundamental, modificaciones adicionales al marco normativo penal.

Las nuevas medidas, consisten –básicamente– en modificaciones a la Constitución, no podrían faltar, y también a la legislación secundaria. Con ellas se busca, en su conjunto y según se desprende la exposición de motivos presidencial (51), hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

Para lograr lo anterior, la nueva iniciativa del ejecutivo –sometida a consideración del Senado a finales del año pasado y aún en trámite legislativo– propone, en suma, la «flexibilización de los requisitos» que establece el artículo 16 constitucional para la obtención una orden de aprehensión (52).

(49) Para negar la libertad provisional en delitos no graves se requiere, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 16 constitucional: a) que lo solicite el Ministerio Público; b) que el inculpado haya sido condenado con anterioridad por un delito calificado como grave por la ley o que aquél aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, o bien un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

(50) Aún antes de que concluya la tramitación de estas medidas, el ejecutivo federal ya ha anunciado –en su último informe de gobierno– su intención de remitir al Congreso de la Unión otra iniciativa o proyecto de reformas al marco normativo penal.

(51) Cfr. en «Iniciativa presidencial de reforma a los artículos 16, 19 20, 22 y 123 constitucionales de fecha 9 de diciembre de 1997», en *ABZ. Información y análisis jurídicos*, núm. 61 (1 de enero de 1998), pp. 11 ss.

(52) Este precepto, actualmente, establece que no podrá liberarse una orden de aprehensión por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existen datos que acredite los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. El texto de la iniciativa propone que la orden de aprehensión proceda –amén de la previa existencia de denuncia o querrela y que el hecho de que se trate esté conminado con pena privativa de libertad– cuando «existan datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado» (cursivas añadidas).

También se propone una disminución, cuantitativa y cualitativa, de las exigencias para someter una persona a un proceso penal, para dictar lo que conocemos como auto de formal prisión (53) –art. 19.

Antes de continuar, es necesario tener en cuenta que estos mismos preceptos, como ya se ha visto, fueron modificados a finales de 1993 (54) con el objeto de dotar –de acuerdo a la correspondiente exposición de motivos– de mayores garantías y precisión dichos actos.

Además de lo anterior, se propone –también– modificaciones al texto constitucional, ahora en el artículo 20, para posibilitar tanto el llamado juicio penal en rebeldía o en ausencia, así como incorporar en el artículo 22 una «nueva figura jurídica» denominada –eufemísticamente– aplicación de bienes en favor del Estado (55).

Para la legislación penal secundaria, en diversa iniciativa presidencial, también del 9 de diciembre de 1997, se propone continuar la línea restrictiva o limitativa de beneficios o sustitutivos penales (56) abierta en 1992, añadiendo a los supuestos ya existentes, todos los delitos calificados como graves por la Ley (art. 27) (57). La misma disposición excluyente se propone para la libertad preparatoria (art. 87) (58).

(53) En lo sustancial, este artículo establece que ninguna detención ante la autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas, sin que se justifique con auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se imputa al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La iniciativa propone que, para dicho acto, bastará que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten «la plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal de delito que se imputa a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad».

(54) Con esta reforma –según la exposición de motivos de 7 de diciembre de 1997– se «impuso a las autoridades encargadas de la procuración de justicia mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión» y considero –además– «posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones», pero que «hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo de Derecho Penal mexicano».

(55) Además de las anteriores modificaciones, se proponen adicionar un párrafo a la fracción III del artículo 123 para establecer que los miembros de las instituciones de seguridad pública e institucionales policiales en general, podrán ser removidos de su cargo si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento de la remoción señalen para permanecer en dicha institución, sin que proceda en ningún caso reinstalación o restitución de la plaza.

(56) Tratamiento en libertad, semiliberación y trabajo en favor de la comunidad.

(57) Empero, los sentenciados por estos delitos podrán beneficiarse de la preliberación si aportan datos suficientes para lograr la aprehensión de sus cómplices, de otros delincuentes o la desarticulación de organizaciones delictiva.

(58) Medidas que, por otra, parte contrastan –chocan– con la realidad de los centros penitenciarios: sobrepoblación que, en no pocas ocasiones, rebasa el 100

También se propone, nuevamente, el endurecimiento de las sanciones privativas de libertad. Esta vez, para los supuestos en que se utilicen incapaces para la comisión de delitos (50 por 100 de incremento) y ampliando el marco legal aplicable para la tentativa punible de delito grave (del mínimo establecido para el delito de que se trate y hasta las tres cuartas partes del delito de que se trate) (59).

Asimismo en el Código Federal de Procedimientos Penales, entre otras modificaciones, se propone incrementar el ya muy dilatado catálogo de delitos graves –art. 194– y se considera, también, como grave la tentativa de los delitos así calificados. De igual forma, se propone una ampliación de hasta 72 horas del concepto de flagrancia (60).

4. RECAPITULACIÓN

Según hemos visto, en 1996, con la aprobación de la Ley Federal contra la delincuencia organizada quedaron perfiladas las bases para el desarrollo de dos tipos de respuestas penales o, si se quiere, de sistemas penales (61): uno diseñado para afrontar –según se afirma– con mayor eficacia el problema de la delincuencia organizada y otro, de carácter ordinario o común.

Las propuestas contenidas en el llamado paquete anticrimen, todavía en trámite legislativo –y ya no delimitado a cierto tipo de delincuencia, sino con pretensiones de validez *erga omnes*– no sólo constituyen una «reforma –constitucionalmente– inquietante» (62),

por 100 de la capacidad instalada. Así, por ejemplo, según datos recientes de las autoridades de reclusorios del Distrito Federal existen actualmente 16.500 internos y en breve se construirán espacios para 3.000 más. Empero, la primera cifra sobrepasa –ya– en un 110 por 100 la capacidad instalada.

(59) Cfr. artículos 57 y 63 de la iniciativa de referencia (*ABZ. Información y análisis jurídicos*, núm. 62 [16 de enero de 1998], pp. 2-4).

(60) La dilatación temporal de la flagrancia, estaría condicionada a que: a) la persona imputada sea señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado en la comisión del delito o b) se le encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente la participación en el delito y c) se trate de delito grave.

(61) En este sentido, cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S., «Prólogo» a *Derecho penal mexicano. La reforma de 1996* de Díaz de León, Porrúa, México, 1997, p. XI.

(62) Así calificada por GARCÍA RAMÍREZ, S., «Una reforma constitucional inquietante», en *Criminalia*, año LXIV, núm. 1 (enero-abril 1998), pp. 3 ss.

sino la ruptura de un proceso, mas o menos convergente, entre la transformación del sistema político-social mexicano y el desarrollo –la búsqueda– de un sistema penal propio del tipo de Estado al cual aspiramos, final y prontamente, arribar.

Investigación y enjuiciamiento de los «delitos de cuello blanco» en el sistema judicial norteamericano*

DRA. DÑA. MARÍA ÁNGELES GUTIÉRREZ ZARZA

Profesora Titular de Derecho Procesal Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. Consideraciones generales sobre la delincuencia «de cuello blanco».—1. Origen y evolución histórica del término. 2. Concepto. 3. Contenido. 4. Regulación.—II. Jurisdicción. 1. Protagonismo de la jurisdicción federal. A. En delitos de alcance internacional. B. Frente a las jurisdicciones estatales. 2. Proceso penal o civil. A. Las *Regulatory Agencies*. B. Relaciones entre el proceso penal y el civil. a) Simultaneidad de ambos procesos. Posibilidad de suspensión del proceso civil. b) Acceso en el proceso penal del material obtenido en la investigación civil. c) Acceso en el proceso civil del material obtenido por el Gran Jurado. d) Vinculación de los hechos declarados probados en el proceso penal. El *collateral estoppel*.—III. Competencia.—IV. Partes procesales. 1. Parte acusadora. El Fiscal. 2. Parte acusada. A. Capacidad para ser parte de las personas jurídicas. B. Derechos constitucionales del acusado. a) Derecho a no declarar contra sí mismo. La sucesión de inmunidad. b) El privilegio Abogado-cliente y el *work-product privilege*.—V. Acumulación de pretensiones.—VI. Tramitación. 1. Iniciación. 2. Instrucción. A. La investigación del Gran Jurado. a) Las *subpoenas «duces tecum»* y *«ad testificandum»*. b) El secreto de las investigaciones. B. Las entradas y registros. 3. El *Plea Bargaining*. 4. El juicio oral. Especialidades probatorias. A. Obtención de pruebas. B. Valoración. 5. La sentencia.

* Este artículo es el fruto de un trabajo de investigación realizado en la Universidad de Columbia (Nueva York) durante cinco meses del año 1998, gracias a la amable invitación del Profesor G. Fletcher, a quien agradezco su inestimable ayuda, así como la de su asistente, Ch. Russell.

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA DELINCUENCIA «DE CUELLO BLANCO»

1. Origen y evolución histórica del término

El 28 de noviembre de 1939, con motivo de una Conferencia ofrecida en la sede de la *American Sociological Society*, Sutherland empleó por primera vez el término «delito de cuello blanco» (*white-collar crime*) para referirse a un tipo de delincuencia cometida por personas de nivel social alto en el desarrollo de su actividad profesional (1).

Hasta entonces, la Criminología consideraba que los delitos eran el resultado de ciertos condicionamientos psicológicos y sociológicos, unidos a factores como la pobreza y la marginación, que afectaban a las capas más bajas de la sociedad (2). En su Conferencia, Sutherland criticó abiertamente estas teorías, incapaces de explicar las conductas delictivas no violentas, sino basadas en el engaño o la simulación, de individuos con alto poder adquisitivo, e insistió en que se trataba de auténticos delitos y no de meras infracciones administrativas o ilícitos civiles. Con ello abrió una viva polémica, que aún con-

(1) Su conferencia, con el título «White-collar Criminality» fue publicada por la *American Sociological Review* en febrero de 1940 (núm. 5). Puede consultarse también en otras publicaciones posteriores que recogen los trabajos criminológicos más significativos sobre la delincuencia de cuello blanco (vid. GEIS, G. MEIER, R. F. SALINGER, L. M.: *White-Collar Crime. Classic and Contemporary Views*, 3.^a edic., Free Press, Nueva York 1995, pp. 29 a 38; ORLAND, L.: *Corporate and White-Collar Crime: An Anthology*, Anderson Publishing Company, 1995, pp. 89 a 95). En la década siguiente, Sutherland preparó una monografía en la que desarrolló las ideas de su discurso. Añadió abundante información sobre empresas que cometían este tipo de delincuencia y un capítulo final, más teórico (el libro era esencialmente estadístico). La edit. *Dryden Press* accedió a su publicación en 1949 con la condición de que su autor suprimiera las referencias a las compañías estadounidenses y el capítulo sobre «tres casos históricos». Una «reconstrucción» de la obra se publicó posteriormente en 1983 por GEIS y GOFF con el título «*White-collar crime: The Uncut Version*».

(2) La teoría de Sutherland no es absolutamente original. Como se ha reconocido posteriormente, (WEISBURG, D. WHEELER, S. WARING, E. BODE, N.: *Crimes of the Middle Classes. White-Collar Offenders in the Federal Courts*, Yale University Press, 1991, p. 1 y BRAITHWAITE, J.: «White-Collar Crime», *Annual Review of Sociology*, núm. 11, 1985, p. 1 a 25), algunos autores de principios de siglo se habían referido también a un tipo de delincuencia relacionada con el mundo empresarial y la clase alta. Vid. por ejemplo ROSS, E. A.: *Sin and Society: An Analysis of Latter-Day Iniquity* (Boston, edit. Houghton Mifflin, 1907); BONGER, W. A.: *Criminality and Economic Conditions*, Boston, edit. Little Brown, 1916; TARBELL, I. M.: *The History of the Standart Oil Company*, Nueva York, edit. Macmillan, 1904; STEFFENS, L.: *The Same of the Cities*, Nueva York, edit. Doubleday 1903; SINCLAIR, U.: *The Jungle*, Nueva York, Doubleday 1906.

tinua en nuestros días, sobre la conveniencia de incluir la «delincuencia de cuello blanco» en el ámbito de la Criminología y, en tal caso, sobre la características que la definen y distinguen de los delitos comunes o «de la calle» (*street crime*).

En EE.UU. la delincuencia económica despertó así primero el interés de los criminólogos. En su origen, el *white-collar crime* fue un concepto más social que legal, se creó por científicos sociales y no por juristas, y sólo posteriormente trascendió al ámbito jurídico para designar un conjunto de delitos (3).

Desde el referido discurso de Sutherland hasta la actualidad, en la que su persecución es uno de los principales objetivos del Departamento de Justicia norteamericano, la doctrina más relevante suele distinguir tres etapas claramente diferenciadas en la evolución del concepto de *white-collar crime*.

1) La primera abarca las décadas de los cuarenta y cincuenta y se caracteriza por la proliferación de estudios sobre las conductas ilegales de grandes compañías norteamericanas (4) y por el amplio debate entre Sutherland y Tappan (posteriormente seguido por las escuelas de uno y otro) sobre la consideración de los «delitos de cuello blanco» como auténticos tipos penales que merecieran ser objeto de estudio por la Criminología.

Para negar su carácter delictivo, Tappan (5) se basó principalmente en la hegemonía de la ley penal a la hora de definir el crimen y en la circunstancia de que el *white-collar crime* no estaba regulado en leyes

(3) WHEELER, S.: «White Collar Crime: History of an Idea», en *Corporate and White Collar Crime: An Anthology*, cit., p. 95 y ss., donde se reproduce su trabajo original, publicado en la *4 Encyclopedia of Crime and Justice 1962-1956* (1983): «su valor —señala el autor citado— es esencialmente social e intuitivo: connota no un particular tipo de crimen o la violación de una disposición legal, sino que tiene que ver con alguna combinación de abuso de poder, autoridad, estatus o posición».

(4) Suelen citarse los trabajos de CLINARD, «Criminological Theories of Violations of Wartime Regulations» (*11 American Sociological Review*, junio de 1946, sobre la manipulación de la libre fijación de precios en tiempos de guerra) HARTUNG, «White-Collar Offenses in the Wholesale Meat Industry in Detroit» (*56 American Journal of Sociology* 56, Julio de 1950, sobre los delitos en la industria alimenticia de Detroit); LANE, «Why Businessmen Violate the Law», (*Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 1953, sobre las razones por las que los grandes empresarios violan la ley) y en la misma línea, aunque data de 1967, el trabajo de GEIS *The Heavy Electrical Equipment Antitrust Cases of 1961*, (publicado en 1967, sobre los monopolios de las grandes compañías de electricidad) (POVEDA, T. G.: *Rethinking White-Collar Crime*, edit. Praeger, 1994, p. 40).

(5) El autor citado recogió sus ideas en un artículo titulado «Who is the Criminal?», que remitió a la *American Journal of Sociology* el verano de 1946. El editor de la publicación, tras remitir el artículo a Sutherland, se negó a publicarlo, pero

penales, sino en disposiciones administrativas o civiles. Además, según el autor citado se trataba de un concepto excesivamente amplio y de límites poco precisos. Frente a las críticas anteriores, Sutherland entendió que el estudio del *white-collar crime* no debía reducirse a la legislación penal, sino abarcar también la regulación administrativa o civil. Y en cuanto a la amplitud del término, los seguidores de Sutherland, en un intento por concretar más su significado, ofrecieron distintas definiciones del mismo (6).

2) La segunda de las etapas se desarrolla durante la década de los sesenta, en la que disminuyen considerablemente los estudios sobre *white-collar crime* (7).

3) A principios de los años setenta –como tercero y último período de los señalados– comenzaron a organizarse nuevos congresos y aumentó considerablemente el número de publicaciones sobre el tema, que durante este período se centraron más en el contenido de las conductas (8) que en las características y procedencia social del delincuente.

Lo más destacado de este período es la creciente preocupación del Departamento de Justicia norteamericano por el *white-collar crime* (9). El escándalo *Watergate*, durante la Presidencia de Richard Nixon,

fue posteriormente editado por la *American Sociological Review* (1947, núm. 12, pp. 96-102) (GEIS, G./GOFF, C., en la Introducción a *White-Collar Crime, the Uncut Version*, cit., p. xxix).

(6) Por ejemplo QUINNEY («The Study of White-collar Crime: Toward a Reorientation in Theory and Research», en GEIS, G. MEIER, R.: *White-Collar Crime: Offenses in Business, Politics, and the Professions*, Free Press, Nueva York 1977, pp. 283-295) expandió el concepto para incluir en él la delincuencia cometida por personas de clase media en el ejercicio de sus funciones, y la denominó «occupational crime». Las aportaciones de los seguidores de Sutherland han aumentado el valor científico del término y han facilitado su incorporación a la Criminología, pero el debate sigue abierto ya que tampoco hoy en día existe una posición unánime sobre las notas que lo definen.

(7) Sobre esta segunda etapa, en la que según Geis no es fácil explicar las causas de este súbito desinterés de los criminólogos por el estudio del *white-collar crime*, puede verse la obra del autor citado con MEIER, R. F. SALINGER, L. M., *White-Collar Crime. Classic and Contemporary Views*, cit., pp. 5 y 6.

(8) Son célebres las publicaciones de EDELHERTZ, H.: *The nature, Impact and Prosecution of White-collar crime*, Washington D. C., GPO, 1970; SHAPIRO, S. P.: *Thinking About White-Collar Crime: Matters of Conceptualizing and Research*, Washington D. C., GPO, 1980, y de la misma autora, «Collaring the Crime, not the Criminal, reconsidering the concept of White-collar Crime», *55 American Sociological Review*, junio de 1990, pp. 346-465 (POVEDA, *Rethinking*, p. 40 y ss).

(9) *Vid.*, al respecto, POVEDA, T. G.: «White-Collar Crime and the Justice Department», *17 Crime, Law and Social Change*, mayo de 1992, pp. 235-252.

indignó a la población (10) y dañó considerablemente el prestigio de las principales instituciones públicas, especialmente cuando el propio Nixon reveló, como parte de su línea de defensa, que anteriores administraciones presidenciales habían incurrido en prácticas similares con una activa participación en ellas del *Federal Bureau of Investigation (FBI)*.

Desde mediados de los años setenta el Departamento de Justicia y el propio *FBI* desarrollaron una intensa campaña para concienciar a sus miembros de la estrecha relación entre el aumento del *white-collar crime* y la erosión del respeto a la ley y las instituciones públicas (11), comenzaron a incluir en sus Informes Anuales datos estadísticos sobre estos delitos (12) y diseñaron una estrategia y unas prioridades a nivel nacional para prevenir y sancionar su comisión (13).

(10) Este y otros escándalos sobre la mala gestión del Gobierno Federal dieron lugar a un amplio movimiento social que demandó una respuesta pública más eficaz frente a este tipo de delincuencia (vid. KATZ, J.: «The Social Movement against White-collar crime», en *Criminology Review Yearbook*, Bitther, E./Messinger, S. editores, vol. 2, pp. 161-184).

(11) Por ejemplo, en una Conferencia ofrecida en la Cámara de Comercio en 1979, el Attorney Federal de EE.UU. Griffin Bell desarrolló la idea de que «el white-collar crime erosiona el sistema judicial», y que cada vez que un delito de esta naturaleza queda impune los ciudadanos empiezan a dudar sobre la integridad del aparato de justicia criminal (BELL, G.: «White-Collar Crime Erodes respect for the Justice System», *LEAA Newsletter* núm. 8, enero de 1979, pp 2 a 11). Vid. tb. WEBSTER, W (Director del FBI): «An Examination of FBI Theory and Methodology Regarding White-Collar Crime Investigation and Prevention», *American Criminal Law Review* núm. 17, pp. 275-286.

(12) En 1974, el término *white-collar crime* apareció por primera vez en el informe anual del FBI para agrupar un conjunto de delitos de naturaleza económica (fraude bancario, cohecho, prevaricación, prácticas contra el libre mercado, perjurio, conflicto de intereses y fraude contra algunos programas gubernamentales) (*US Attorney General: Annual Report of the Attorney General of the United States*, Washington DC, GPO, 1974-1976).

(13) En 1980, las críticas del *Conyers Subcommittee on Crime* sobre la respuesta federal frente al *white-collar crime* motivaron que el Departamento de Justicia del Presidente Jimmy Carter y el Director del FBI fijaran el conjunto de delitos considerados como «de cuello blanco» (1, crímenes contra el gobierno federal, estatal o local por oficiales públicos; 2, crímenes contra el gobierno por ciudadanos privados; 3, crímenes contra los negocios; 4, crímenes contra los consumidores; 5, crímenes contra los inversores; 6, crímenes contra los empleados; 7, crímenes que afectan la salud y la seguridad del público en general) (*U. S. Department of Justice, National Priorities to the Investigation and Prosecution of White-Collar Crime*, Washington, D. C.: Office of the Attorney General, 1980) y determinaron que la lucha contra este tipo de delincuencia debía desarrollarse en cinco campos: prevención, detección, investigación, persecución y cumplimiento de la sentencia (WEBSTER, W.: «An examination of FBI...», cit., p. 284).

De esta forma, como señala Poveda, en la década de los ochenta «el proceso de institucionalización del concepto de *white-collar crime* en el Departamento de Justicia norteamericano estaba más o menos completo: se había formulado una definición legal para servir a los propósitos de la investigación y persecución; se había establecido un programa separado, con un creciente aumento de recursos, y finalmente, se había sentado una estrategia a nivel nacional» (14).

2. Concepto

Desde su aparición, el concepto de *white-collar crime* ha padecido graves imprecisiones: «no está claro si el término caracteriza actos o actores, clases de ilícitos o clases de infractores... hay frecuentes disputas sobre si el fenómeno es necesariamente «cuello-blanco» e incluso más serios desacuerdos sobre si la conducta es criminal» (15).

Sutherland entendía por *white-collar crime* «el crimen cometido por una persona de respetabilidad y nivel social alto en el curso de sus ocupaciones» (16), y de acuerdo con esta definición, los primeros estudios –procedentes de la escuela que llevaba su nombre (*the Sutherland tradition*)– se centraron en la persona del delincuente y fueron esencialmente descriptivos, porque pretendían sobre todo documentar la existencia de actos ilícitos llevados a cabo no tanto por comerciantes o empresarios individuales como por grandes empresas americanas que debían ser sancionadas penalmente.

Frente a esta concepción apareció una segunda escuela que secundó el punto de vista de Tappan en su debate con Sutherland (17) (*the Legal tradition*) y, en consecuencia, trasladó el centro de su estudio desde el delincuente hasta el tipo de ofensa (18). Edel-

(14) *Rethinking*, cit., p. 136.

(15) SHAPIRO, S.: *Thinking About White-Collar Crime: Matters of Conceptualization and Research* 1 (1980) (cit. por ISRAEL, J. H. PODGOR, E. S. BORMAN, P. D.: *White-Collar Crime. Law and Practique*, West Publishing Co, St. Paul, Minn 1996, p. 1).

(16) *White-Collar Crime. The Uncut version*, cit., p. 7.

(17) Sobre este debate, *vid. supra*, apdo. anterior I. 1, «Origen y evolución histórica del término».

(18) Posteriores estudios criminológicos han centrado su atención en las consecuencias del *white-collar crime*: se han centrado en la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas o a los directivos u oficiales responsables de la toma de decisiones y en los daños que éstas producen a los empleados, los consumidores y el público en general (WHEELER, S.: *White Collar Crime: History of an Idea*, cit., p. 97). Una amplia bibliografía sobre los estudios criminológicos del *white-collar crime* en las distintas etapas que hemos señalado puede verse en GEIS; G. MEIER; R. F. SALINGER, L. M., *White-Collar Crime...*, cit., pp. 477 a 511.

hertz (19), uno de los pioneros en definir el *white-collar crime* desde esta perspectiva, se refirió a los actos cometidos por medios no físicos y por acuerdos en orden a obtener dinero o propiedades, negocios o ventajas personales. Durante los años setenta fue el responsable de la Sección de Lucha contra el Fraude del Departamento de Justicia norteamericano, que acogió ampliamente su definición cuando por aquel entonces necesitaba elaborar un concepto jurídico de un término que como hemos señalado era esencialmente criminológico (20).

Posteriormente, el *Dictionary of Criminal Justice Data Terminology*, elaborado por la Oficina de Estadística Judicial incorporó una definición «oficial» del *white-collar crime*, que representa un punto intermedio entre ambas escuelas: aunque secunda el concepto de Edelhertz, añade que este tipo de delitos se cometen por «empresarios, profesionales o semiprofesionales» (21).

En la actualidad, a falta de un concepto comúnmente aceptado sobre *white-collar crime* (22), tanto el Departamento de Justicia como el *FBI* siguen la definición de la escuela legalista, aunque en alguna ocasión el Instituto Nacional de Justicia o las estadísticas judiciales toman como base la aludida definición «oficial» (23).

3. Contenido

La existencia de múltiples definiciones, centradas en distintos aspectos de la conducta delictiva, dificulta la determinación del conjunto de delitos que pueden incluirse en la categoría de *white-collar*

(19) *The Nature, Impact and Prosecution of White-Collar Crime*, Washington 1970, p. 3.

(20) Definiciones similares se ofrecieron por el Attorney General, en su Informe Anual de 1983 y por el *FBI* (WEBSTER, W. H.: «An examination...», cit., p. 276).

(21) *Bureau of Justice Statistics, U. S. Department of Justice, Dictionary of Criminal Justice Data Terminology*, 2 edic., 1981, p. 215: «crimen no violento para ganancias económicas cometido por medio de simulación por personas cuyo estatus ocupacional es empresarial, profesional o semiprofesional y que utilizan su pericia y oportunidades ocupacionales; también crimen no violento para ganancias personales utilizando simulación y cometido por cualquiera que tiene especiales conocimientos técnicos y profesionales en los negocios o en el gobierno, sin tener en cuenta su ocupación personal».

(22) Sobre las múltiples definiciones de *white-collar crime*, vid. más ampliamente TOHNSON/RICHARD: «The Yale White-collar Crime Project: a review and critique», *18 Law and Social Inquiry* 63 (1993); ISRAEL, J. H. PODGOR, E. S. BORMAN, P. D.: *White-collar crime: Law and Practique*, edit. West, 1996, pp. 1 a 12.

(23) POVEDA, T. G.: *Rethinking*, cit., pp. 41-42.

crime. Por ejemplo, Sutherland (24), al centrarse en el estudio de las grandes multinacionales, ofreció en sus publicaciones datos estadísticos sobre cuatro categorías de conductas (sancionadas entonces por disposiciones administrativas, pero que él consideraba merecedoras de sanción penal): prácticas contra el libre comercio, publicidad falsa, infracciones de normas sobre patentes y otros derechos de propiedad industrial e incumplimiento de la legislación sobre los derechos de los trabajadores. Y con posterioridad Edelhertz (25), como partidario de la teoría legalista, amplió el concepto a otros delitos cometidos por personas no necesariamente de nivel alto, para obtener una ganancia personal por medios fraudulentos, en ocasiones con independencia de su actividad profesional.

Aunque la perspectiva de Edelhertz fue decisiva para el Departamento de Justicia norteamericano, en el seno de éste no se ha confeccionado hasta el momento un listado detallado de delitos que deban estimarse comprendidos en el *white-collar crime* (26).

Por otro lado, a nivel legislativo el Título 18 del *United States Code (USC)*, sobre los «Crímenes y el Proceso Criminal», agrupa en su Parte I la totalidad de los delitos federales, pero sigue un criterio alfabético, que lógicamente, no nos ayuda a identificar cuáles se incluyen dentro del *white-collar crime*. Pese a ello, como señala Podgor (27), varias de las disposiciones federales contenidas en este Título suelen comúnmente incluirse en los estudios sobre *white-collar crime*: las relativas al fraude postal y de comunicaciones (*mail fraud and wire fraud*, 18 USC §§ 1341 y 1343), conspiración (*conspiracy*, 18 USC §371), criminalidad organizada (*racketeering*, 18 USC §1961-1963), extorsión (*brivery*, 18 USC §201), falso testimonio (*false statements*, 18 USC §1001), obstrucción a la justicia (*obstruc-*

(24) Puede verse, al respecto, su obra publicada en 1949 (*White-Collar Crime*) o la refundición de 1983 (*White-Collar Crime, The Uncut Version*), a las que ya nos hemos referido anteriormente.

(25) *The Nature, Impact and Prosecution of White-Collar Crime*, cit.

(26) En su seno se confeccionan periódicamente dos estadísticas sobre la delincuencia común: la *Uniform Crime Reports (UCR)*, basada en los informes sobre la policía y confeccionada por el FBI y la *National Crime Victimization Survey (NCVS)*, elaborada sobre una muestra de familias a nivel nacional confeccionada por la BJS, pero no aportan datos específicos sobre los delitos económicos. Sí tiene mayor importancia la estadística que desde 1980 elabora el BJS sobre la persecución, instrucción y enjuiciamiento del *white-collar crime*, en la que se recogen datos sobre el fraude, falsificación, malversación, falsificación y otras ofensas. Sin embargo, los conceptos a los que se refiere son excesivamente amplios para deslindar la delincuencia económica de la común.

(27) *White-Collar Crime in a nutsell*, edit. West Publishing Co., 1993, p. 3.

tion of justice, 18 USC §§ 1501-1517), delito fiscal (*tax crimes*, 18 USC § 7201-7206), fraude bancario (*bank fraud*, 18 USC § 1344) y demandas infundadas (*false claims*, 18 USC § 287). Este listado no es exhaustivo, porque el concepto que nos ocupa permite sancionar también las prácticas monopolísticas o contra la seguridad de los trabajadores, y en los últimos años, los delitos contra el medio ambiente, la salud o los cometidos por medios informáticos (28).

Advertidas estas dificultades de determinación, en general los estudios más recientes (29) incluyen dentro del *white-collar crime* una amplia gama de conductas delictivas relacionadas con el mundo empresarial y financiero, los fondos públicos y la Administración de Justicia.

a) Las corporaciones, sus altos directivos o los empleados pueden cometer una gran variedad de delitos calificados «de cuello blanco»: prácticas contra la libre competencia y fijación de precios en el Mercado (*antitrust violations*), quiebra (*bankrupt*), delitos contra la propiedad industrial, revelación de secretos de empresa y acceso a bases informáticas (*intellectual property, computer crimes*), delitos contra sus trabajadores (*employment related crimes*), la salud de los consumidores (*food and drug violations, health care fraud*) o el medio ambiente (*environmental crimes*).

b) Un segundo grupo de delitos comprendidos dentro del *white-collar crime* incluye el incumplimiento de las obligaciones tributarias (*tax violations*), el blanqueo de dinero (*money laundering*) y la participación en redes de delincuencia organizada (*Racketeering Influenced Organization Act*).

c) En tercer lugar, se incluyen dentro de esta categoría los delitos cometidos por los funcionarios contra la Administración Pública (*financial institutions fraud*).

d) Una última categoría comprendería los delitos contra la Administración de Justicia, como los delitos de perjurio (*perjury*) y la obstrucción a la justicia (*obstruction of justice*).

(28) PODGOR, E. S.: *White-Collar Crime in a nutsell*, cit., p. 4.

(29) Para la determinación de los delitos incluidos dentro del *white-collar crime* se ha tenido en cuenta el monográfico que anualmente dedica a este tipo de delincuencia la *American Criminal Law Review*, cuya última publicación data de la primavera de 1998 (vol. 35, núm. 3), y las obras de OBERMAIER, O. G./MORVILLO, R. G.: *White-Collar Crimes: Business and Regulatory Offenses*, Law Journal Seminars-Press, Nueva York 1990, e ISRAEL, J. H. ODGOR, E. S. BORMAN, P. D.: *White-collar crime: Law and Practique*, edit. West Publishing, Minn, 1996.

Buena parte de estos delitos se acompañan con la acusación de conspiración, ya que la comisión de aquéllos precisa en la mayoría de las ocasiones un acuerdo entre varias personas para delinquir. También suele ser frecuente recurrir a los delitos de *mail fraud* y *wire fraud* cuando no está claro el tipo penal a aplicar, ya que ambos tipos penales ofrecen obertura legal para perseguir cualquier conducta delictiva en la que se haya utilizado algún tipo de comunicación oral o escrita.

4. Regulación

El sistema federal norteamericano atribuye a cada uno de los Estados competencia prioritaria para definir el conjunto de conductas reprochables criminalmente y regular el correspondiente proceso penal para su persecución y sanción. Solo de manera secundaria y como complemento a la anterior regulación, el Congreso de los EE.UU. está legitimado para sancionar las conductas delictivas cometidas en los sectores del ordenamiento descritos en la Sección 8 del artículo I de la Constitución Norteamericana, que en general se refieren a materias cuyo interés trasciende el de cada uno de los Estados.

Sin embargo, la primacía de la legislación penal estatal sobre la federal desaparece en el caso de los delitos sobre *white-collar crime*, que en su mayoría se encuentran regulados en el Título 18 USC –como se ha visto en el apartado anterior–, se persiguen e investigan por el Departamento de Justicia y los fiscales federales y se enjuician en su mayor parte por los órganos judiciales federales. Para legislar sobre los delitos económicos, el Congreso ha llevado a cabo una interpretación claramente extensiva de la «cláusula de comercio interestatal», la tercera de las enumeradas en el artículo I.8 de la Constitución, que le atribuye competencia para regular el servicio postal, los impuestos y el comercio «con las naciones extranjeras, entre varios Estados y con las tribus indígenas». La aplicación de esta cláusula parece estar justificada para promulgar la legislación antimonopolio o el delito de contrabando (ya que ambos tipos de delitos afectan al comercio entre varios Estados) pero no lo está tanto cuando se trata de delitos como el medio ambiente (que según la opinión mayoritaria deberían perseguirse a nivel estatal) (30), sobre todo después de que la Corte Suprema, en la Sentencia *United Sta-*

(30) *Vid.* al respecto LACHENMAYR, A. LOCKNER, A. M. OLSON, B. C. WOLPERT, C.: «Environmental crimes», en *35Am. Crim. L. Rev.* cit., p. 671, y con mayor detalle DWYER, J. P.: «The Commerce clause and the limits of Congressional Authority to Regulate the Environment», *25Envil. L. Rep* p. 10421 y ss., 1995.

tes v. López (1995), advirtiera al Congreso que solo tiene autoridad, en aplicación de la cláusula citada, para regular actividades con «una sustancial relación con el comercio entre Estados» (31).

Las mismas conductas a las que se refiere el Título 18 USC, en la medida que afectan a derechos, intereses o bienes jurídicos propios de uno de los Estados, se regulan también a nivel estatal, lo cual da lugar a innumerables problemas procesales derivados de la posibilidad de iniciar dos procesos penales, uno federal y otro estatal, para sancionar los mismos hechos (32).

Por otra parte, la legislación federal reguladora del *white-collar crime* es el fruto de una larga evolución legislativa, en la que el «laissez faire» ha dejado paso a una política estatal intervencionista dirigida a calmar las reivindicaciones de los más variados grupos sociales (agricultores, pequeños empresarios, consumidores, trabajadores...) (33).

a) Los primeros pasos relevantes en esta evolución legislativa se dieron con la promulgación de la legislación antitrust (34). A finales del siglo XIX, el descontento y las continuas protestas de la América rural y de la clase media urbana por el control de las grandes compañías sobre la producción, distribución y venta de sus productos motivó la promulgación de la *Sherman Antitrust Act* de 1890 que se completó en las décadas siguientes por otras disposiciones legales dirigidas a garantizar el libre mercado (35).

(31) En la Sentencia, dictada en abril de 1995, la Corte Suprema negó legitimidad al Congreso para promulgar, en aplicación de la cláusula de comercio interestatal, la *Gun-Free Schools Zones Act*, que penaba la posesión de armas de fuego cerca de los Colegios.

(32) Sobre el solapamiento de ambas jurisdicciones puede verse *infra*, apdo. II. 2. B., «Relaciones entre el proceso penal y el civil».

(33) Como advierte Poveda, la mayoría de la legislación sobre *white-collar crime* ha tenido su origen en un escándalo o tragedia que ha movido a la opinión pública y ésta, a su vez, ha obligado al legislador a adoptar las medidas legales necesarias para prevenir y sancionar su comisión en un futuro (*Rethinking*, cit., p. 108).

(34) Antes de la legislación antimonopolio, la intervención estatal se limitó a proteger a comerciantes y prestamistas que usaban intermediarios en sus actividades. La legislación del *Common Law* para condenar por robo, exigía un traspaso de la propiedad y de la posesión de la cosa de su dueño a un tercero, por lo que no permitía castigar a quienes participaban en las transacciones económicas del propietario y, cuando tenían las mercancías en su poder —es decir, poseían las cosas— se apropiaban de ellas de forma permanente. Esta situación hizo preciso distinguir la posesión de la mera custodia: los intermediarios en las actividades mercantiles simplemente custodiaban la cosa y, por tanto, podían ser condenados por robo. Sobre la evolución del concepto de robo más allá de la clásica definición del *Common Law* puede verse POVEDA, G. T.: *Rethinking*, cit., p. 109 y ss, y la bibliografía allí citada.

(35) La *Sherman Antitrust Act* se divide en dos secciones: la primera prohíbe la celebración de acuerdos entre empresas para restringir el libre comercio y la segunda

b) Desde principios de siglo, una serie de artículos publicados en distintos periódicos alertaron a la población sobre la fabricación y venta de alimentos y medicinas en malas condiciones o con ingredientes «poco deseables». El Gobierno promulgó en un primer momento la *Pure Food and Drug Act* y la *Meat Inspection Act* ante las informaciones que salieron a la luz sobre la fabricación de fármacos compuestos por alcohol, opiáceos y narcóticos junto a sustancias químicas dañinas. En la década de los años treinta, una intoxicación masiva por la ingestión de una droga que contenía un ingrediente altamente tóxico (la *diethylen slycon*) impulsó la elaboración de una nueva ley, la *Federal Food, Drug and Cosmetic Act* de 1938, aún en vigor (Título 21 USC, §§ 301-394), que fue objeto de una importante reforma en 1962 tras el conocido caso de la Talidomina. También durante los años sesenta, la protección de los consumidores se dirigió a garantizar la seguridad en la fabricación de automóviles y del tráfico en general, lo cual dio lugar a la *Consumer Product Safety Act* de 1972 (36).

En los últimos años se ha elevado considerablemente el número de procesos penales por vulneración de las normas sobre protección de la salud, algunos de ellos con gran trascendencia en los medios de comunicación, como sucede con la inspección que llevó a cabo la FDA —una autoridad administrativa independiente que se ocupa de vigilar el cumplimiento de las normas sobre salud y calidad de vida— en el Banco de Sangre de Nueva York, que tuvo como resultado la condena de antiguos supervisores del Centro por manipular y alterar los depósitos de sangre y obstruir las actividades de la FDA. Esta autoridad administrativa lleva a cabo también una importante campaña preventiva frente al consumo del tabaco o la salida al mercado de fármacos con efectos secundarios que dañan gravemente la salud (37).

la formación de monopolios. Las «otras disposiciones» a las que nos hemos referido son la *Clayton Act* de 1914, la *Robinson Patman Act* de 1936 y la *Celler-Kefauver Act* de 1950. Para mayor detalle puede verse POVEDA, T. G.: *Rethinking White-Collar Crime*, cit., p. 111 y ss y la bibliografía allí citada. Y sobre los principales aspectos penales y procesales de la legislación antimonopolio, *vid.* BROWN, C. SINGHVI, N. S.: «Antitrust violations», en *35Am. Crim. L. Rev.* pp. 467-501; GALVANI, P. B./PATTON, W. L./ O'DONNELL, P. J.: «Defending the Criminal Antitrust Actions», en *White-Collar Crime: Business and Regulatory Offenses* (Obermaier; O. G. Morvillo, R. G.), Nueva York 1990, pp. 1-1 a 1-31.

(36) Para mayor detalle, *vid.* POVEDA, T. G.: *Rethinking*, cit., pp. 113 y ss.

(37) Sobre los delitos contra la salud y los consumidores puede verse con mayor detalle ALTSCHULER, A. M. KANWIT, S. H. RADWAY, T. L.: «Health Care Fraud», *35Am. Crim. L. Rev.* pp. 841 a 874; NIEZGODA, E. L. RICHARDSON, M. M.: «Federal Food and Drug Act Violations», en *35Am. Crim. L. Rev.* pp. 767 a 788 (en especial, las pp. 784 y ss., sobre la situación actual en este sector del ordenamiento).

c) Avanzado ya nuestro siglo xx, tras la espectacular caída de la Bolsa en 1929, el Congreso promulgó la *Securities Act* de 1933 y la *Securities Exchange Act* de 1934 para garantizar la transparencia de las operaciones en los Mercados Financieros y evitar la comisión de conductas fraudulentas o delitos relacionados con operaciones bursátiles (*securities fraud*). Lo más destacado de su regulación son, por un lado, las amplias facultades de investigación y control de la *Securities Exchange Commission* (SEC) para vigilar el buen funcionamiento de los Mercados, y por otro, los numerosos problemas que se plantean a la hora de determinar cuándo la conducta constituye un simple ilícito civil y cuándo es constitutiva de delito, lo cual, desde la perspectiva procesal, se traduce en las múltiples relaciones entre el proceso civil y el penal por los mismos hechos (38).

d) La Seguridad e Higiene en el Trabajo fue una de las prioridades del Congreso a finales de los años sesenta y durante la década siguiente. La presión de los sindicatos y de los partidos políticos ante las malas condiciones laborales, la inseguridad y falta de higiene, unido a la proliferación de casos de cáncer de pulmón entre trabajadores relacionados con el «asbestos» contribuyeron decisivamente a la promulgación de la *Occupational Safety and Health Act* de 1970 (*OSH Act*) (39). El incumplimiento de su cláusula general, que obliga a los empresarios a proporcionar a sus trabajadores un empleo libre de riesgos, o de cualquiera de las normas promulgadas por el Secretario del Trabajo (*the Secretary of Labor*) en desarrollo de la *OSH Act* da lugar a la imposición de sanciones civiles, que pueden acumularse a otras de naturaleza penal, sin vulnerar la prohibición del doble enjuiciamiento, cuando la infracción cause la muerte del trabajador o consistiera en falsear la información que debe presentar el empresario

(38) Vid. EPSTEIN, T./HOLLEERAN, L. M. MOONEY, J. A. SHAFFER, M. A. SONG, G. J.: «Securities fraud», en *35Am. Crim. L. Rev.*, cit., p. 1167 a 1217; MARTIN, J. S.: «Banking Crimes», en *White-collar crime: business and regulatory agencies*, cit., pp. 2-1 a 2-73.

(39) Otras disposiciones aplicables en este sector son la *Federal Mine Safety and Health Act* (30 USC §§ 801-962), que regula las normas de seguridad e higiene aplicables en las actividades mineras; la *Fair Labor Standards Act* (que modificó varias disposiciones del Título 29 USC), sobre las condiciones mínimas en la contratación laboral (salario mínimo, no discriminación por razón de sexo, prohibición de emplear a menores...); la *Labor Management Relations Act* (29 USC § 186), que prohíbe los pagos y préstamos de los empresarios a los trabajadores o sus asociaciones, y la *Labor-Management Reporting and Disclosure Act* (29 USC § 501) para prevenir la apropiación ilegal de fondos de los trabajadores. Sobre esta normativa puede verse DARDEN, D. B. GREENBERG, R. J. MERRITT, S. C.: «Employment related crimes», en *35Am. Crim. L. Rev.*, pp. 561-596.

para acreditar la observancia de las normas sobre seguridad e higiene en el lugar de trabajo (40). En la práctica, la escasa aplicación de estas normas por el Departamento de Justicia ha recibido numerosas críticas, por no proporcionar a los trabajadores la protección que precisan, lo cual ha motivado el compromiso de la Administración Clinton de incentivar su observancia mediante la concesión de ventajas a aquellas empresas que participen en los programas sobre Seguridad e Higiene en el Trabajo, además de procurar que al empresario le suponga un mayor coste económico hacer frente a las sanciones de la *OSH Act* que cumplir su normativa (41).

e) También durante las décadas de los sesenta y setenta comenzó la preocupación por el medio ambiente y la calidad de vida, debido en buena parte a la alarmante contaminación causada por las grandes compañías petroquímicas y por el uso generalizado de pesticidas en la producción agraria, que dio lugar a la «*Clear Air Act*» de 1970. En la actualidad, esta legislación constituye unos nueve estatutos básicos reguladores del derecho medioambiental, junto a los promulgados para la conservación de los recursos naturales y el reciclaje de basuras (*the Resource Conservation and Recovery Act*, 42 USC §§ 6901-6992(k), que modifica la *Federal Solid Waste Disposal Act*, y la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*), el manejo de sustancias tóxicas (*the Toxic Substances Control Act*, 15 USC §§ 2601-2692) y pesticidas (*The Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act*, 7 USC § 136) y la conservación del agua (*Federal Water Pollution Control Act*, 33 USC §§ 1251-1387) de los ríos y riveras (*Rivers and Harbors Act*, 42 USC §§ 300-f a 300-j-26) y de especies en peligro (*Endangered Species Act*, 16 USC § 1531). Lo más destacado de las disposiciones citadas es el solapamiento de sanciones administrativas, civiles y penales y la severidad de estas últimas, que se aplican a grandes empresas y directivos cuando de forma culpable se ha causado un grave daño al medio ambiente (42).

f) La década de los setenta constituye asimismo el inicio de la lucha contra la delincuencia organizada, mediante la promulgación de la *Racketeering Influenced and Corruption Organization Act (RICO)*. A través de una interpretación claramente extensiva de sus disposicio-

(40) DARDEN, D. B. *et al.*, «Employment related crimes», cit., p. 562 y ss.

(41) *Ibidem*, pp. 571-574.

(42) Sobre los principales aspectos materiales y procesales de los delitos contra el medio ambiente puede verse LACHENMAYR, A. LOCKNER, A. M. OLSON, B. C. WOLPERT, C.: «Environmental crimes», en *35Am. Crim. L. Rev.* pp. 597 a 671.

nes, autorizada por la Corte Suprema, los fiscales federales persiguen hoy en día una gran variedad de conductas ilícitas llevadas a cabo por empresas que en principio se dedican a actividades empresariales legítimas (43).

g) Tras el famoso *Watergate*, a principios de los años setenta, el Senado emprendió una serie de reformas dirigidas a prevenir en el futuro escándalos similares y garantizar una Administración de Justicia independiente de las presiones del Poder Ejecutivo, sobre todo cuando se trata de investigar delitos cometidos por quienes se encuentran en la cúspide de dicho poder.

Los principales frutos de esta labor lo constituyen, de un lado, la legislación federal que previene y sanciona la corrupción de los funcionarios públicos, y de otro, la creación del Consejo Independiente (*Independent Counsel*) encargado de investigar los delitos cometidos por los altos funcionarios del Gobierno Federal en el ejercicio de sus cargos. Aunque el Consejo pretende garantizar una investigación ajena a cualquier conflicto de intereses (ya que de no existir este órgano el Departamento de Justicia llevaría a cabo la investigación contra sus propios funcionarios) y su constitucionalidad fue confirmada por la Corte Suprema en la Sentencia *Morrison v. Olson* (1988) (44), su funcionamiento no está exento de críticas, por el tiempo y dinero que consumen sus diligencias, el exceso de poder que se concede a los fiscales integrantes de su División especial y la facilidad para convertir sus investigaciones en un instrumento de claro interés partidista (45). Dos casos conocidos ilustran sobradamente esta polémica: el asunto «Irán-Contra», cuyas investigaciones dañaron la imagen del Presidente Reagan, y el expediente del famoso Fiscal Kenneth Starr sobre las irregularidades del matrimonio Clinton en el famoso en el asunto *Whitewater*, cuyas últimas consecuencias son sobradamente conocidas (46).

h) En nuestros días, el fenómeno más destacado en el ámbito del *white-collar crime* lo constituye sin duda el vertiginoso desarrollo de

(43) Sobre esta interpretación amplia del estatuto *RICO*, *vid.* ALLISON, B. IORILLO, C. KATOPIS, T. J. LYNCH, S. SHANAHAN, E. C. SOKOL, E.: «Racketeering Influenced and Corporation Organization», *35Am. Crim. L. Rev.*, cit., pp. 1103-1165.

(44) 487 US 654 (1988).

(45) Desde su creación, este Consejo ha llevado a cabo 19 investigaciones contra altos funcionarios, la mayoría de ellas dirigidas contra los sucesivos presidentes (desde el Presidente Carter hasta Clinton) y sus más directos colaboradores.

(46) Sobre las investigaciones del Consejo Independiente puede verse con detalle GODES, N. L. HOWARD, T. E.: «Independent Counsel Investigations», cit., pp. 875-898.

las nuevas tecnologías y, en especial, las comunicaciones a través de *Internet*, que ha motivado el interés del Departamento de Justicia por frenar el alarmante incremento de los llamados delitos informáticos. La revelación de secretos de empresa y de los que protegen la seguridad nacional, así como la proliferación de anuncios sobre prostitución de menores a través de *Internet* son los casos más conocidos de este fenómeno (47), mediante la promulgación de una legislación altamente especializada para su prevención y sanción (48). El ejemplo más reciente de este interés es la viva polémica que se ha suscitado a la hora de regular el uso de la «información encriptada», que garantiza la confidencialidad de ciertos datos y documentos al transformarlos a un lenguaje clave. Existen al respecto dos posiciones claramente contradictorias, la primera de las cuales prima el derecho a la privacidad del individuo, las empresas o los profesionales liberales (médicos, abogados) frente al interés del Estado en conocer el contenido de las informaciones para evitar la comisión de delitos de terrorismo, espionaje o desórdenes públicos (49) mientras la segunda de dichas posiciones mantiene la opinión contraria. Aunque el Gobierno de los EE.UU. se decanta por el momento, a favor de los intereses públicos en detrimento de la privacidad, permite a las empresas americanas exportar sus sistemas para encriptar información, aunque lo condiciona a la creación en un plazo de dos años de sistemas que permitan descodificar, si fuera preciso, la información (50).

Desde la perspectiva procesal, la aparición de estos tipos delictivos plantea problemas de trascendental importancia, sobre los que previsiblemente tendrá que ocuparse la Corte Suprema en un futuro

(47) Sobre las conductas ilícitas cometidas a través de *Internet*, puede verse HOWARD; J. D.: «An Analysis of Security Incidents on the Internet», en <http://www.cert.org/research/JHThesis/index.html>.

(48) El Departamento de Justicia ha adoptado una definición muy amplia sobre el «computer crime», comprensiva de «cualquier violación de la ley criminal que envuelve un conocimiento de la tecnología informática para su perpetración, investigación o persecución», y desde la *Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Law* de 1984 ha desarrollado una amplia labor legislativa en este sector del *white-collar crime*. Un detallado estudio de su regulación penal puede verse en DILLON, S. A. GROENE, D. E. HAYWARD, T.: «Computer crimes», en *35Am. Crim. L. Rev.*, pp. 503 a 547 y la extensa bibliografía allí citada.

(49) Sobre este debate puede verse DILLON y otros, oc, pp. 543 a 545 y la bibliografía allí citada, así como la página «web» <http://www.wired.com/wired/5.11/netizen.html>.

(50) Los condicionamientos impuestos por el Gobierno en la *Executive Order 13.026* han merecido la crítica del Congreso y del público en general. Puede verse, al respecto, *Electronic Privacy Information Center: Cryptography Policy*, en <http://www.epic.org/crypto>.

inmediato. No está claro si su regulación corresponde al Congreso de los EE.UU. o a los órganos legislativos de los distintos Estados, y por lo tanto tampoco lo están los criterios para determinar si su persecución y sanción corresponde a los tribunales federales o a los de los distintos Estados, por no hablar de la competencia territorial, imposible de determinar en aplicación del *locus delicti commisi*. Por otra parte, la circunstancia de que los delitos informáticos no respeten límite territorial alguno (ya que la información puede transmitirse fácilmente incluso de un continente a otro) obliga a estrechar la colaboración a nivel internacional para lograr una lucha eficaz contra este tipo de delincuencia.

También en relación con los delitos informáticos, EE.UU. ha seguido con gran expectación el proceso abierto contra Bill Gates por presunta vulneración de la legislación antimonopolio. El desarrollo de las sesiones del juicio oral ha planteado interesantísimos problemas procesales, como la validez probatoria que debían darse a los «e-mails» que el presidente de Microsoft envió a otras compañías. Estos montajes fueron presentados por la acusación para demostrar el intento de Gates de lograr el monopolio absoluto en el mercado de los navegadores de Internet.

II. JURISDICCIÓN

1. Protagonismo de la jurisdicción federal

La expansión de la legislación federal en la regulación de los delitos económicos ha dado lugar a un indiscutible protagonismo de las instituciones federales (tanto del Departamento de Justicia norteamericano como de la Corte Suprema y las *Federal Courts*) para su persecución y sanción. La primacía de la jurisdicción federal (sobre el Departamento de Justicia y los fiscales federales nos ocuparemos con posterioridad) (51) se manifiesta en un doble sentido: a) hacia el exterior, mediante una política claramente dirigida a perseguir delitos que se cometen fuera del territorio de los EE.UU. pero que pueden repercutir de manera importante en su actividad económica o en la seguridad nacional, y b) hacia el interior, con una más que discutible persecución federal de conductas que producen sus efectos en un ámbito muy reducido y que, en principio, correspondería investigar y sancionar a instituciones estatales.

(51) *Vid. Infra*, apdo. IV. 1, «Parte acusadora. El Fiscal».

A. En delitos de alcance internacional

Para garantizar una persecución y enjuiciamiento eficaz de buena parte de los delitos «de cuello blanco» que, aunque se cometen fuera de los EE.UU., inciden de una manera importante en las transacciones económicas o los intereses del país, la jurisdicción norteamericana ha aumentado paulatinamente su ámbito de actuación mediante distintos cauces legales (52). En primer lugar, mediante la proliferación de Tratados bilaterales entre EE.UU. y otros países (límites o no) para aumentar la cooperación en la detección e investigación de la delincuencia organizada, el terrorismo o las prácticas antimonopolio. Por ejemplo, con el propósito de paliar las deficiencias en la persecución de los delitos cometidos a través de Internet, se propone la adopción de una Convención o Tratado Internacional que disminuya las diferencias entre las legislaciones de los Estados firmantes y facilite la cooperación entre ellos (53).

También con el propósito de ampliar los límites de la jurisdicción federal, el Congreso ha promulgado varias disposiciones legales que sancionan actividades delictivas internacionales, como la *Foreign Corrupt Practices Act* (1977), *Export Administration Act* (1994), la *Arms Export Control Act* (1994), la *International Antitrust Enforcement Act* (1994) o las normas penales sobre Espionaje y Censura o Relaciones Internacionales (54).

Otras veces se trata de normas que regulan actividades internas, a las que se añade una «cláusula de extraterritorialidad», que permite perseguir la misma conducta aunque se haya cometido fuera de los Estados Unidos, siempre que pueda afectar al comercio o la seguridad norteamericana, se haya cometido por sus ciudadanos o pueda perjudicar a alguno de ellos. Esta cláusula se contiene, por ejemplo, en la

(52) Sobre las distintas técnicas a las que recurre el legislador para extender la jurisdicción federal, *vid.* PODGOR, E. S.: «Globalization and the federal prosecution of White-collar crime», *cit.*, 332-335.

(53) DILLON, S. A. y otros, «Computer crimes», *cit.*, p. 541 y ss. *Vid. tb.* Note, «Computer-Related Crime: An International Problem in Need of an International Solution», 27 *Tex. Int'l L. J.* 479, 494 (1992), donde se estima que esta cooperación podría iniciarse a menor escala, por ejemplo, entre los países de la Comunidad Europea (en cuyo seno podría promulgarse una Directiva similar a la existente sobre el *copyright*, Dir. 91/250/CEE) para extender después su ámbito. *Vid. tb.* BASSIOUNI, M. C.: «Effective National and International Action Against Organized Crime and Terrorist Criminal Activities», 4 *Emory Int'l L. Rev.*, 9, 20 (1990).

(54) *Vid.* al respecto PODGOR, E. S.: «Globalization and the Federal Prosecution of White-collar crime», 34 *Am. Crim. L. Rev.* (1997), pp. 325-346, y la bibliografía citada en este artículo.

regulación de los delitos de perjurio (55), tráfico de drogas (56), armas biológicas (57) o blanqueo de dinero (58).

A falta de previsión legal expresa, los tribunales federales no pueden conocer de delitos cometidos fuera de su territorio, salvo que la Corte Suprema establezca lo contrario, lo cual ha sucedido, por ejemplo, en el caso *United States v. Bowman*, que reconoció la competencia federal para conocer de un delito de fraude contra el Gobierno de los Estados Unidos cometido en Brasil por funcionarios americanos. La Corte Suprema estimó que en este caso no se comete ninguna ofensa contra la dignidad o la soberanía de Brasil al condenar a funcionarios norteamericanos por un crimen contra los EE.UU., al que aquéllos deben la más absoluta lealtad. Esta ampliación de la jurisdicción federal vía jurisprudencial se aplica especialmente en el caso de delitos económicos relacionados con fraudes internacionales o conspiración contra los intereses de EE.UU. (59).

B. Frente a las jurisdicciones estatales

Como hemos señalado con anterioridad, existe una abundante legislación federal reguladora de los delitos «de cuello blanco» que se solapa o superpone a la promulgada por los distintos Estados para frenar este mismo tipo de delincuencia (60), lo cual da lugar en numerosas ocasiones a que unos mismos hechos sean constitutivos de un delito federal y de otro estatal y puedan por lo tanto ser enjuiciados por ambas jurisdicciones.

En el caso *Unites States v. Lanza* (61) (1922), la Corte Suprema reconoció el principio de la «dual soberanía» (*dual sovereignty*), según el cual es posible que una misma persona sea sometida a un

(55) 18 USC § 1621, en el cual se prevé que «esta sección es aplicable tanto si la declaración o testimonio es hecho dentro como fuera de los Estados Unidos».

(56) 26 USC § 7206, que declara aplicable esta sección a los actos de fabricación o distribución cometidos fuera de la jurisdicción territorial de los EE.UU.

(57) 18 USC §175 (a), sobre «Prohibitions with respect to Biological Weapons», reconoce la extensión de la jurisdicción federal sobre las ofensas cometidas por o contra los nacionales de los EE.UU.

(58) 18 USC § 1956 (f) requiere la concurrencia de un doble requisito: 1) que la conducta se cometa por un ciudadano americano o suceda en parte en su territorio, y 2) que el valor de las operaciones exceda de 10. 000 \$.

(59) *Vid.* PODGOR, E. S.: «Globalization...», cit., p. 335 y ss. Sobre el examen de ciertos principios de Derecho Internacional, aplicados también por los órganos judiciales para extender su jurisdicción fuera de su territorio, *vid.*, en este mismo artículo, pp. 340 y ss.

(60) *Vid.* *Supra*, apdo. I.4, «Regulación».

(61) 260 USV 377, 43 S. Ct. 141, 67 L. Ed. 314 (1922).

proceso penal estatal y otro federal –simultáneos o sucesivos– por la comisión de unos mismos hechos: «un acto denunciado como crimen por ambas soberanías, nacional y estatal, es una ofensa contra la paz y dignidad de ambas y debe ser castigada por cada una de ellas», afirmó la citada Sentencia.

Posteriormente, la Corte Suprema confirmó el referido principio de la *dual sovereignty* en dos resoluciones de 1959, pero estimó que era aplicable siempre que el segundo proceso se iniciara para satisfacer un interés superior, no satisfecho en el primero, sin atribuir importancia al orden en que se sucedieran las jurisdicciones federal y estatal. En el caso *Abbate v. United States* (62) (1959), la Corte justificó la condena ante los tribunales federales de unos acusados que en un proceso estatal anterior se habían declarado culpables, ante la existencia de un interés federal más serio e importante que el interés estatal que motivó su primera persecución, y en el caso *Bartkus v. Illinois* (63) (1959) confirmó igualmente la posibilidad de la jurisdicción estatal de perseguir unos hechos que ya habían sido objeto de un proceso penal federal anterior (64).

La circunstancia de que unos mismos hechos puedan dar lugar a dos procesos penales, uno estatal y otro federal, ha recibido numerosas críticas, especialmente desde el punto de vista de la prohibición del doble enjuiciamiento (*double jeopardy*). Esta prohibición, que se recoge expresamente en la V Enmienda al exigir que «ninguna persona sea sujeta por la misma ofensa a dos enjuiciamientos», impide una segunda investigación y, en su caso, un segundo proceso penal por unos mismos hechos («same elements», según la citada Enmienda), con independencia de cual haya sido el resultado del primer proceso (acuerdo, condena, inocencia). La Corte Suprema, que ha interpretado extensivamente la citada prohibición, ha entendido que también vincula a los tribunales estatales, a través del derecho al proceso debido (*due process*) de la XV Enmienda, por lo que tampoco sería posible que la jurisdicción estatal enjuiciara dos veces el mismo hecho.

Cuando la Corte reconoció la extensión del «double jeopardy» a los tribunales estatales, se alzaron voces que abogaron por la derogación del principio de la dual soberanía: si aquél impedía tramitar de

(62) 359 US 187, 79 S. Ct. 666, 3 L. Ed. 2d. 729 (1959)

(63) 359 US 121, 79 S. Ct. 676, 3 L. Ed. 2d. 684 (1959).

(64) También sobre el principio de la «dual soberanía», *vid.* la Sentencia *Health v. Alabama* (474 US 82, 106 S. Ct. 433, 88 L. Ed. 2d. 387 (1985)), que recoge la jurisprudencia de la Corte Suprema que hemos examinado.

forma sucesiva dos procesos penales federales o dos procesos penales estatales, también debería aplicarse –según este sector doctrinal– a los supuestos en los que un proceso fuera federal y otro estatal (65). Sin embargo, la Corte Suprema, lejos de secundar esta teoría, ha mantenido su línea jurisprudencial y ha entendido que la dual soberanía no vulnera la prohibición del doble enjuiciamiento: no existe una reiteración de procesos sobre los mismos hechos, sino una persecución federal, ante la vulneración de una legislación penal inspirada en unos principios determinados, y una persecución estatal por violación de una ley protectora de unos intereses internos, en la mayoría de las ocasiones diferentes de los federales. Como señaló la Corte en el caso *Heath v. Alabama* (66), «la doctrina de la dual soberanía se basa en la concepción propia de la ley común del crimen como una ofensa contra la soberanía del gobierno. Cuando un acusado por un único acto viola la «paz y la dignidad» de dos soberanías por quebrantar la ley de cada una de ellas, ha cometido dos distintas ofensas», y según expuso la Corte en el caso *Moore v. Illinois* (67) (1852), «una ofensa, en su significación legal, significa una transgresión de la ley», por lo que cuando el mismo individuo transgrede las leyes de dos soberanías, no puede estimarse que la sido castigado dos veces por la misma ofensa, sino que con un mismo acto ha cometido dos ofensas, por cada una de las cuales debe ser castigado justamente».

Pese a la jurisprudencia que acabamos de reflejar, tanto a nivel federal como estatal se han desarrollado distintos mecanismos para matizarla y evitar que un individuo sea sometido a una investigación y un proceso penal estatal y otro federal por unos mismos hechos, sean constitutivos del mismo o de distintos delitos «de cuello blanco».

A nivel federal, poco después del caso *Abbate* el Fiscal General de EE.UU. remitió a todos los fiscales un «memorándum» en el que advertía de la necesidad de cooperar «con las autoridades estatales o locales hasta el final del juicio oral, tanto en la jurisdicción federal como estatal, para un mejor servicio al interés público», e impedía un juicio oral federal «cuando haya ya habido una persecución estatal por sustancialmente el mismo acto o actos». Esta recomendación se conoce como la «Petite Policy», por haber sido confirmada por la Corte Suprema en el caso *Petite v. United States* (68) (1960), y fue

(65) LAFAVE, W. R. ISRAEL, J. H.: *Criminal Procedure*, edit. West Publishing Co 1992, p. 1083.

(66) *Vid.* nota núm. 64.

(67) 14 How. 13, 14 L. Ed. 306 (1852).

(68) 361 US 529, 80 S. Ct. 450, 4 L. Ed. 2d 490 (1960).

más tarde recogida en el Manual de los Fiscales de EE.UU. (§9-2.142). Su aplicación ha servido en numerosas ocasiones para rechazar una acusación formal o revocar una sentencia no firme, cuando se ha desarrollado una investigación federal sin advertir que previamente había tenido lugar otra a nivel estatal (69).

A nivel estatal, la mayoría de los Códigos Penales recogen expresamente la prohibición de iniciar un proceso penal ante sus tribunales contra unos hechos que ya han sido investigados y, en su caso, enjuiciados por la jurisdicción federal, aunque varían en la extensión de dicha prohibición. Como señalan Lafave e Israel, algunos Códigos Penales limitan la prohibición al «mismo acto u omisión» que en la jurisdicción federal y otros permiten solo la persecución cuando puede probarse que los hechos requeridos por un tipo penal no se contienen en el otro (70).

Otras veces la competencia federal o estatal se decide atendiendo a la mayor eficacia con la que una u otra jurisdicción pueden perseguir un determinado delito. Es este el criterio que justifica la persecución por las instancias federales de la corrupción pública local (que de otra forma podría quedar impune, por las presiones que previsiblemente sufren los fiscales y los órganos judiciales de la localidad, que son electos), como también es el criterio seguido para primar, en la práctica, las normas estatales (no tanto las de seguridad e higiene como los tipos penales comunes, y especialmente el homicidio involuntario) frente a la *OSH Act* federal a la hora de sancionar el cumplimiento de la normativa reguladora de la seguridad en el trabajo (71).

2. Proceso penal o civil

Los distintos sectores económicos donde pueden cometerse infracciones relacionadas con el *white-collar crime* están regulados básicamente por disposiciones de naturaleza administrativa y sometidos al control y la supervisión directa de las llamadas *Regulatory Agencies*. Las conductas más graves se tipifican como delito y dan lugar a un proceso penal dirigido al esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad penal del acusado, sin posibilidad de acumular en el mismo una acción civil resarcitoria. Para solicitar el

(69) LAFAVE, W. R. ISRAEL, J. H.: *Criminal Procedure*, cit., p. 1084; *vid. tb. KAMISAR, Y. LAFAVE, W. R. ISRAEL, J. H.: Modern Criminal Procedure. Cases, Comments, Questions*, edit. West. Publishing Co, 1994, pp. 1570-1571.

(70) «*Modern Criminal Procedure...*, cit., p. 1571.

(71) DARDEN, D. B. et al., cit., «*Employment-related crimes*», *35Am. Crim. L.Rev.*, cit., pp. 574 y ss.

resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el hecho punible, la víctima debe iniciar el correspondiente proceso civil, que puede ser tramitado de forma previa, simultánea o sucesiva al desarrollo del proceso penal. También puede acudir al proceso civil para la imposición de «sanciones» cuando los hechos no son constitutivos de delito.

De esta forma, a los problemas de reparto de competencias entre la jurisdicción estatal y federal para el enjuiciamiento de los delitos «de cuello blanco» se añaden las dificultades de determinar, en cada una de estas jurisdicciones, si una determinada infracción merece una sanción administrativa, penal y/o civil.

A. Las *Regulatory Agencies*

La mayor intervención del Estado en la actividad económica desde finales del siglo pasado ha venido acompañada de la creación de una serie de autoridades administrativas (*regulatory agencies*) encargadas de velar por el cumplimiento de las normas reguladoras de cada uno de los sectores económicos (72).

Las primeras *Regulatory Agencies* aparecieron en los años veinte, en el marco del Derecho de la Competencia (con la *Federal Trade Commission*) y la protección de los consumidores (con la *Food and Drug Administration*). Durante los años treinta las principales autoridades se crearon en el ámbito financiero (la *Federal Deposit Insurance Corporation*), para normalizar la situación bancaria y bursátil tras el conocido «crack del 29». La preocupación durante los años sesenta y setenta por la salud, las condiciones de trabajo y el nivel de vida motivaron la aparición de la *Consumer Product Safety Commission*, la *Occupational Safety and Health Administration* y la *Environmental Protection Agency*. Tras una década de críticas y pérdida de competencias, en nuestros días las *regulatory agencies* han recobrado su capacidad de actuación y gozan de amplias facultades para garantizar el buen funcionamiento de los sectores económicos en los que operan.

Dentro del marco diseñado por las normas administrativas, y por delegación del Congreso de los EE.UU. o las autoridades legislativas correspondientes de cada uno de los Estados, estas autoridades son competentes para elaborar normas (*rules*) dirigidas a clarificar a las empresas de su sector los límites de sus operaciones económicas.

(72) Sobre estas autoridades administrativas puede verse FRANK, N. LOMBNESS, M.: *Controlling Corporate Illegality. The Regulatory Justice System*, edit. Anderson Publishing, Ohio, 1988.

Para garantizar el respeto de las anteriores normas (tanto las emanadas por el poder legislativo como las elaboradas por la propia agencia) las *regulatory agencies* tienen reconocidas amplias potestades de vigilancia y control sobre las empresas de su sector. Así, pueden someter a éstas a inspecciones periódicas o esporádicas o condicionar la práctica de ciertas operaciones a una autorización previa expedida por sus funcionarios.

Algunas *regulatory agencies* extienden su ámbito de actuación a operaciones desarrolladas fuera de los EE.UU. o por ciudadanos extranjeros, como sucede con la SEC, que puede inspeccionar y, en su caso, sancionar ciertas actividades desarrolladas dentro o fuera de los EE.UU. que tengan un efecto importante sobre las inversiones o los mercados financieros norteamericanos. Desde la promulgación de la *International Securities Enforcement Cooperation Act* en 1990, la Comisión recibe de otras autoridades extranjeras y envía a las mismas un constante flujo de información sobre la situación de los mercados, puede requerir la entrega de documentos por extranjeros, adoptar medidas internas frente a los agentes de bolsa, inversores y otros sujetos que han sido condenados en otros países por delitos o faltas similares a las previstas en sus normas sobre el «security fraud» o inhabilitarlas para el ejercicio de sus cargos, y obtener el reembolso de los gastos derivados de la asistencia a otras autoridades extranjeras de igual naturaleza (73).

Con motivo de alguna de las inspecciones efectuadas sobre las empresas de su sector o tras recibir una denuncia de un particular (accionistas, consumidores, trabajadores u otros grupos de interés) u otra empresa, las autoridades administrativas pueden tener conocimiento de ciertas prácticas irregulares, en cuyo caso deben iniciar una investigación dirigida a comprobar la veracidad de los hechos, identificar a sus responsables y determinar si la ofensa puede ser constitutiva de una infracción administrativa, un ilícito civil o un delito.

Para la práctica de estas diligencias las autoridades administrativas cuentan con amplias facultades de investigación, entre las cuales destaca su poder de expedir requerimientos (*administrative summons*) para que los sujetos investigados faciliten la información de la que disponen. Las *administrative summons* se subordinan al cumplimiento de los requisitos recogidos por la Corte Suprema en el *Power Test*, según los cuales la agencia debe perseguir un propósito legítimo, la información requerida debe ser relevante para tal propósito y no

(73) Sobre la intervención de la SEC en actividades internacionales, *vid.* EPSTEIN, T. et al: «Securities Fraud», en *35AM. Crim. Law. Rev.*, pp. 1209-1210.

estar ya en poder de la agencia y debe haberse seguido el procedimiento administrativo previsto (74).

Como ejemplo de las amplias facultades de investigación a las que nos hemos referido, el Título 26 USCA, § 7602, permite al IRS (*Internal Revenue Service* o Servicio de Recursos Internos) investigar cualquier tipo de ofensa relacionada con la administración o aplicación de las leyes internas sobre impuestos. Para ello puede requerir el examen de libros, documentos, informes u otro tipo de datos que contribuyan a esclarecer los hechos o citar a la persona directamente responsable del pago, cualquier oficial o empleado de aquélla u otra persona encargada de custodiar su documentación, para que comparezca ante el Secretario en el día y hora señalados y preste testimonio bajo juramento de los datos que puedan ser útiles. No obstante, los requerimientos de la IRS, además de satisfacer el Powell Test, pueden expedirse únicamente antes de poner los hechos en conocimiento del Departamento de Justicia para que sean perseguidos penalmente y nunca con el propósito de recoger evidencias para el juicio penal que pudiera iniciarse con posterioridad, según estableció la Corte Suprema en la Sentencia *United States v. LaSalle National Bank* (75).

Las investigaciones de la SEC, en el ámbito de los Mercados financieros, constituyen también un buen ejemplo de las amplias potestades de una autoridad administrativa para vigilar el correcto funcionamiento del sector en el que opera. La SEC puede iniciar una investigación formal sobre posibles irregularidades en el cumplimiento de las normas sobre los mercados financieros sin necesidad de demostrar la existencia de una «probable causa» ilícita o delictiva ni de comunicar dicha investigación al sujeto o corporación que se investiga. Como resultado de sus averiguaciones —y según la naturaleza de la infracción— la SEC puede ordenar por sí el cese temporal o definitivo de ciertas actividades o imponer multas (aunque en estos casos sí deberá comunicar previamente a su autor la infracción que se le atribuye y concederle un trámite de audiencia). Junto a su potestad sancionadora, el Congreso le atribuye legitimación para iniciar un proceso administrativo, civil o penal contra el autor de la infracción (76).

(74) Estos requisitos se fijaron por la Corte Suprema en el caso *Unites States v. Powell* (379 US 48 (1964)). Sobre la interpretación de cada uno de los elementos del *Powell Test*, puede verse «Administrative summons», en *30Am. Crim. L. Rev* (1993), pp. 1000 a 1004.

(75) 437 US 298 (1978). La Corte Suprema exige por tanto que los requerimientos se hagan de buena fe, y no con el único objetivo de incriminar penalmente al sometido a la investigación administrativa.

(76) Sobre la intervención de la SEC en cada uno de los anteriores procedimientos, puede verse con detalle EPSTEIN, T. et alt, «Securities Fraud», en *35Am. Crim. Law. Rev.* cit., pp. 1205 y ss.

Por otro lado, junto a las *Regulatory Agencies* otras autoridades realizan también una importante labor en garantizar el cumplimiento de la normativa reguladora del *white-collar crime*. Por ejemplo, en el Departamento de Trabajo se ha creado una comisión especial que permite al Secretario del Trabajo realizar investigaciones periódicas y requerir información o entrega de documentos a los empresarios para comprobar si respetan la normativa sobre las condiciones mínimas de contratación laboral previstas en la *Fair Labor Standards Act* (77).

La actuación de las *Regulatory Agencies* suscita varias cuestiones de interés desde la perspectiva del proceso penal que, en su caso, pudiera iniciarse por los mismos hechos.

a) El primer aspecto a destacar es su obligación de colaboración con el Departamento de Justicia en la represión de los delitos de cuello blanco, que se manifiesta tanto a la hora de poner los hechos en conocimiento de dicho Departamento cuando pudieran ser constitutivos de delito como en el momento de facilitar la información a la que haya tenido acceso cuando sea requerida por el órgano judicial durante la instrucción o el juicio oral

b) Otra cuestión de interés es la de determinar qué sucede con el procedimiento administrativo durante el desarrollo del proceso penal que conociera de los mismos hechos. La respuesta varía notablemente según el sector del ordenamiento en el que nos encontremos.

Algunas disposiciones administrativas obligan a las *Regulatory Agencies* a suspender la investigación cuando los hechos puedan ser constitutivos de delito y por esta razón hayan sido comunicados al Departamento de Justicia. El ejemplo más representativo se recoge en el Título 26 USCA, § 7602 que prohíbe a la *Internal Revenue Service* practicar cualquier tipo de investigación tras remitir el Secretario del IRS los hechos a la Fiscalía General del Departamento de Justicia. La prohibición finaliza cuando el *Attorney General* notifica al Secretario su intención de no perseguir penalmente la conducta, no autorizar la investigación del Gran Jurado o poner fin a una investigación ya iniciada.

En otros supuestos, por el contrario, las *regulatory agencies* pueden continuar su investigación al margen de lo que suceda en el proceso penal donde se enjuician los mismos hechos. Esto es lo que sucede en el ámbito de las actividades financieras, donde la jurisprudencia se muestra muy reticente a suspender las investigaciones de la SEC, cuando éstas se desarrollan de buena fe y en cumplimiento de

(77) *Vid.* al respecto DARDEN, D. B. et alt, oc., pp. 583 y ss.

sus fines, aunque sus actividades se solapen con las investigaciones del gran jurado.

c) Por otra parte, con los requerimientos de las agencias administrativas para el esclarecimiento de los hechos que se investigan, el administrado sufre un evidente riesgo de que sus explicaciones o los documentos que aporte sean después usados en su contra en el proceso penal que, en su caso, pudiera iniciarse o que incluso puede estar en marcha si la normativa específica no obliga a suspender el procedimiento administrativo una vez iniciada la vía penal. La estrategia del requerido en estos casos, lógicamente, se basa en proporcionar a la agencia la mínima información posible, para lo cual apelará a la jurisprudencia de la Corte Suprema, que reconoce la aplicación –aunque con matices– en el procedimiento administrativo de las garantías que asisten al acusado en el proceso penal. El derecho a la no autoincriminación, la prohibición de una entrada y registro irrazonables o el privilegio Abogado-cliente son frecuentemente invocados frente a los requerimientos de estas autoridades (78).

B. Relaciones entre el proceso penal y el civil

Numerosas disposiciones reguladoras del *white-collar crime* acompañan la sanción penal derivada del delito con la posibilidad de ejercitar una acción civil generalmente resarcitoria de los daños y perjuicios derivados de la misma conducta –aunque cada vez son más frecuentes las «sanciones civiles» en este sector del ordenamiento, como tendremos ocasión de comprobar–. En principio, el Derecho Norteamericano no permite acumular la pretensión civil en el proceso penal, por lo que suele darse con relativa frecuencia que el autor de un delito económico se vea envuelto, de forma simultánea o sucesiva, en un proceso penal y otro civil.

La distinción en el ámbito de los delitos de cuello blanco entre ambos tipos de infracciones y sanciones no es tan nítida como en un principio pudiera parecer, como tampoco lo es la distinción entre el

(78) La invocación de estos derechos en el procedimiento administrativo se basa en la misma jurisprudencia y plantea idénticos problemas que los derivados de las relaciones entre el proceso civil –en el que la *regulatory agency* intervenga como parte demandante y también desarrolle por ello una investigación para demostrar los hechos constitutivos del ilícito– y el penal, por lo que nos remitimos al apartado correspondiente (*vid. infra*, apdo. siguiente, B. «Relaciones entre el proceso penal y el civil»).

proceso penal y el civil ni los principios que inspiran el desarrollo de uno y otro (79).

En cuanto a las infracciones, numerosas disposiciones reguladoras del *white-collar crime* describen ilícitos civiles y penales sin distinguir claramente entre unos y otros, cosa que sucede, por ejemplo, en el caso de la legislación antitrust. La Sección 1 de la *Sherman Antitrust Act* contempla ambos tipos de infracciones legales pero no establece una clara distinción entre ambas, sino que deja en manos del órgano judicial esta tarea delimitadora.

En relación a las sanciones, en este sector del ordenamiento se ha roto la tradicional correspondencia entre delito-pena de prisión (80). De un lado, porque en el seno del proceso penal ha aumentado considerablemente el catálogo de sanciones que pueden imponerse en la sentencia. Lógicamente, la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas ha obligado a arbitrar penas de distinta naturaleza a las privativas de libertad, lo cual ha dado lugar a un amplio listado de «consecuencias colaterales» que acompañan a la pena de multa, como la exclusión de la empresa en los programas y actividades del Gobierno o de la contratación administrativa. También se prevén consecuencias colaterales para las personas físicas, que permiten añadir a la condena de prisión o multa el decomiso de los bienes obtenidos por la acción delictiva u obligar al infractor tributario a devolver la cantidad defraudada. Y la más «distorsionadora» de estas «consecuencias colaterales» es la recogida en la Ley sobre Protección de Víctimas y Testigos (*Victim and Witness Protection Act*, 18 USC, §§ 3663-3664), que permite al órgano judicial ordenar en la sentencia penal condenatoria que se indemnice a la víctima por los daños y perjuicios causados por el hecho punible. Al respecto, el § 3663 del Título 18 USC prevé que «la Corte, al dictar sentencia contra un condenado por un delito... puede ordenar, junto a... o en lugar de otra pena autorizada

(79) La inexistencia de estos límites, aunque se manifiesta de manera evidente en el ámbito del *white-collar crime*, no es exclusivo de este sector del ordenamiento. De hecho, la doctrina ha destacado la vuelta a la originaria concepción de la ley inglesa, que no recogía una clara distinción entre la ley general civil y la criminal (puede verse al respecto COFFEE, J. C.: Does «Unlawful» Mean «Criminal»? Reflections on the Disappearing Tort/ Crime Distinction in American Law», 71. *B. U. L. Rev.* p. 193 y ss (1991).

(80) Sobre la «erosión» de la tradicional distinción entre las acciones civiles y las penales, *vid.* MANN, K.: «Punitive Civil Sanctions: The Middleground between Criminal and Civil Law», en 101 *Yale Law Journal*, 1992, pp. 1795 y ss, GOLDSTEIN, A. S.: «White-Collar Crime and Civil Sanctions», en 101 *Yale Law Journal*, 1992, pp. 1895-1899; YELLEN, D. MAYER, C. J.: «Coordinating Sanctions for Corporate Misconduct: Civil or Criminal Punishment?», 29 *Am. Crim. L. Rev.* pp. 961 a 1024.

por la ley, que el acusado restituya a las víctimas de tal delito». En la Sentencia *Hughey v. Unites States* (1990), la Corte Suprema estimó que los órganos judiciales pueden acordar la restitución «solo por las pérdidas causadas por las conductas concretas que son la base del delito por el que se le condena» lo cual impide exigir la indemnización derivada de los cargos que, como resultado de un acuerdo (*plea bargaining*), se hayan excluido de la acusación del fiscal (81).

En segundo lugar, cada vez son más los estatutos que permiten aplicar en el proceso civil (junto o con independencia de la acción civil resarcitoria de los daños y perjuicios) una «sanción civil punitiva» (pérdida de beneficios concedidos por el Gobierno, embargo y decomiso de los bienes relacionados con el delito...), que puede resultar tan gravosa como la sanción penal. Para determinar el carácter «resarcitorio» o «esencialmente punitivo» de la sentencia recaída en el proceso civil la Corte Suprema aplicó hasta finales de 1997 el llamado «Halper test», según el cual debía atenderse «a la naturaleza de la sanción» más que a su regulación por normas civiles o penales. Sin embargo, en diciembre de 1997 la Corte Suprema rechazó el citado «Halper test» en la Sentencia *Hudson v. Unites States*, en la cual señaló que los órganos judiciales deberán atender especialmente a la voluntad del Congreso: la sanción «civil» será esencialmente punitiva si el Congreso lo reconoce así expresamente o se deduce del tenor literal del precepto la intención del legislador de que la sanción sea criminal.

Determinar la naturaleza –indemnizatoria o punitiva– de la sentencia civil tiene importantes consecuencias procesales, tanto desde la perspectiva de la prohibición del doble enjuiciamiento (*double jeopardy*) como desde el punto de vista de los derechos del demandado. En relación a la prohibición del *double jeopardy*, la Corte Suprema ha reconocido en la citada Sentencia *Unites States v. Halper* que el referido principio se vulnera cuando en sendos procesos penales se impone a una misma persona una sanción «civil» y otra penal por la comisión de unos mismos hechos. Y en cuanto a los derechos del demandado, el carácter punitivo de la sanción civil debería permitirle ejercitar los derechos constitucionales de la Cuarta, Quinta, Sexta y Octava Enmienda que asisten al acusado (82).

(81) Para mayor detalle puede verse BUCY, P. H.: *White-Collar Crime. Cases and Materials*, cit., pp. 548 a 553.

(82) Al respecto, puede verse CHEH: «Constitutional Limits on Using Civil Remedies to Achieve Criminal Law Objectives: Undertaking and Transcending the Criminal-Civil Law Distinction», *42 Hastings. L. Rev.*, pp. 1369-1389 (1991); Note, «Civil RICO is a Misnomer: The Need for Criminal Procedural Protections under

La posibilidad de aplicar tras un proceso civil una sanción punitiva y la circunstancia de que en ambos se investiguen y juzguen unos hechos comunes plantea numerosos problemas de carácter procesal, que están relacionados: a) con la posible suspensión del proceso civil hasta la finalización del proceso penal o, al menos, hasta la conclusión de la investigación penal; b) con la posible utilización en el proceso penal del material recopilado por el Fiscal o las *Regulatory agencies* en el proceso civil paralelo; c) con la posibilidad de las partes en el proceso civil de acceder al material instructorio conseguido a través de los requerimientos del Gran Jurado (subpoenas), y c) el modo en el que los hechos declarados probados en un proceso vinculan a los órganos judiccionales que deban conocer del otro.

a) *Simultaneidad de ambos procesos. Posibilidad de suspensión del proceso civil*

Ninguna previsión constitucional impide la tramitación simultánea de un proceso civil y otro penal para conocer de unos mismos hechos, e incluso la Corte Suprema ha confirmado esta simultaneidad desde su Sentencia *Standart Sanitary Manufacturing Co. v. United States*, dictada en 1912.

Aunque en la práctica se muestran bastante reticentes a su concepción, los órganos judiciales pueden suspender el proceso civil si lo estiman necesario para salvaguardar el derecho a la no autoincriminación u otros derechos constitucionales del demandado, para satisfacer el interés de la justicia o en aplicación de una recomendación o política interna desarrollada en el seno del Departamento de Justicia.

Así, en primer lugar, los órganos judiciales civiles pueden ordenar la suspensión del proceso civil hasta la finalización del penal o, al menos, hasta el término de su fase de instrucción para evitar que los documentos a los que puedan tener acceso lleguen al conocimiento del Gran Jurado y sirvan como prueba de cargo.

La Corte Suprema ha reconocido que ciertos derechos de la Cuarta y Quinta Enmienda —el derecho a la no autoincriminación, el privilegio Abogado-cliente y la prohibición de entradas y registros irrazonables— asisten al ciudadano que está sometido a un proceso civil cuando de facilitar la información requerida por el órgano que investiga sus actividades podría resultar incriminado en un proceso penal que, en su caso, pudiera iniciarse. Pero en la práctica, cuando el

18SC § 1964», *100 Harv. L. Rev.*, 1288 y ss (1987); CHARNEY: «The Need for Constitutional Protections for Defendants in Civil Penalty Cases», *59Cornel. L. Rev.*, p. 478 y ss. (1974).

demandado se niega a facilitar la información requerida invocando los citados derechos constitucionales corre el riesgo de sufrir una sanción administrativa o una condena civil más dura. En tales circunstancias los órganos judiciales ordenan a veces la suspensión del proceso civil hasta la finalización del penal, para evitar la filtración de información en este último, y tras la sentencia criminal prosiguen con la investigación civil.

La segunda de las razones a las que hemos aludido, el «interés de la justicia», es un criterio más genérico que se invoca por el demandado cuando la continuación del proceso civil puede causarle un grave perjuicio y no existen razones de interés público que aconsejen su continuación. Para adoptar su decisión el órgano que conoce del citado proceso cuenta con un amplio margen de discrecionalidad en el examen de las circunstancias del caso, pero su decisión puede ser revocada por el órgano superior precisamente por «abuso de discrecionalidad».

Por último, la decisión de suspender el proceso civil puede no estar precedida de una solicitud del demandado, sino obedecer a una recomendación del Departamento de Justicia, como la aplicada en materia de medio ambiente, que prevé que cuando sea posible ejercitar una acción civil y otra penal por los mismos hechos, el proceso criminal debe generalmente desarrollarse antes del civil, salvo en una serie de supuestos excepcionales que enumera expresamente (escasa relación entre los hechos investigados en el proceso penal y los discutidos en el civil, peligro de mayores daños en caso de paralización...) (83).

b) Acceso en el proceso penal del material obtenido en la investigación fiscal

Durante el desarrollo del proceso penal, tanto en la fase de investigación como en el juicio oral el Gran Jurado y el Ministerio Fiscal pueden encontrar serias dificultades para obtener el testimonio de testigos o imputados o la aportación de ciertos documentos, sobre todo cuando pueden ser autoincriminatorios (porque en tal caso los requeridos opondrán el derecho a no declarar contra sí mismos) o pueden vulnerar otro derecho fundamental reconocido en las IV, V y VI Enmiendas. Si al mismo tiempo o con anterioridad ha tenido lugar un proceso civil por los mismos hechos que no se ha paralizado, es muy probable que durante el desarrollo de éste se hayan requerido los mis-

(83) Vid. ISRAEL, J. H. PODGOR, E. S. BORMAN, P. D.: *White-collar crime. Law and Practique*, cit., p. 456, sobre la «Land and Natural Resources Division Directive», núm. 5-87, de 13 de octubre de 1987.

mos documentos y que el demandado los haya presentado, por lo que el Fiscal, el Gran Jurado o el juez que preside el juicio oral, según los casos, puede solicitar que se ponga a su disposición el material que se aportó al proceso civil. Ya hemos señalado con anterioridad que aunque el demandado puede negarse a facilitarlos, normalmente atenderá el requerimiento ante el temor de sufrir en caso contrario una fuerte sanción civil.

La situación se describe claramente por Friedman y Stillman cuando existe un proceso penal y otro civil por «securities fraud»: «el efecto es que un demandado en un asunto civil, sea por la SEC o por un demandante privado, que es también el sujeto de una investigación criminal se encuentra en una difícil situación. Si testifica y da respuesta a los cargos de la SEC o del demandante privado, suspenderá el privilegio a no declarar contra sí mismo, y es posible que su testimonio en el proceso civil se ponga a disposición del fiscal y del gran jurado. Por otro lado, si el demandado invoca el privilegio en el proceso civil, evita cualquier posible incriminación, pero su negativa a responder por los cargos presentados por el demandante le hará seguramente perder el proceso civil».

De ahí que, como igualmente hemos advertido en el apartado anterior, a veces el órgano judicial decida suspender el proceso civil (que puede prolongarse hasta la sentencia penal o al menos hasta que haya finalizado la investigación), aunque como también pusimos de manifiesto estas peticiones no suelen tener mucho éxito en la práctica.

Una segunda solución que excepcionalmente conceden los órganos judiciales civiles es la expedición de una orden de secreto, mediante la cual se prohíbe que determinados datos conocidos en un proceso civil se trasladen al penal subsiguiente.

c) Acceso en el proceso civil del material obtenido por el Gran Jurado

En principio, las investigaciones del Gran Jurado son secretas, según se reconoce expresamente en la *Rule 6(e)(2) F.R.Cr.Pr.*, por lo que el órgano judicial civil tiene vedado su conocimiento salvo que sea aplicable al caso alguna de las circunstancias excepcionales previstas en la misma regla. Entre ellas, el apartado 6(e)(3) (C)(i) permite revelar los documentos del Gran Jurado cuando se requieran por un órgano judicial, previamente o en conexión con un procedimiento judicial, y en aplicación de esta excepción pueden acceder a dichos documentos siempre que concurren ciertos requisitos —recogidos en el llamado «threshold test»—: a) el material debe derivarse de las investigaciones desarrolladas por el Gran Jurado; b) de ser revelados, se aprovecharán en un proceso civil ya iniciado o de inminente inicia-

ción, y c) el solicitante debe demostrar una particular necesidad en dicha revelación.

En relación al primero de los requisitos enumerados, los órganos judiciales no han logrado ponerse de acuerdo sobre la naturaleza de los datos protegidos por el secreto del Gran Jurado (aunque en general estiman que no alcanza los datos personales de los miembros del jurado u otras circunstancias accesorias a la investigación).

En segundo lugar, es preciso que los datos se requieran para un proceso civil iniciado o de inminente iniciación, no basta la mera posibilidad de que dicho proceso pueda celebrarse.

Y por último, en el caso *Douglas Oil Co of California v. Petrol Stops Northwest* (1979) (84) se fijaron los criterios a tener en cuenta para ponderar la particular necesidad en la revelación de la información cuando la persona interesada fuera un particular. En este supuesto, el demandado debe demostrar que: a) el material es necesario para evitar una injusticia en el proceso civil; b) la necesidad del descubrimiento es mayor que el interés del Gran Jurado en guardar el secreto, y c) el requerimiento se reduce al material estrictamente necesario.

Estos requisitos deben también concurrir cuando la revelación del secreto se solicita por un fiscal (aunque en estos casos el riesgo de divulgación de las investigaciones sea menor), como ha reconocido la Corte Suprema en el caso *United States v. Sells Engineering* (1983) (85), en cuyo caso el órgano judicial deberá ponderar la posibilidad del fiscal de obtener la información por otras vías, y el tiempo y dinero que podría invertir en ello.

d) *Vinculación de los hechos declarados probados en el proceso penal. El collateral estoppel*

El grado de certeza que se exige a los tribunales de lo civil para estimar unos hechos como probados es menor que el exigido a los tribunales de lo penal, ya que mientras en los primeros basta la llamada «preponderancia de la evidencia», en los segundos la prueba debe «exceder de la duda razonable». Del distinto nivel probatorio exigido en uno y otro proceso se derivan importantes consecuencias cuando se inician dos procesos, uno penal y otro civil, para esclarecer y sancionar los mismos hechos.

a) En primer lugar, si los hechos constitutivos de una infracción sobre *white-collar crime* se conocieron primero en un proceso penal y

(84) 441 US 211 (1979)

(85) 463 US 418 (1983)

en éste se estimaron probados «más allá de la duda razonable», esta declaración vincula en el proceso civil posterior que, en su caso, pueda iniciarse por los mismos hechos.

Esta vinculación del juez de lo civil a los hechos declarados probados por el Tribunal de lo penal es una de las manifestaciones del «collateral estoppel», que impide discutir en dos procesos distintos y sucesivos la misma cuestión. Se trata de una doctrina desarrollada jurisprudencialmente, primero en el ámbito del proceso civil y posteriormente en el penal, para impedir la «relitigación entre las mismas partes de cuestiones que realmente se habían determinado en un proceso previo» (86). Su aplicación exige que la cuestión haya sido realmente discutida en el proceso previo (o dicho de otro modo, que los hechos hayan sido controvertidos, no consentidos y por lo tanto no sujetos a debate), que no constituyan un *obiter dicta*, sino una de las principales cuestiones que debían aclararse en el primer proceso penal, que éste haya sido válido y esté finalizado, y que la cuestión debatida haya sido idéntica en ambos. En algunas jurisdicciones se exige además, como requisito adicional, una coincidencia entre las partes del primer y del segundo proceso (87).

El «collateral estoppel» es a su vez una de las consecuencias de la prohibición del «Double Jopardy», que permite al demandado solicitar que no se examinen los hechos en el proceso civil cuando ya se ha pronunciado sobre los mismos el Tribunal de lo penal en un proceso anterior.

b) Cuando los hechos conocidos en el proceso penal no hayan alcanzado el nivel de certeza exigido, pueden volver a discutirse en un posterior proceso civil, donde la exigencia de prueba es menor. Puede darse así el caso de que unos mismos hechos sean declarados probados –para el tribunal de lo civil– y no probados –por el tribunal de lo penal–, como sucedió en el famoso caso de O. J. Simpson.

c) Si los hechos se conocieron primero por la jurisdicción civil, la declaración de hechos probados no vincula en un posterior proceso penal, dada la mayor exigencia probatoria de éste.

(86) *Ashe v. Swenson* (1970), 397 US 436, 443, 90 Ct. 1189, 1193, 25 L. Ed. 2d. 469, 475 (1970).

(87) Los límites del «collateral estoppel» son difíciles de determinar, ya que exigen un examen minucioso de los términos en los que se planteó el debate entre las partes en el primer proceso, y las cuestiones concretas que fueron objeto de prueba. Un estudio de estos límites excedería el objeto de nuestro trabajo, pero para mayor detalle, puede verse LAFAVE, W. R. ISRAEL, J. H.: «Criminal Procedure», cit., p. 775 y ss. Sobre la aplicación del «collateral estoppel» en el ámbito del *white-collar crime*, puede verse BUCY, P. H.: *White-Collar Crime. Cases and Materials*, edit. West Publishing Co., Minesota 1992, pp. 530 a 548.

III. COMPETENCIA

El órgano competente para el conocimiento de los delitos económicos se determina según las reglas generales previstas en la Constitución, el Título 18 USC y las *Federal Rules of Criminal Procedure*, sin perjuicio de aquellos delitos cuya regulación específica contiene reglas especiales sobre competencia (88).

a) La Jurisdicción, entendida como la autoridad o poder de un tribunal para conocer un delito o grupo de delitos económicos corresponde, cuando se trata de delitos federales, a los «District Court», que según el § 3231 del Título 18 del U.S.C. tienen jurisdicción originaria y exclusiva para conocer de todas las infracciones penales contra las leyes de los Estados Unidos.

b) El concepto de «venue» se refiere al distrito concreto en el cual deben juzgarse los hechos, y para su determinación debe tenerse en cuenta el artículo III.2.3 de la Constitución de los EE.UU., según el cual «el juicio oral en todos los crímenes, excepto en los casos de *Impeachment*, tendrá lugar en el Estado donde el crimen se ha cometido» y la VI Enmienda reconoce que el acusado tiene derecho a ser juzgado «por un juez imparcial del Estado y distrito donde el crimen se ha cometido, distrito que habrá sido previamente determinado por ley».

De la lectura de ambos preceptos se deduce que el imputado tiene derecho a que el juicio oral se desarrolle en el Estado y, dentro del mismo, en el distrito donde han tenido lugar los hechos constitutivos del delito. Si el distrito se compone de varias divisiones, corresponde a la Corte determinar la división concreta donde se ha de celebrar el juicio oral, «teniendo en cuenta la conveniencia del acusado y de los testigos y la pronta administración de Justicia» (*Rule 18 F.R.Cr.Pr*) (89).

La determinación del *locus delicti comisi* plantea numerosos problemas en el ámbito del *white-collar crime*, ya que la mayoría de estos delitos no se consuman en un solo acto (a diferencia de lo que comúnmente sucede, por ejemplo, con los crímenes pasionales) o requieren

(88) Sobre la determinación del órgano competente en el ámbito del *white-collar crime* puede verse BALAGUER, D. N.: «Venue», *30Am. Crim. L. Rev.*, cit., pp. 1259-1275, cuya publicación seguimos básicamente en la redacción de este apartado.

(89) En su redacción originaria, la citada Norma 18 reconocía el derecho del acusado a ser juzgado en el Estado, distrito y división donde el crimen se hubiera cometido. Pero la referencia a esta última fue derogada en 1966, tras reconocer la Corte Suprema en la Sentencia *United States v. Anderson* [328 US 699, 704-705 (1946)] que no existía un derecho constitucional del acusado a ser juzgado por la división donde el crimen fue cometido (BALAGUER, D. N., cit., p. 1260, nota núm. 10).

el empleo de medios de comunicación o transporte entre varios Estados o, al menos, entre varios distritos.

Para el supuesto de los delitos continuos y de aquéllos que requieran el envío de mensajes o mercancías a otros Estados o al extranjero –o cuando, a la inversa, se requiera la entrada de cualquier sujeto o mercancía extranjera a los EE.UU.– el §3237(a) del Título 18 USC permite al Fiscal optar entre cualquiera de los distritos donde la ofensa ha empezado, se ha desarrollado o consumado.

En el caso de la conspiración para delinquir, la Corte Suprema (90) ofrece también la posibilidad de elegir entre el distrito donde se haya celebrado el acuerdo o en cualquiera de los distritos donde algunos de sus participantes haya realizado algún acto expreso de conspiración. Aquí la discrecionalidad del Fiscal en la elección del órgano competente es muy amplia, si tenemos en cuenta que la jurisprudencia admite como acto expreso prácticamente cualquier actuación de los conspiradores relacionada con el acuerdo para delinquir (como las llamadas telefónicas o el envío de mensajes por cualquier otro medio) (91).

Como contrapeso a la amplia discrecionalidad del Fiscal en la determinación del órgano competente, el acusado tiene el derecho constitucional de solicitar un cambio de competencia basándose en su derecho a un jurado adecuado e imparcial reconocido en la Sexta Enmienda. Esta petición de cambio de competencia implica una renuncia a su derecho a ser juzgado por el órgano judicial donde el crimen se ha cometido en beneficio de su derecho a un jurado imparcial de la Sexta Enmienda (92) y, por lo tanto, exige al órgano judicial comprobar que dicha renuncia se lleva a cabo con conocimiento del derecho, libremente mediante un acto expreso y un acto expreso y evidente.

En desarrollo de este derecho constitucional, la número 21 de las *Federal Rules* permite al acusado solicitar el cambio de distrito inicialmente fijado como competente por distintas razones: a) si la Corte estima que en el distrito donde la persecución está pendiente el acusado no puede obtener un juicio oral objetivo e imparcial, causándole un grave perjuicio, o b) por la mayor conveniencia de las partes o testigos,

(90) *Hyde v. United States* (1912). Vid tb. *Finley v. United States* (1912, 5th circuito); *United States v. Brandom* (1970, 8th circuit); *United States v. Campisi* (1957, 2nd circuit)...

(91) Sobre la determinación del distrito competente (*venue*) en los supuestos de conspiración, vid. OBERMAIER, O. G. MORVILLO, R. G.: *White-Collar Crime: Business and Regulatory Offenses*, cit., pp. 4-22 a 4-24.

(92) Sobre la ponderación entre ambos derechos, puede verse KAFKER, S.: «The Right to Venue and the Right to an Impartial Jury: Resolving the Conflict in the Federal Constitution», *52U. Chi. L. Rev.*, pp. 746-750 (1985).

o en interés de la justicia. La norma prevé expresamente que estos cambios pueden efectuarlos el órgano judicial únicamente «a instancia del acusado», sin posibilidad de acordarlo de oficio o a petición del fiscal.

Al amparo de la norma contenida en la Rule 21(a) el acusado suele invocar la presión que ejercen los medios de comunicación sobre los miembros del jurado para solicitar un cambio de distrito. Sin embargo, los tribunales se muestran poco receptivos ante esta petición. A pesar de lo discutible que pueda resultar su opinión, generalmente estiman que los delitos de cuello blanco despiertan menor interés en la opinión pública que los crímenes pasionales o de la calle y, por lo tanto, influyen en menor medida en las decisiones de los miembros del Jurado. Únicamente los grandes delitos de cuello blanco (el *Watergate*, el *Iran-contra*), despiertan gran expectación, pero como ésta se produce a nivel nacional, el cambio de competencia a cualquier otro lugar no evitaría la influencia de los medios de comunicación y la sociedad (93).

También es posible variar el tribunal competente por razones de una mayor conveniencia para las partes o los testigos, en cuyo caso se tendrán en cuenta una gran variedad de factores: la residencia del acusado, el lugar de residencia de los testigos, la localidad donde ocurrieron los hechos o donde se encuentran los documentos e informes de mayor relevancia, el perjuicio que puede causarse a la entidad o al empresario cuando por la lejanía del lugar del juicio debe abandonar su actividad empresarial, los gastos que supone el juicio para las partes, la accesibilidad al lugar del juicio...

IV. PARTES PROCESALES

1. Parte acusadora. El Fiscal

El Derecho Procesal Norteamericano reserva al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción penal en régimen de monopolio, sin posibilidad de que el ofendido o perjudicado por el delito puedan –salvo contadas excepciones (94)– constituirse como parte acusadora. Esta regla

(93) BALAGUER, D. A.: «Venue», cit., pp. 1267 y ss. *Vid. tb. O'CONNELL, P. D.: «Pretrial publicity, Change of Venue, Public Opinion Polls – A Theory of Procedural Justice», 65 U. Det. L. Rev.*, pp. 174-175 (1988).

(94) En algunos delitos de escasa gravedad en lugar de un oficial público se constituye como parte acusadora el denunciante o un Abogado designado por la Corte en su beneficio.

general resulta enteramente aplicable en el ámbito del *white-collar crime*, pero existen además dos notas esenciales que caracterizan la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los «delitos de cuello blanco»: a) el protagonismo de los *federal prosecutors* o *US Attorney* en detrimento de los fiscales de distrito, y b) la amplia discrecionalidad que le conceden los distintos estatutos para iniciar el proceso penal y negociar durante su desarrollo e incluso tras la sentencia la correspondiente sanción.

En relación a la primera de las cuestiones apuntadas, la mayor intervención de los fiscales federales encuentra un importante apoyo en la legislación reguladora del *white-collar crime*, que como hemos señalado en otras ocasiones es esencialmente federal. En aplicación del Título 18 *USC*, de la *Racketeering Influenced and Corruption Act* (RICO) y de la legislación sobre el blanqueo de dinero los fiscales encuentran cobertura legal para perseguir las más variadas conductas relacionadas con la «delincuencia de cuello blanco».

A ello debe añadirse una tendencia jurisprudencial altamente permisiva en aplicación de estos estatutos ante la comisión de hechos que, por lo limitado de sus efectos, podrían perseguirse a nivel estatal. El ejemplo más característico de esta tendencia es la persecución de la corrupción pública local por parte de los fiscales federales. Desde la década de los setenta este tipo de delincuencia constituye uno de los principales objetivos de los *prosecutors* federales, lo cual se debe, según el Departamento de Justicia, a la necesidad de contar con un personal especializado y ajeno a las presiones políticas que podrían sufrir los fiscales de la localidad (95).

En aras de lograr una mayor eficacia en la persecución de alguno de los delitos federales incluidos dentro del *white-collar crime*, el Departamento de Justicia cuenta con algunas divisiones especializadas, como la *Antitrust Division*, a quien compete iniciar las investigaciones por presuntas violaciones de la legislación antitrust. También

(95) La persecución federal de la corrupción pública local ha sido una cuestión muy controvertida, cuyo debate continua aún en la actualidad. Pueden verse especialmente los trabajos de BAXTER, A. T.: «Federal Discretion in the Prosecution of Local Political Corruption», 10 *Pepperdine L. Rev.* 321 (1983); RUFF, C. F. C.: «Federal Prosecution of Local Corruption: A Case Study in the Making of Law Enforcement Policy», 65 *Geo. L. J.* 1171 (1977); BEALE, S. S.: Too many and yet too few: new principles to define the proper limits for federal criminal jurisdiction, 46 *Hastings L. J.* 979, 999 (1995); GREEN, S. P.: «The criminal prosecution of local Governments», 72 *N. Carolina L. Rev.* 1197 (1994).

le está permitido designar un fiscal especial para investigar delitos de especial complejidad (96).

Por otro lado, en cuanto a la amplia discrecionalidad del Fiscal, el principio de oportunidad que inspira su actuación en la persecución de cualquier tipo de delito se manifiesta con mayor intensidad en aquellos que pueden calificarse como «de cuello blanco», y dentro de ellos, la delincuencia organizada o el blanqueo de dinero, dada la amplitud en que están redactados las respectivas normas de aplicación (97).

Esta discrecionalidad se manifiesta, en primer lugar, a la hora de decidir el Fiscal si insta la iniciación del proceso penal o por el contrario decide incoar un proceso civil (en el que pueda una pronta reparación de la víctima), acudir a ambos o simplemente no perseguir el delito. Con posterioridad, puede optar entre varias posibilidades para la elección de la norma que sirve de base a la acusación, así como en el momento de designar el lugar de celebración del juicio oral (cuando el delito se desarrolla y produce sus efectos en varios distritos), y mediante el conocido *plea bargaining* está legitimado para negociar los cargos que presentará contra el acusado e incluso el posible contenido de la sentencia (98).

Pese a las amplias facultades del Fiscal en la persecución de los delitos económicos, su actuación debe respetar algunos límites (99). El primero de ellos es la necesidad de ponderar dos intereses contrapuestos: de un lado, su deber de perseguir eficazmente los delitos económicos y de otro, el de procurar que se respeten las normas que rigen

(96) Uno de los nombramientos más polémicos y conocidos fue el del Sr. Cox, un profesor de la Universidad de Harvard, para investigar el Watergate, debido a las sucesivas manipulaciones del Presidente Nixon para lograr su destitución y evitar así tener que entregarle numerosos documentos que comprometían a la Casa Blanca. (vid. Al respecto GUDES, N. L. HOWARD, T. E.: «Independent Counsel Investigations», cit., y el material allí citado.

(97) Vid. BUCY, oc., pp. 620 a 630, y MORVILLO, R. G. BOHRAR, B. A.: «Checking the Balance: Prosecutorial Power in an Age of Expansive Legislation», *32Am. Crim. L. Rev.*, pp. 137 a 156.

(98) No desarrollamos en este apartado cada una de las cuestiones que acabamos de apuntar, sino que nos remitimos a otros apartados del presente estudio. Sobre la competencia, vid. apdo. III, «Competencia», sobre la decisión de perseguir, apdo. IV. 1 «Parte acusadora. El Fiscal», y en cuanto al contenido de la sentencia, apdo VI. 6, «La Sentencia».

(99) Vid. RAKOFF, J. S.: «The Exercise of Prosecutorial Discretion in Federal Business Fraud Prosecutions», en *Corrigible Corporations and Unruly Law*, edit. B. Fisse & P. A. French, 1985, pp. 173 a 186, y VORENBERG: «Decent Restraint of prosecutorial Power», *94 Harv. L. Rev.*, pp. 1522-1557. Un extracto de cada artículo, que trata el tema que comentamos, puede consultarse en BUCY, oc., pp. 620 a 623.

el proceso penal (y en especial las que regulan la actuación del Gran Jurado) y los derechos constitucionales del imputado y, entre ellos, su derecho a un proceso debido (*due process*, lo cual impide a aquél, por ejemplo, emprender persecuciones selectivas o por motivos de venganza personal), el privilegio Abogado-cliente u otros derechos constitucionales.

Si el imputado estima vulnerado alguno de estos derechos, puede oponerse a la conducta ilegal del Fiscal alegando que ha incurrido en una conducta impropia (*prosecutorial misconduct*) para obtener una ventaja en la persecución del delito y que perjudica gravemente al imputado. Por ejemplo, en caso de persecuciones selectivas (*selective prosecution*), el imputado puede presentar una moción para demostrar que otros individuos en situaciones similares no han sido perseguidos, y que la intención del Fiscal es claramente discriminatoria, porque ha adoptado su decisión teniendo en cuenta su raza, religión, sexo u otras circunstancias similares (100).

Sin embargo, la práctica demuestra que en la mayoría de los casos los órganos judiciales confirman la actuación del Fiscal, debido a que el imputado tiene la carga de probar, entre otros elementos, que le causa un grave perjuicio porque fue la causa directa de su procesamiento o condena y que, de haber actuado el Ministerio Público de otro modo, no habría sido procesado o condenado. Incluso, cuando se reconoce que la acusación formal dictada por el Gran Jurado fue errónea, no suele revocarse dicha acusación, porque se estima que no se causa con ella un grave perjuicio, ya que dicha acusación es preliminar al juicio oral, en el que puede el procesado ejercer plenamente sus derechos. Únicamente, cuando el procesado consigue demostrar que el Fiscal conscientemente presentó pruebas falsas y que no existió otra prueba inculpatoria distinta, suele concederse una audiencia para examinar la validez de la acusación formal del Fiscal (*indictment*) (101).

Otros factores que influyen considerablemente en su decisión son los criterios recogidos en el *United States Attorney Manual*, una especie de Estatuto Orgánico, cuyo Título 9 recoge, en su Capítulo 2, la mayoría de las directrices que debe seguir el Fiscal en su actuación.

(100) *Oyler v. Boles*, 1962 (368 US 448 (1962)); *McCleskey v. Kemp*, 1987 [481 US 279 (1978)].

(101) Sobre la posibilidad del imputado de obtener la revocación de la acusación formal (*indictment*) por haber vulnerado la actuación del Fiscal sus derechos constitucionales, *vid.* EDWARDS, J.: «Prosecutorial misconduct», *30Am. Crim. L. Rev.*, cit., pp. 1221 a 1238. *Vid. tb.* ABOU-RAHME, L. HAYS, J. E. HINSHAW, S. A. MUHL, C. J.: «Procedural Issues», *35Am. Crim. L. Rev.*, pp. 1065-1066.

Es aquí donde se recoge, por ejemplo, la llamada *Petite Policy*, que como señalamos en su momento (102) recomienda a los fiscales federales no instar un proceso penal cuando la misma conducta se está investigando o juzgando a nivel estatal. En otras ocasiones, estas normas condicionan la persecución de ciertas conductas delictivas a la autorización previa del Departamento de Justicia, como se exige en el caso de la delincuencia organizada, en aplicación del estatuto RICO (Manual del Departamento de Justicia, 9-110.-101).

Por último, la escasez de recursos del Departamento de Justicia Norteamericano le obliga a tener en cuenta la gravedad del delito y otras circunstancias para decidir si inicia el proceso penal u opta, por ejemplo, por un proceso civil (en el que ahora también, como hemos señalado en otras ocasiones, pueden imponerse «sanciones civiles») o por remitir la infracción a una autoridad administrativa que inicie o, en su caso, continúe un expediente sancionador.

2. Parte acusada

A. Capacidad para ser parte de las personas jurídicas

A diferencia de lo que sucede en nuestro ordenamiento, donde la vigencia del principio *societas delinquere non potest* impide dirigir un proceso penal contra una sociedad mercantil o cualquier otro tipo de persona jurídica (103), en EE.UU. un proceso penal por delitos económicos puede dirigirse directamente contra una persona jurídica, sin perjuicio de la posibilidad de imputar en dicho proceso a sus directivos y al empleado que ha ejecutado materialmente el acto punible (104). Uno de los ejemplos más frecuentes donde se exige este tipo de responsabilidad es el ámbito de la legislación *antitrust*, donde el principal

(102) *Vid.* apartado II. 1. B. «Frente a las jurisdicciones estatales».

(103) En el ordenamiento español, el Derecho Administrativo Sancionador sí ha reconocido la responsabilidad de las personas jurídicas, pero el Derecho Penal —como se ha señalado— mantiene aún el principio *societas delinquere non potest* al menos desde un punto de vista formal, porque el nuevo CP, en su artículo 129, prevé la imposición de ciertas «consecuencias accesorias» que en realidad difieren poco de las penas impuestas por otros ordenamientos a las personas jurídicas.

(104) Dado que se trata de una cuestión propia del Derecho Penal más que del Derecho Procesal, nos limitamos a ofrecer unas breves notas sobre la responsabilidad penal de las corporaciones. Para mayor detalle puede verse ISRAEL, J. H. PODGOR, E. S. BORMAN, P. D.: «Corporate and individual responsibility», en *White-Collar Crime...*, cit., pp. 43 a 91; HALL, J. S.: «Corporate Criminal Liability», en *35. Am. Crim. L. Rev.*, pp. 549 a 560; FIRST, H.: «General Principles governing the Criminal Liability of Corporations, their Employeers and Officers», en OBERMAIER y otros, oc., pp. 5-1 a 5-38. Son estos los trabajos consultados básicamente en el presente apartado.

imputado es la empresa que realiza estas prácticas, aunque también el proceso penal puede dirigirse contra alguno de sus miembros y altos directivos cuando existen pruebas de su participación real en el delito, de su autorización o ratificación para ejecutar las actividades ilegales o de que conocía la conducta ilegal de un subordinado y no hizo nada para prevenirla (105).

Primero en Inglaterra y después en EE.UU. el sistema legal del *Common Law* adoptó el punto de vista de Blackstone (1765) que negaba la responsabilidad de las personas jurídicas por estimar que aquéllas carecían de la voluntad (*mens rea*) y de los medios (*actus reus*) para delinquir, y que si se declaraba su responsabilidad no podría ser llevada a prisión. En algunos supuestos aislados, sin embargo, los órganos jurisdiccionales reconocieron la responsabilidad de las entidades privadas que contrataban con el Gobierno y de éste por los errores cometidos en la construcción de puentes y carreteras (106).

Posteriormente, las personas jurídicas empezaron a ser responsables en vía administrativa de las actividades que incumplían las normas reguladoras del sector económico en el que operaban, sin que fuera preciso demostrar una especial intención en la comisión de la infracción. Este tipo de responsabilidad objetiva se reconocía en supuestos particulares, sin existir un reconocimiento legal expreso aplicable a cualquier tipo de corporación.

A finales del siglo XIX el importante desarrollo de la industria y el comercio obligaron al legislador a regular la actividad empresarial y a evitar sus abusos, en última instancia, mediante la imposición de sanciones penales directamente aplicables a las personas jurídicas. A nivel federal, la *Sherman Antitrust Act* (1890) reconoció claramente la responsabilidad penal corporativa, y poco después (por la *Elkins Act* de 1903) se reformó, con el mismo propósito, la Ley de Comercio Interestatal (*Interstate Commerce Act*) de 1887.

En 1909, la Corte Suprema se pronunció expresamente sobre la responsabilidad de las corporaciones en la Sentencia *New York Central & H.R. Co v. United States*. Se basó para ello en la aplicación analógica de la legislación civil (que señalaba a las empresas como responsables de los actos de sus empleados dentro de los límites de su

(105) *Antitrust Division Manual*, III-11 (1979); *vid. tb.* «Interview with William F. Baxter», 52 *ABA Antitrust L. J.* 23, 27 (1983).

(106) *Vid.* por ejemplo *Commonwealth v. Hancock Free Bridge Corp.*, 68 Massachusetts 58 (1854); *State v. Morris Canal & Banking Co.*, 22. New Jersey L. 537 (1850), *Presidents of Susquehannah & Bath Turnpike Rd. Co. v. People*, 15 Wend 267 (New York Sup. 1836); *People v. Corporation of Albany*, 11Wend 539 (New York Sup. 1834).

actividad profesional) y en razones de política legislativa: la mayoría de las transacciones económicas se producían en el seno de grandes empresas, por lo que negar su responsabilidad era tanto como reconocer la impunidad de sus actividades ilícitas y delictivas. La Corte Suprema advirtió entonces que una corporación sería responsable de los actos de sus empleados realizados en el ejercicio de sus cargos dentro de la empresa y en beneficio de ésta.

Sin embargo, la doctrina de la responsabilidad penal de las personas jurídicas derivada de la citada Sentencia se configuró en términos muy amplios y planteaba numerosos problemas a la hora de imputar a la persona jurídica los actos realizados por sus agentes (107). De ahí que frente a esta concepción se haya impuesto paulatinamente una visión «corporativa» de la responsabilidad empresarial, que reconoce a las empresas una existencia distinta de la de sus empleados y a la que no siempre le son imputables los actos de dichos empleados. Para reconocer este tipo de responsabilidad suele tenerse en cuenta, en primer lugar, las medidas que adopta la empresa para evitar la infracción de las normas reguladoras del sector en el que opera. En concreto, suele examinarse si la persona jurídica concedió al infractor un empleo que requería una mayor responsabilidad sin asegurarse que estuviera capacitado para desempeñarlo, o si llevaba a cabo alguna política interna de prevención. En segundo lugar, cuando el tipo penal requiere una determinada intención o voluntad de delinquir se examina la posición del empleado (si se trata de un simple trabajador, de un alto directivo), y por último, también se tiene en cuenta la existencia de una relación de causalidad entre la conducta empresarial y el daño producido.

Al margen de los numerosos problemas que plantea la imputación de responsabilidad criminal a una persona jurídica, la naturaleza de algunos de los delitos económicos justifica en mayor medida el procesamiento de ciertas corporaciones, como sucede con las que incumplen la legislación antitrust, a las que nos hemos referido anteriormente, o incumplen la normativa bancaria. En relación a éstas últimas, el procesamiento del Banco de Boston en 1985 por incumplimiento de la *Bank Secrecy Act*, que autoriza al Secretario del Tesoro a requerirles

(107) En muchas ocasiones no era preciso probar que la conducta del agente se había efectuado dentro de los límites de sus funciones y con la debida autorización de sus superiores o al menos con su conocimiento, ya que bastaba que el oficial hubiera cometido el delito «investido de autoridad en el desarrollo de su general línea de trabajo». Tampoco la necesidad de que la conducta beneficiara a la empresa se interpretó restrictivamente, porque no se exigía un beneficio real, ni se precisaba un especial estatus o situación del empleado dentro de la empresa (es decir, la responsabilidad procedía tanto si el empleado era un simple trabajador como un alto directivo).

información sobre las transacciones económicas de sus clientes, supuso el punto de partida de importantes procesos penales contra bancos y otras instituciones financieras que se negaban a aportar datos para aclarar los hechos de una investigación (judicial o por parte de una *regulatory agency*) por presunta comisión de delitos de narcotráfico, blanqueo de capitales o evasión fiscal. Y el posterior procesamiento del *Bank of New England* y del *Shearson Lehman Brothers* despejó toda duda sobre la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las entidades bancarias (108).

La atribución de responsabilidad criminal a las empresas juega también un papel importante en la prevención y sanción de delitos contra el medio ambiente. La imposición de sanciones civiles de naturaleza meramente indemnizatoria a las empresas que contaminaban su entorno no les suponía una excesiva carga, porque normalmente no sobrepasaba la cantidad que debían invertir en cumplimiento de dicha normativa, y además las empresas incluían las multas como un gasto más en sus presupuestos, que en última instancia repercutían en los consumidores. En cambio, el proceso penal se acompaña normalmente de una publicidad muy negativa para la empresa, y la condena permite imponer multas sancionadoras de cuantía muy elevada —no meramente resarcitorias del daño causado—, además de la posibilidad de adjuntar a la condena otras consecuencias accesorias, como el cierre temporal de la empresa o su exclusión de los planes de contratación con la Administración.

Desde la perspectiva procesal, la responsabilidad penal de las corporaciones ha obligado a la Corte Suprema a decidir qué derechos constitucionales asisten a aquélla durante el desarrollo del proceso penal (como el privilegio Abogado-cliente) y cuáles no (como el derecho a la no autoincriminación). Sobre los derechos constitucionales del imputado, ya se trate de una persona física o jurídica, nos ocupamos a continuación.

B. Derechos constitucionales del imputado

a) *Derecho a no declarar contra sí mismo. La concesión de Inmunidad*

(108) También en estos sectores se han desarrollado importantes procesos penales contra altos directivos. Los casos de Bert Lance, Michele Sindona o Jack Butcher son los ejemplos más significativos de procesamientos (los dos últimos fueron también condenados) de quienes ocupan posición de poder en un banco y se aprovechaban de ella para satisfacer sus intereses personales.

El derecho a la no autoincriminación es uno de los más frecuentemente invocados en el ámbito del *white-collar crime* porque permite a la persona requerida por una autoridad administrativa o por un órgano judicial negarse a facilitar ciertos datos o informaciones cuando de las mismas pudiera derivarse su participación en unos hechos constitutivos de delito.

Como señala Bucy (109), una de las diferencias principales entre los llamados delitos «de la calle» y «de cuello blanco» reside en que en los primeros la declaración del imputado se examina desde la perspectiva de las leyes Miranda (un conjunto de garantías que se derivan de la jurisprudencia que sentó la Corte Suprema en el caso *Miranda v. Arizona*) (110), para determinar si dicha declaración se efectúa voluntariamente: si se le informó de sus derechos y, en su caso, si renunció a ellos voluntaria y conscientemente. En cambio, en los delitos «de cuello blanco» el valor del testimonio del imputado se analiza teniendo en cuenta su derecho a no declarar contra sí mismo: si pudo o no ejercer dicho derecho y los términos en los que, en su caso, se negoció la inmunidad.

El derecho a la no autoincriminación se encuentra expresamente reconocido en la Quinta Enmienda, cuyo tenor literal ha sido objeto de una interpretación amplia y en algunas ocasiones bastante tortuosas por parte de la Corte Suprema, cuando ha tenido que delimitar su ejercicio en el ámbito del *white-collar crime* (111).

En primer lugar, desde el punto de vista de los trámites procedimentales en los que puede ser invocado, la Corte Suprema entendió en la Sentencia *Counselman v. Hitchcock* que el requisito de la «compulsión» a que se refiere la Quinta Enmienda permite extender el privilegio más allá de las declaraciones prestadas por el procesado durante las sesiones del juicio oral, porque puede invocarse, de un lado, frente a las «subpoenas» del Gran Jurado, y de otro, durante el transcurso de una investigación administrativa o un proceso civil cuando su testimonio o los documentos requeridos pudieran resultar

(109) *White-collar crime: cases and materials*, cit., pp. 251 y ss.

(110) 384 US 436, 86 S. Ct. 1602, 16 L. Ed. 2d. 694 (1996).

(111) Resulta realmente difícil ofrecer una visión coherente y completa de la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema sobre el derecho a la no autoincriminación cuando se invoca en el ámbito del *White-collar crime*. Nos limitamos a ofrecer las líneas generales de esta jurisprudencia, y para mayor detalle puede verse HENNING; P. J.: «Testing the Limits of Investigations and Prosecuting White-Collar Crime: How far Will the Courts allow Prosecutors to go?», *Univ. of Pittsburgh Law Review*, 54(1-2), 1992-1993, pp. 405 a 448; BUCY, P. H.: *White-Collar Crime*, cit., pp. 251 a 273; ABOU-RAHME, L. y otros, «Procedural issues», pp. 1066 a 1075.

autoincriminatorios o merecedores de una sanción de naturaleza penal.

En segundo lugar, desde la perspectiva de los titulares del derecho, sólo pertenece a las personas físicas, porque «crea una zona de privacidad que protege al individuo y a sus documentos personales de una entrega forzada». Como declaró la Corte Suprema en la sentencia *Bellis v. United States* (112) (1974), no son titulares del citado derecho las personas jurídicas ni, en consecuencia, es admisible que un individuo lo invoque en beneficio de una empresa u otro tipo de entidad colectiva, salvo en dos supuestos excepcionales, sobre los cuales existe una abundante jurisprudencia –no siempre fácil de coordinar entre sí.

Conforme a la primera de estas excepciones, si el requerimiento se dirige a la persona que custodia los documentos de la empresa, ésta no puede ampararse en el derecho a no declarar contra sí misma para negarse a facilitarlos aunque con ello deba aportar datos que puedan inculpar a la mercantil. La Corte Suprema reconoció esta excepción en la Sentencia *Braswell v. United States* (1988), porque entendió que de permitir su invocación «se produciría un gran impacto en detrimento de los esfuerzos del Gobierno en la persecución del *white-collar crime*, uno de los más serios problemas con los que se enfrentan las autoridades». Sin embargo, si los datos aportados por él pudieran autoincriminarle, las autoridades no pueden iniciar un proceso penal contra él, con lo cual se le concede una especie de «inmunidad» que ha merecido más de una crítica (113).

La segunda de estas excepciones aparece cuando el requerido es el único accionista o propietario de la empresa. En este caso, la jurisprudencia estima que actúa más de forma personal que en representación de la empresa y que, por lo tanto, no puede serle enteramente aplicable la doctrina sentada en la Sentencia *Bellis*. La Corte Suprema distinguió en la Sentencia *United States v. Doe* (1984) (114) dos cuestiones distintas, el «contenido» de la documentación que se requiere y el «acto de su producción», y entendió que mientras el primero no compromete su derecho a no declarar contra sí mismo, porque falta el requisito de la «compulsión» de la Quinta Enmienda, ya que los documentos de los que dispone el empresario se elaboraron voluntariamente, el «acto de producirlos» –o lo que es lo mismo, de personarse ante el Gran Jurado y, a medida que el Fiscal lee una lista en la que

(112) 417 US 85, 94 S. Ct. 2179, 40 L. Ed. 2d. 678.

(113) Vid. al respecto HENNING, P. J.: «Testing...», cit., pp. 425 y ss.

(114) 465 US 605 (1984)

están numerados, el individuo los pone a disposición de la Sala— sí puede resultar autoincriminatorio porque con ello «se admite que los documentos existen, están en su posesión y son auténticos», circunstancias que en algunos supuestos concretos pueden resultar claramente incriminatorias.

Por otro lado, el derecho a la no autoincriminación se entiende implícitamente suspendido por su titular cuando satisface los requerimientos del Gran Jurado o, en su caso, responde a las preguntas formuladas por el Fiscal en el juicio oral. El problema surge cuando en un principio se responde a las preguntas, pero llegado a un punto del interrogatorio se invoca el derecho por estimar que a partir de entonces los datos que proporcione podrían resultar autoincriminatorios. La Corte Suprema negó en la Sentencia *Rogers v. United States* (1951) (115) que el requerido pudiera no alegar el privilegio en la cuestión principal y después negarse a declarar sobre los detalles, porque con ello se le permite distorsionar los hechos mediante una selección de los extremos que no desea contar en su testimonio. Desde esta perspectiva, no es nada recomendable que el requerido responda a preguntas aparentemente inocuas —salvo las referidas a su nombre, apellidos, profesión u otros datos personales— formuladas al principio del interrogatorio porque otras posteriores pueden comprometer su derecho a no declarar contra sí mismo.

Sin embargo, en la práctica, los órganos judiciales inferiores matizan esta doctrina, y entienden que reconocer alguno de los elementos de la infracción no obliga a quien declara a revelar otros elementos, o a ofrecer mayores detalles sobre la primera respuesta.

El principal problema del ejercicio de este derecho en el ámbito de los delitos económicos está en que puede entorpecer gravemente la investigación, sobre todo cuando la información es de vital importancia, se encuentra únicamente en manos del requerido y no es posible obtenerla por otros medios. En estos casos, el Fiscal suele instar ante el órgano judicial la concesión de inmunidad, o lo que es lo mismo, que se asegure al imputado o testigo que su declaración o los documentos que aporte no serán usados en su contra en éste o en un proceso penal posterior. Con su concesión, el testigo o imputado está obligado a declarar, porque una vez desaparecido el riesgo de sufrir un proceso penal basado en su testimonio desaparece también la protección que otorga la Quinta Enmienda.

La inmunidad judicial proviene de la antigua «indemnity» del Derecho Inglés, que se trasladó posteriormente a las colonias, aunque

(115) 340 US 367 (1951)

en EE.UU. hubo que esperar hasta 1858 para su reconocimiento legal expreso y hasta 1896 para que la Corte Suprema, en la Sentencia *Brown v. Walker*, reconociera que la concesión de inmunidad es compatible con la historia y el propósito de la V Enmienda. En ella se reconoce que el derecho a la no autoincriminación no es absoluto, sino que admite algunas excepciones, como los supuestos en los que se requiere a un sujeto que informe sobre un delito que le ha sido perdonado, cuando el perjuicio solo es patrimonial o político o en caso de concederle la inmunidad, porque en estos casos desaparece el riesgo de persecución penal.

Aunque su concesión corresponde al órgano judicial, éste carece prácticamente de elementos de juicio para ponderar si es o no adecuada según las circunstancias del caso. En los procesos penales federales, la solicitud debe expedirse por un alto funcionario del Departamento de Justicia cuando considere que el testimonio o la información requerida puede ser necesaria para el interés público y que el testigo ha rechazado o previsiblemente rechazará testificar o proporcionar la información que se necesita en el ejercicio de su derecho a la no autoincriminación, y en tal caso, el órgano judicial debe expedir la orden de forma automática.

En ocasiones, el Fiscal acuerda con un testigo o imputado la concesión de inmunidad de manera informal (mediante una *non-statutory immunity*), en lugar de instarla ante el órgano judicial. Este tipo de inmunidad no está exenta de críticas desde la perspectiva de los derechos del acusado, y además se discute hasta qué punto los acuerdos entre el fiscal y el testigo vinculan al órgano judicial penal.

b) *El privilegio Abogado-cliente y el work-product privilege*

El privilegio Abogado-cliente garantiza el secreto de las comunicaciones confidenciales efectuadas entre el Letrado y su defendido y permite a ambos negarse a revelar dichas comunicaciones cuando sean requeridos para ello por una *regulatory agency*, el Fiscal o el órgano judicial (116).

El Derecho norteamericano reconoce también otros privilegios en materia probatoria, como el que protege las revelaciones entre cónyuges, médico-paciente, sacerdote-creyente y, en algunas jurisdicciones, entre periodistas y sus fuentes de información, pero como señaló la Corte

(116) Sobre la vigencia del privilegio Abogado-cliente en el ámbito del *white-collar crime* puede verse, para mayor detalle, HENNING, P. J.: «Testing the Limits of Investigating and Prosecuting White-Collar Crime: How far Will the Courts allow Prosecutors to go?», cit., 1061-1102.

Suprema en el caso *Upjohn Company v. Unites States* (1981) (117), el *Attorney-Client privilege* «es el más antiguo de los privilegios por comunicaciones confidenciales conocidos por el *common law*», y su propósito es «asegurar una completa y sincera comunicación entre los Abogados y sus clientes y de este modo promover el interés público en la observancia de la ley y en la Administración de Justicia». El fundamento de este privilegio reside, por tanto, en la necesidad de proteger los intereses y relaciones que se consideran de suficiente importancia social como para justificar algún sacrificio incidental en el descubrimiento de los hechos objeto de un proceso penal (118).

Aunque el secreto de las comunicaciones entre Abogado-cliente permanece vigente cuando se investigan delitos de cuello blanco, en la práctica el «prosecutor» puede obtener una parte sustancial de la información de manos del Letrado, ya que la Corte Suprema ha interpretado el privilegio de forma muy restrictiva y ha admitido dos importantes excepciones al mismo (119): la llamada *crime-fraud exception*, que obliga a revelar la información facilitada para cometer una actividad delictiva, y las *subpoenas for client-identity and fee arrangements*, por medio de las cuales se requiere al Abogado para que facilite la identidad de su cliente y ciertos datos relativos a sus honorarios.

La formulación clásica del privilegio Abogado-cliente se debe al Juez Wyzanski (120), quien consideró que debía aplicarse solo cuando: 1) las declaraciones procedan del cliente; 2) la persona a quien se dirijan sea un miembro del «Colegio de Abogados» (*Bar*), de la corte o un subordinado, que en relación a los hechos objeto de la revelación actúe como letrado; 3) la comunicación se refiera a un hecho que el Abogado haya conocido por su cliente, sin la presencia de terceras personas, con el propósito de obtener un consejo legal, un servicio legal o asistencia letrada en un proceso judicial, y no con el propósito de cometer un delito o un ilícito, y 4) el privilegio se invoque por el cliente, quien no debe haberlo suspendido.

(117) 449 US 383 (1981)

(118) GREENBERG, R. G. KLINGSBERG, J. NULLIGAN, D.: «Attorney-client privilege», *30 Am. Crim. L. Rev.*, p. 1011.

(119) La jurisprudencia más reciente ha reconocido también otras excepciones, que permiten conocer el estilo de vida o la dirección del cliente (ABOU-RAHME, L. et alt., «Procedural issues», cit., p. 1093).

(120) *Sentencia United States v. United Shoe Machinery Corp* (1950). Los mismos requisitos se recogen básicamente en el tratado sobre la prueba de Wigmore [8 John Henry Wigmore, *Evidence* (1961), p. 2292], que constituye una cita obligada en los estudios sobre el «attorney-client privilege».

Aduciendo que el privilegio constituye un grave obstáculo a la búsqueda de la verdad, cada uno de los requisitos enumerados ha sido interpretado de forma muy restrictiva por la Corte Suprema y sus órganos inferiores (121).

a) El privilegio protege las revelaciones efectuadas a su Abogado por personas físicas y por sociedades, pero en relación a estas últimas, el problema está en determinar quién debe ser considerado «cliente» para proteger las revelaciones efectuadas al Abogado que defiende a la empresa. Hasta la Sentencia *Upjohn*, las cortes aplicaban el llamado «control grup test», que reducía el privilegio a la información facilitada por quienes estuvieran en una posición de poder o pudieran tomar parte de forma decisiva en la conducta a adoptar tras el consejo del Abogado (*Philadelphia v. Westinghouse Electric Corp.*, 1962). La Corte Suprema rechazó esta tendencia en la Sentencia *Upjohn* porque entendió que frustraba la verdadera finalidad del privilegio, ya que impedía que los altos cargos facilitaran al Abogado toda la información relevante para el caso, ante el temor de que sus declaraciones se conocieran durante el transcurso de una investigación penal y pudieran incriminarlos. Por ello, la Corte estimó más conveniente interpretar el privilegio teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto –y no centrarse en el individuo, sino en la información que podía facilitar–, en aplicación del § 501 de las *Federal Rules of Evidence*, el cual señala que «el privilegio de una persona... será gobernado por los principios de la legislación común según sea interpretada por las Cortes de los Estados Unidos a la luz de la razón y de la experiencia». Posteriores resoluciones han extendido el privilegio a antiguos empleados y a trabajadores independientes (122).

En cualquier caso, la información debe proceder del cliente –no de terceras personas que faciliten al Abogado datos sobre el mismo asunto– y debe haberse facilitado de forma reservada, no en presencia de otros sujetos. El carácter reservado de la información no impide, sin embargo, incluir dentro del privilegio las informaciones intercambiadas entre co-defendidos o sus letrados referidas a la causa común. En el ámbito del *white-collar crime*, la defensa por un círculo reducido de Abogados se considera esencial para llevar a cabo una adecuada defensa. Pero en estos casos, el mantenimiento a ultranza del privilegio impediría diseñar una estrategia de defensa común o evitar

(121) Vid. la sentencia *United States v. Weeger* (1983), según la cual «debe ser estrictamente confinado a los límites más estrictos posibles sin desvirtuar la lógica del privilegio».

(122) Vid. ABOU-RAHME, L. et alt, «Procedural issues», cit., p. 1098.

contradicciones entre los distintos sospechosos. Teniendo en cuenta esta circunstancia, las Cortes han derivado del privilegio Abogado-cliente el «privilegio de la defensa conjunta» (*joint-defense privilege*) que permite no revelar las informaciones comunicadas a otros Abogados cuando aquéllas fueron hechas con vistas a diseñar una defensa conjunta, para fortalecer dicha defensa y el privilegio no fuera suspendido por los clientes (123).

Quedan también protegidas por el privilegio Abogado-cliente las revelaciones a los colaboradores o empleados del Abogado, cuando su finalidad fuera obtener el consejo legal de su letrado (124).

b) El privilegio no protege cualquier conversación o diálogo Abogado-cliente, sino únicamente las revelaciones que el cliente se vio obligado a hacer a su Abogado para obtener un consejo legal adecuado y que de no existir el privilegio normalmente no se hubieran puesto en su conocimiento (125). La Corte Suprema ha insistido en que «la protección del privilegio se extiende solo a las revelaciones («communications») y no a los hechos: «un hecho es una cosa y una revelación relativa a tales hechos es otra completamente diferente; el cliente no puede ser obligado a responder la cuestión «¿qué dijo o escribió a su Abogado? pero no puede negarse a revelar cualquier hecho relevante que conozca simplemente porque lo incorporó a una declaración de tales hechos en su relación con el Abogado» (*Philadelphia v. Westinghouse Electric Corp.*).

c) En términos generales los órganos jurisdiccionales no incluyen en el privilegio la identidad del cliente ni el modo en el que satisface los honorarios del Abogado, por lo que ambas circunstancias deben ser facilitadas al Fiscal cuando éste lo solicite. Como señala Hennings (126), no está muy clara la razón de esta inclusión, sobre todo si se tiene en cuenta que en algunos supuestos la revelación de ambas circunstancias puede ser especialmente incriminatoria (por ejemplo, en el caso de revelar la identidad de los clientes que pagaron

(123) Para mayor detalle, *vid.* HENNINGS, P. J.: «Testing the limits of investigating and prosecuting white-collar crime...», *cit.*, pp. 452-459. *Vid. tb.* CAPRA, D. S.: «The Attorney-Client Privilege in Common Representations», *20 Trial Law Q.* (1989); RUSHING, S. K.: «Separating the Joint-Defense Doctrine from the Attorney-Client Privilege», *68 Tex. L. Rev.* (1990).

(124) La determinación de los sujetos que pueden beneficiarse del «privilegio» Abogado-cliente ha planteado muchos problemas cuando aquél se ha invocado por los Abogados de la Casa Blanca para negarse a facilitar información en escándalos como el Watergate, el Irán-Contra (puede verse al respecto «Procedural issues», *cit.*, p. 1098, y la bibliografía allí citada) o el asunto Clinton.

(125) «Procedural issues», *35 Am. Crim. L. Rev.*, p. 1061, nota núm. 247.

(126) «Testing the limits...», *cit.*, p. 464.

con «dinero negro» o cuando los honorarios del Abogado se satisfacen con fondos provenientes de una red de delincuencia organizada para la defensa en juicio de uno de sus miembros).

De ahí que esta regla general admita algunas excepciones, según las cuales el Abogado puede negarse a facilitar la identidad de su cliente o los datos sobre sus honorarios (forma de pago, identidad de la persona que los satisface, cuantía...) cuando de lo contrario pudiera incriminar al cliente directamente en los hechos que se investigan (excepción que se conoce como *the legal advice exception*), cuando revelar dicha información fuera tanto como descubrir las comunicaciones confidenciales, o si el cliente constituyera el último eslabón de una cadena de acusaciones que directamente permitirían solicitar el «*indictment*» de todos los sospechosos.

d) Las comunicaciones pueden referirse a posibles delitos o conductas ilícitas cometidas en el pasado pero en ningún caso deben haberse efectuado para obtener del Abogado un consejo legal sobre la futura comisión de una actividad ilícita o durante su desarrollo. En tal caso, la llamada *crime-fraud exception* no permite al Abogado atenerse al privilegio Abogado-cliente para no revelar las informaciones de su cliente (127), y el *Model Rules of Professional Conduct* autoriza al Abogado a revelar la información facilitada por su cliente «para prevenir que el cliente cometa un acto criminal que el Abogado cree que puede tener como resultado una muerte inminente o un importante daño en las personas» [*Rule 1.6 (b)(1)*]. También en relación a este punto, existe un amplio debate sobre la posibilidad de procesar a un Abogado por no adoptar las medidas necesarias para evitar las actividades ilegales de su cliente (128).

Para determinar si es o no aplicable esta excepción, los órganos jurisdiccionales suelen tener en cuenta una doble circunstancia (129). De un lado, debe probarse que el cliente estaba envuelto o planeando una conducta criminal cuando solicitó el consejo legal, o que el cliente cometió el delito después de recibir el consejo de su Abogado, y de otro, que el cliente obtuvo consejo legal sobre esta actividad cri-

(127) Puede verse, para mayor detalle, SILBERT, E. J.: «The Crime-Fraud exception to the Attorney-Client Privilege and Work-Product Doctrine, the Lawyer's obligations of Disclosure, and the Lawyer's response to accusation of Wrongful Conduct», 23 Am. Crim. L. Rev, 351 (1986); FRIED, D. J.: «Too High a Price for Truth: the exception to the Attorney-client privilege for contemplated crimes and frauds, 64 N. C. L. Rev, 443, 446-461 (1986).

(128) Vid. ABOU-RAHME, L. et al: «Procedural issues», cit., p. 1099 y la bibliografía citada en su nota núm. 297.

(129) ABOU-RAHME, L. et al, «Procedural issues», cit., p. 1061.

minal o fraudulenta. Con el objeto de examinar la concurrencia o no de estos requisitos, el magistrado que preside las sesiones del juicio oral puede convocar al Abogado a una comparecencia «a puerta cerrada» (a una *in camera hearing*).

e) El privilegio debe ser invocado por el Abogado o su cliente, sobre quien recae la carga de demostrar que la comunicación se hizo al Abogado para obtener su consejo legal y que la intención era mantener la confidencialidad de la revelación. No se extingue cuando finaliza la relación entre ambos ni por fallecimiento del cliente, aunque sí cuando este último lo suspende, de forma explícita o implícita.

La suspensión del privilegio se produce cuando la información se revela por el cliente o por el Abogado –con permiso del primero– a terceras personas. La revelación puede tener lugar durante una investigación dirigida por una *regulatory agency*, ante el Gran Jurado, durante la *pretrial hearing*, entre otros trámites procesales. La aparición de nuevos modos de comunicación ha dado lugar a nuevos problemas prácticos, especialmente cuando la información se transmite por teléfonos celulares o mediante *e-mails* (130).

La jurisprudencia admite que dicha revelación pueda ser también implícita, lo cual plantea algunos problemas a la hora de examinar la verdadera intención del cliente, o cuando se revela alguna información confidencial de forma inadvertida. En relación al segundo de los supuestos citados, puede suceder que entre una multitud de documentos facilitados a terceras personas se encuentre algún tipo de información reservada que, por tanto, es conocida por aquéllas. En estos casos, para determinar si aún permanece vigente o no el privilegio, algunos órganos jurisdiccionales atienden a la culpabilidad del cliente en la revelación (si fue o no negligente cuando facilitó la documentación) y si hasta entonces sostuvo el privilegio cuando tuvo ocasión, mientras otros mantienen el privilegio por entender que éste solo se extingue con la intención del cliente de hacer pública la información reservada.

f) Frente a los requerimientos del Fiscal para obtener información relativa al caso que se investiga, el Abogado puede oponer en algunos casos la llamada *work-product exception*. Mientras el privilegio Abogado-cliente se refiere a las revelaciones del cliente a su Letrado, la *work-product exception* protege la privacidad del Abo-

(130) Algunos colegios de Abogados han empezado ya a preocuparse por la transmisión de información privilegiada mediante el uso de correo electrónico, y recomiendan a sus colegiados usar mensajes «encriptados» (*vid.* sobre esta cuestión ABOU-RAHME, L. et al., «Procedural issues», cit., p. 1095 y la bibliografía allí sita, así como la página web <http://www.legalethics.com/states.htm>).

gado en el desarrollo de su actividad profesional y el secreto de las informaciones facilitadas por el cliente, y permite a aquél negarse a revelar sus impresiones, conclusiones, opiniones o teorías legales fruto de sus actividades de investigación o entrevistas con su cliente o terceras personas. La jurisprudencia le otorga un mayor grado de protección que al privilegio Abogado-cliente y únicamente permite derogar el derecho a la privacidad de su trabajo cuando la parte contraria consiga demostrar que esta revelación es esencial para la investigación penal y que no existen otros cauces para tener acceso a la misma. Aún así, el Abogado solo está obligado a revelar su documentación escrita, pero no las impresiones u opiniones que no haya plasmado en ningún documento.

V. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

Razones de economía procesal y una mayor celeridad en el enjuiciamiento de los hechos justifican la regla núm. 8 de las F.R.Cr.Pr., que permite acumular en un mismo proceso penal el conocimiento de varios delitos o faltas (*joinder of offenses*) o las acusaciones dirigidas contra varios sujetos (*joinder of defendants*) (131). En su apartado a), la citada Norma permite acumular varias infracciones en un mismo escrito de acusación si son de las mismas o similares características, están basadas en el mismo acto o transacción o en dos o más actos o transacciones conectadas o forman parte de un plan o esquema común» (132), y en su apartado b) autoriza que dos o más imputados

(131) Sobre la acumulaciónn subjetiva y objetiva de pretensiones puede verse HEIN, K. P.: «Joinder and severance», *35Am. Crim. L. Rev.*, pp. 1139 a 1177. Sobre su fundamento y consecuencias, *vid.* BORDENS, K. S. HOROWITZ, I. A.: «Joinder of Criminal Offenses: A Review of the Legal and Psychological Literature», *9Law &Hum. Behav.*, 339, 340 (1985).

(132) Al amparo del primer inciso, que se refiere a la acumulación de varias infracciones de características iguales o similares, se han juzgado en un mismo proceso, por ejemplo, varios delitos de robo bancario, incluso cuando han tenido lugar en distintos lugares y períodos, pero requerían la prueba de los mismos elementos [*United States v. Foutz*, 540 F. 2d. 733 (4th Circ 1976); *United States v. Hollis*, 971, F. 2d. 1441, 1456 (1992) (10th Circ. 1992); *United States v. Archer*, 843 F. 2d. 1019, 1021 (7th Circ.)]. En aplicación del inciso sobre las infracciones basadas en el mismo acto o transacción suele acumularse la acusación del delito principal y la conspiración para cometerlo. Por último, por encontrarse «conectadas entre ellas» pueden acumularse varios delitos muy próximos en el tiempo o en el espacio, y por estar basadas «en un esquema común para delinquir puede acumularse varias conductas no muy próximas en el tiempo o en el espacio, pero que comparten un propósito delictivo.

sean acusados en el mismo *indictmen* o *information* cuando hayan participado en el mismo acto o transacción, o en la misma serie de actos o transacciones constitutivas de una ofensa o grupo de ofensas.

La acumulación objetiva o subjetiva de pretensiones adquiere una gran importancia en el enjuiciamiento de los delitos económicos, porque pese a su complejidad permite al Jurado obtener una visión global de la conducta delictiva o de un conjunto de delitos relacionados entre sí, y facilita la carga de la prueba que recae sobre el Fiscal, especialmente cuando se acumula un delito principal al de conspiración para cometerlo. Aunque la jurisprudencia ha entendido que se trata de dos conductas delictivas distintas (133), ofrece al Fiscal múltiples ventajas –no en vano, en la Sentencia *Harrison v. United States* (1925) se la calificó como la «darling» del Fiscal–, como la llamada «culpabilidad por asociación», que permite deducir la responsabilidad penal por el delito principal de uno de los acusados cuando se demuestra que pactó su comisión con otros sujetos sobre los que sí existen pruebas de su participación en el delito principal. Además, desde que la Corte Suprema varió su tradicional doctrina sobre los veredictos inconsistentes, es posible condenar a uno de los acusados por conspiración aunque se absuelva al resto.

VI. TRAMITACIÓN

1. Iniciación

Normalmente, los procesos penales federales por delitos económicos comienzan con las diligencias practicadas por un *U.S. Attorney* (un fiscal dependiente del Departamento de Justicia norteamericano, pero que desarrolla sus funciones en el distrito en el que el crimen se ha cometido) cuando tiene conocimiento de unos hechos que pueden ser constitutivos de delito.

La persona o entidad que normalmente informa de tales hechos al Fiscal varía según el tipo de delito cometido. Por ejemplo, pueden ser otras empresas en el caso competencia desleal, los trabajadores o sus representantes sindicales si se infringen las normas sobre seguridad

(133) La jurisprudencia ha advertido que la conspiración para delinquir, aunque puede acumularse a otros delitos, es distinta del crimen que se comete [*Unites States v. Felix* (1992), *Pinkerton v. United States* (1946)] y ha derivado de esta afirmación varias consecuencias de interés. La más relevante, que la absolución de los cargos de conspiración no impide la condena por el delito sustantivo [*United States v. Stevens* (1990)], del mismo modo que una absolución en este último no exime al acusado de una condena por conspiración [*United States v. Aircraft* (1994)].

en el trabajo, los accionistas o acreedores cuando se trata de delitos societarios o los consumidores en el supuesto de delitos contra el medio ambiente o la salud.

En aquellos sectores que se caracterizan por un fuerte intervencionismo del Estado, las *Regulatory Agencies* juegan también un papel muy relevante en el momento de iniciarse el proceso penal, ya que según hemos señalado con anterioridad están obligadas —o, al menos se les reconoce la posibilidad, según el tipo de agencia— a informar al Departamento de Justicia de los posibles delitos que hayan podido descubrir en el desarrollo de una investigación. Así por ejemplo, la Sección 21(d)(1) de la *Exchange Act* autoriza a SEC (134) a poner los hechos en conocimiento del Departamento de Justicia cuando crea que pueden ser constitutivos de delito. En cumplimiento de esta disposición, la SEC dirige una *criminal reference* al Departamento de Justicia, en la que se exponen los motivos por los que se considera que los hechos pueden ser constitutivos de delito. También se admiten en la práctica otros mecanismos menos formales, como la solicitud verbal que el oficial puede dirigir al Fiscal federal del distrito para que éste, tras ser informado de los hechos y tener a su disposición los documentos que han sido inspeccionados, decida si los persigue o no criminalmente. En otras ocasiones es el propio Fiscal quien inicia las investigaciones y requiere a la SEC que le facilite la información que tenga en su poder (135).

En el caso específico de la legislación *antitrust*, el Departamento de Justicia cuenta con un órgano específico, la *Antitrust Division*, competente para iniciar las investigaciones por delitos contra la libre fijación de precios o prácticas de monopolio. Sus investigaciones suelen incluir una entrevista con el denunciante u otros miembros del sector en el que opera la empresa, y si los hechos parecen ser constitutivos de delito, se requiere al FBI para que se haga cargo de la investigación (136). El investigado tiene

(134) No puede decirse que se trata de una obligación, porque el §78u(d)(1) del Título 15 USC atribuye a la SEC un amplio margen de discrecionalidad a la hora de decidir si se dirige o no al Departamento de Justicia.

(135) Sobre la intervención de la SEC en el inicio de los procesos penales por «securities fraud», *vid.* MATHEWS, A. F.: «Criminal Prosecutions Under the Federal Securities Laws and Related Statutes: the nature and development of SEC Criminal Cases», *39 Geo. Wash. L. Rev.* 901, 914 (1971).

(136) Durante el desarrollo de estas diligencias se desaconseja la colaboración —que no es obligatoria— de los sujetos implicados en la investigación, ya que los oficiales del FBI prefieren las entrevistas personales, sin asistencia de Abogado y sin dejar constancia por escrito de su contenido (GALVANI, P. B.; PATTON, W. L.; O'DONNELL, P. J.: «Defending the Criminal Antitrust Action», en *White-collar crime...* (OBERMAIER, O. G., MORVILLO), *cit.*, pp 1-4.

derecho a una entrevista con los miembros de la oficina del Fiscal. Cuando la investigación concluye, a la vista de los resultados, la División puede preferir archivarla, iniciar un proceso civil (que puede convertirse en criminal) o instar un proceso criminal, en cuyo caso se requiere la autorización expresa del Fiscal Jefe de la División (*Assistant Attorney General* de la *Antitrust Division*) para dirigirse al Gran Jurado.

2. Instrucción

Cuando el *prosecutor* es informado de la existencia de unos hechos que pueden ser constitutivos de un delito de cuello blanco, debe iniciar una serie de actuaciones dirigidas a comprobar la veracidad de los hechos y averiguar la identidad de sus autores. Ambos cometidos no difieren de los generalmente atribuidos al fiscal en la fase de investigación penal, pero la complejidad de estos delitos y la necesidad de garantizar durante su investigación los derechos del acusado aconsejan estudiar esta fase del proceso penal con especial detenimiento.

Por otra parte, debe recordarse que el Ministerio Fiscal no está sometido al principio de legalidad, sino que de acuerdo con el principio de oportunidad, aunque se constate durante el transcurso de la investigación que los hechos son constitutivos de delito puede no iniciar el proceso penal y buscar otras fórmulas menos gravosas para ejercitar el *ius puniendi* del Estado.

A diferencia de lo que sucede con los llamados «delitos de la calle», donde el sospechoso puede ser una importante fuente de prueba, en los delitos sobre *white-collar crime* suele hacerse uso del derecho a la no autoincriminación para negarse a declarar y a facilitar cualquier tipo de información que tenga en su poder y pueda ser utilizada en su contra. El Fiscal debe, por ello, acudir a otros medios de investigación penal, entre los cuales destaca la prueba documental y la testifical (junto a los cada vez más frecuentes registros en sedes de empresas para incautar todo tipo de material relacionado con la actividad que se investiga). Para obtener los documentos y testimonios que precisa, cuenta con un importante instrumento de investigación: el sistema de «subpoenas», o requerimientos que el Gran Jurado dirige a los testigos y otros sujetos y que en caso de incumplimiento permiten imponerles una sanción basada en el «contemp of court».

El Abogado del imputado, por su parte, centra todos sus esfuerzos en limitar en extremo las fuentes de información del «prosecutor». Además de aconsejar a su cliente que guarde el más absoluto silencio, procurará que los testigos faciliten la menor información posible y que los documentos presentados no incluyan datos que puedan incriminar a su cliente. Pero por otra parte, su presencia desde los primeros momentos de la investigación, (penal y, en su caso, administrativa) le convierte en una importante fuente de información, sin que en muchas ocasiones el privilegio «Abogado-cliente» o la *work-product exception* le eximan de facilitar los datos requeridos por el prosecutor mediante el sistema de *subpoenas*, en su caso (137).

A. La investigación del Gran Jurado

En su origen (138), el Gran Jurado se calificó como «el tribunal del pueblo» (*the people's pannel*) y se justificó su existencia por servir de escudo contra acusaciones infundadas y, al mismo tiempo, de espada para investigar y perseguir las conductas delictivas (139). En su posterior evolución aparecieron serias dudas sobre la protección que otorgaba al ciudadano frente a las acusaciones arbitrarias del Fiscal, como también se puso en duda su eficacia para investigar y acusar los hechos delictivos. La mayoría de los Estados permiten hoy en día al Ministerio Fiscal formular por sí solo la acusación, sin necesidad de instar un *indictmen* ante el Gran Jurado y se recurre con mayor frecuencia a las investigaciones policiales o las llevadas a cabo por las «*regulatory agencies*».

(137) Sobre la actuación del Abogado en la defensa de los acusados por *white-collar crime* vid. especialmente la obra de KENNETH MANN, *Defending White-collar crime: A Portrait of Attorneys at Work*, 1985, y el material contenido en ISRAEL y otros, *White-Collar Crime. Law and Practique*, cit., pp. 675-715.

(138) El artículo III. Sección 2. Cl. 3 de la Constitución de los EE.UU. reconoce que el juicio oral de todos los crímenes, excepto en caso de «*impeachment*» será por Jurado y desde 1795 su Enmienda reconoce el derecho de cualquier persona a ser juzgada tras un «*indictmen*» del Gran Jurado. En el sistema federal, el Gran Jurado está compuesto por 23 personas, 16 de las cuales deben estar presentes para formar quórum [*F. R. Cr. Pr.*, 6(a)]. Sus miembros suelen reunirse cinco o seis veces al mes durante un período de unos dieciocho meses.

(139) Pueden verse las Sentencias *United States v. Mandujano* [425 US 564, 571, 96 S. Ct. 1768, 1774, 48 L. Ed. 2d. 212, 219 (1976)] y *Unites States v. Calandra*, 414 US 338, 343, 94 S. Ct. 613, 617, 38 L. Ed. 2d. 561, 568-569 (1974). Vid. tb. ISRAEL, J. H. PODGOR, E. S. BORMAN, P. D.: *White-Collar Crime. Law and Practique*, cit., p. 292 y ss.

La reticencia a acudir al Gran Jurado encuentra una importante excepción en el ámbito del *white-collar crime*, donde el Ministerio Fiscal pretende contrarrestar las dificultades de investigar este tipo de delitos con las órdenes coactivas o *subpoenas* que el Gran Jurado puede expedir para lograr la entrega de documentos o la prestación de testimonios vitales para la investigación. En el desarrollo de sus investigaciones debe, sin embargo, asegurar la máxima discrecionalidad, no solo en aras de lograr una mayor eficacia en el esclarecimiento de los hechos, sino también para evitar los numerosos perjuicios que podrían causarse al imputado si después los hechos no fueran constitutivos de delito.

a) *Las subpoenas duces tecum y ad testificandum*

El Gran Jurado constituye un «cuerpo investigador, cargado con la responsabilidad de determinar si un crimen ha sido o no cometido» [*United States v. R. Enterprises, Inc* (1991)] (140) que puede iniciar esta importante labor aunque no exista una «probable causa», sino «bajo la simple sospecha de que la ley ha sido violada, o incluso justamente porque quiere asegurarse de que no ha sido así» [*United States v. Morton Salt Co* (1950)] (141). A diferencia de las *subpoenas* que se expiden durante el juicio oral, cuando ya se conoce la identidad de los acusados y se han delimitado los hechos objeto de prueba, en los requerimientos que realiza el Gran Jurado aún no se conocen estos datos, y precisamente el principal propósito de las *subpoenas* es investigarlos [*Blair v. United States* (1919)] (142).

Como aún dicha investigación no tiene un objeto muy determinado, con la aportación de estos documentos puede tenerse conocimiento de la existencia de otros hechos constitutivos de nuevos delitos, con lo que se permite una cierta búsqueda «inquisitorial» de documentos (se habla de *fishng for documents*), que ha sido expresamente vedada por la Corte Suprema (143).

La Norma número 17 de las *F.R.Cr.Pr* distinguir dos tipos de requerimientos, las *subpoenas duces tecum* y las *subpoenas ad testificandum*.

La *subpoena duces tecum* es un escrito emanado del Gran Jurado, en el ejercicio de la *subpoena authority*, donde se requiere a una persona que presente ciertos documentos relevantes para esclarecer los

(140) 498 US, 111 S. Ct. 722, 112 L. Ed. 2d. 795.

(141) 338 US 632m 642-43, 70 S. Ct, 357, 94 L. Ed. 401 (1950).

(142) 250 US 273, 282, 39S. Ctm 468, 63 L. Ed, 979 (1919).

(143) *United States v. R. Enterprises, Inc*, citada.

hechos que se investigan y se le advierte que en caso de desobediencia puede ser sancionado civil o penalmente. La Norma 17(c) de las *Rules of Criminal Procedure* permite así al Gran Jurado ordenar la entrega de ciertos libros, papeles, documentos u otros objetos descritos expresamente y prevé la posibilidad de modificar el requerimiento cuando éste pueda resultar «irrazonable u opresivo». El anexo que acompaña al requerimiento debe describir minuciosamente la naturaleza y finalidad de la investigación y el material que se reclama.

Por otro lado, la *subpoena ad testificandum* es un escrito donde se requiere a un testigo o al imputado que comparezca ante el Gran Jurado para prestar declaración sobre los hechos objeto de una investigación penal y se le advierte que en caso de desobediencia puede ser sancionado civil o penalmente. Según la Norma 17 (a) de las *Rules of Criminal Procedure* este requerimiento se expide por el Secretario Judicial, que debe identificar el nombre de la Corte, la clase de procedimiento en curso –si aún no existe, suele usarse la fórmula *testimony before the Gran Jury*–, la identidad de la persona requerida y el tiempo y lugar de la comparecencia. Después se sella por el órgano judicial y se entrega «en blanco» a quien lo solicitó, que en estos supuestos es el Ministerio Fiscal. El requerimiento se acompaña de un anexo (*attachment*) donde se informa al destinatario de sus derechos (privilegio de la no autoincriminación, derecho al consejo de un Abogado, principalmente) y puede describirse brevemente la materia que se investiga. Puede también adjuntarse un extracto de las normas para testificar ante el Gran Jurado.

Frente a estos requerimientos del Gran Jurado, su destinatario tiene varias posibilidades. En primer lugar, puede atender diligentemente la orden, en los términos exigidos en ella. En tal caso, si se trata de una *subpoena duces tecum*, la documentación puede presentarse directamente ante el Gran Jurado o en la oficina del funcionario que dirige la investigación, opción esta última que se aconseja normalmente porque permite ahorrar tiempo y dinero, especialmente cuando el volumen de documentos es considerable. Y si se requirió al testigo o imputado que declarara sobre ciertos hechos, su testimonio debe prestarse directamente ante el Gran Jurado, aunque previamente puede aquél discutir en la oficina del Fiscal su declaración (generalmente en presencia de su abogado) y si después se estima que su testimonio no tiene relevancia, comunicarlo el Fiscal al Gran Jurado para que se abstenga de tomarle declaración.

Lo más destacado de este tipo de «subpoenas» es la presión psicológica que ejercen sobre la persona que debe comparecer ante el Gran Jurado, sobre todo cuando tiene que testificar. El riesgo de sufrir una

sanción (*contemp of court*) que puede incluso ser privativa de libertad si insiste en no colaborar en la investigación sin un motivo legítimo garantiza en la mayoría de las ocasiones su testimonio. Y el hecho de prestar declaración frente a un conjunto de jueces legos en Derecho con los que se identifica, el secreto de sus declaraciones, la necesidad de prestar juramento y el temor a ser procesado por perjurio o falso testimonio contribuyen a un testimonio más completo y fiel a la realidad (144).

La segunda de las posibilidades del individuo que recibe un requerimiento del Gran Jurado es negarse a su cumplimiento en el ejercicio de alguno de sus derechos fundamentales. Debemos recordar aquí la extraordinaria importancia que en este momento del proceso penal tiene el respeto de los derechos del procesado, sobre todo su derecho a no declarar contra sí mismo y la posible concesión de inmunidad, el privilegio abogado-cliente o las garantías que protegen el acceso del Fiscal a los materiales obtenidos en el proceso civil o durante la inspección de una *Regulatory Agency*, aspectos de los que nos hemos ocupado con anterioridad y a cuyos apartados nos remitimos.

Por último, el requerido puede ampararse en la Norma 17 (c) de las *F.R.Cr.Pr.*, que permite a la corte anular o modificar la *subpoena* «si su cumplimiento pudiera ser irrazonable u opresivo». La Corte Suprema presume, sin embargo, que el Gran Jurado actúa siempre dentro de la finalidad legítima de su autoridad, y hace recaer sobre su destinatario la carga de demostrar lo contrario mediante la presentación de una moción en la que demuestre que el cumplimiento de la subpoena le resulta irrazonable. El principal problema de demostrar esta irrazonabilidad radica en que el secreto que normalmente acompaña las actuaciones del Gran Jurado impide al requerido conocer el motivo de la investigación y la condición de imputado o testigo con la que se le requiere, por lo que en muchas ocasiones carece de los elementos de juicio suficientes para valorar la proporcionalidad de la medida (145).

b) *El secreto de las investigaciones*

La Norma 6 (e) de las *Federal Rules of Criminal Procedure* prohíbe a los miembros del Gran Jurado, intérpretes, mecanógrafos, copistas que transcriben los testimonios y Fiscales revelar cualquier

(144) ISRAEL, J. H.; PODGOR, E. S. BORMAN; P. D.: *White-Collar Crime. Law and Practique*, cit., pp. 295 y ss.

(145) *Vid.* al respecto la Sentencia de la Corte Suprema en el caso *United States v. R. Enterprises, Inc.*, citada con anterioridad.

tipo de información a la que hayan tenido acceso, salvo en supuestos excepcionales que expresamente enumera. Además de esta prohibición, puede ordenarse a un testigo que guarde secreto sobre el contenido de sus declaraciones o la existencia del proceso penal en el que ha sido citado o emitir una orden que prohíba a la prensa comunicar el inicio de un proceso penal o revelar datos sobre su posterior desarrollo.

El denominado *Gran Jury Secret* tiene así distintas acepciones según el sujeto sobre el que recae este deber.

a) Con carácter general, los funcionarios que asisten a los miembros del Gran Jurado y los fiscales deben guardar el más absoluto secreto sobre todo lo que acontece en el transcurso de la investigación. La Norma 6 (e) advierte que, en caso contrario, sus manifestaciones pueden ser sancionadas en aplicación de la institución del «contemp of court».

Esta obligación obedece a la necesidad de asegurar una investigación más eficaz del delito. Contribuye a evitar la fuga del imputado o el riesgo de desaparición de pruebas, protege a testigos y miembros del jurado de presiones externas –y en consecuencia, garantiza un testimonio más fiable y un veredicto más justo, respectivamente– y vela por la reputación de los sometidos a la investigación penal.

La prohibición no es absoluta, porque la propia Norma 6 (e) enumera una serie de excepciones a la regla general, según las cuales es posible revelar la información obtenida durante una investigación penal: a) por el fiscal federal, sin necesidad de autorización previa emitida por la Corte, en cumplimiento de su deber o para permitir el cumplimiento del deber de otros fiscales (incluyendo los estatales) en la aplicación de la Ley Criminal Federal, o con el objeto de utilizar el material revelado por otro Gran Jurado federal, y b) previa autorización de la Corte (en el modo, por el período de tiempo y bajo las condiciones fijadas por ésta), cuando su revelación sea necesaria para un procedimiento judicial –de forma previa o en relación al mismo–, cuando el fiscal demuestre que los hechos secretos pueden revelar la violación de una ley criminal estatal, o cuando el acusado consiga demostrar que el testimonio o la documentación secreta sería suficiente para desestimar un *indictment*.

b) Excepcionalmente, la Corte puede emitir una orden de secreto en la que obligue a un testigo a guardar silencio sobre la declaración prestada o la documentación facilitada al Gran Jurado. Se pretende con ello mantener el objeto de la investigación «en la oscuridad», evitar la fuga del imputado o su confabulación con otros colaboradores en el delito o el riesgo de desaparición de pruebas. Este

último es más elevado en muchos de los delitos «de cuello blanco» donde la documentación se almacena en ficheros informáticos o bases de datos, que facilitan su destrucción y manipulación sin dejar rastro alguno del contenido original.

c) También resultan excepcionales los supuestos en los que la Corte ordena a los medios de comunicación no divulgar noticias sobre la existencia de una investigación penal o, cuando no ha podido evitar esta divulgación pero les prohíbe publicar más datos durante su desarrollo.

En estos casos se pretende sobre todo proteger la reputación y el buen nombre del sujeto o la empresa que se investiga, que quedarían seriamente dañados aunque su conducta no hubiera sido delictiva. Se garantiza, asimismo, una mayor independencia de los miembros del Jurado en la emisión del veredicto, que de otra forma sufrirían una fuerte presión por parte de la prensa o la opinión pública.

B. Las entradas y registros

Hasta hace relativamente pocos años, la entrada y registro de empresas o despachos profesionales constituía una medida de investigación escasamente utilizada en los delitos «de cuello blanco», porque para su esclarecimiento se prefería recurrir al sistema de «subpoenas» al que nos hemos referido en el apartado anterior. Sin embargo, en los últimos años han aumentado considerablemente los registros de empresas, previa autorización judicial, con el objeto de incautar documentos que puedan facilitar dicha investigación (146).

Estas diligencias de entrada y registro presentaban múltiples inconvenientes, que aún se padecen en la actualidad. Desde un punto de vista económico, su práctica obliga a varios funcionarios a gastar tiempo y dinero en la localización e inspección de documentos que de otra forma, mediante el sistema de «subpoenas» deberían ser entregados por el propio requerido ante el Gran Jurado, siguiendo detalladamente sus instrucciones. Y desde el punto de vista del empresario, las entradas y registros alteran notablemente el normal funcionamiento de la empresa y pueden por ello perjudicar seriamente a los trabajadores.

Por otro lado, las autorizaciones judiciales para la práctica de estas diligencias sólo se conceden tras demostrar que existe una «probable causa» para creer que el crimen se ha cometido, que los documentos que se encuentran en el lugar podrían esclarecer los hechos y que es posible localizarlos en un lugar concreto y determinado, mientras las *subpoenas*

(146) Puede verse al respecto ISRAEL, J. H. PODGOR, E. S. BORMAN, P. D., en *White-collar crime. Law and Practique*, cit., pp. 633 a 674, cuya documentación seguimos básicamente en el presente apartado.

pueden acordarse desde el inicio de la investigación, antes de que exista por tanto una «probable causa». A ello debe añadirse el hecho de que el documento presentado por el funcionario para obtener la autorización judicial de registro puede hacerse público tanto a los ciudadanos en general como a la prensa (*Baltimore Sun Co. v. Goetz*) (147), salvo que el Fiscal demuestre una especial necesidad de mantener dicha autorización en secreto (en cambio, como señalamos en su momento, las investigaciones del Gran Jurado son esencialmente secretas) (148). Y por último, las consecuencias de una entrada y registro contrario a las exigencias de la V Enmienda son mucho más graves que las de una *subpoena* ilegal, ya que mientras en este segundo supuesto el órgano judicial puede subsanar los defectos y mantener el requerimiento, los documentos obtenidos tras un registro contrario a la enmienda citada no tienen valor probatorio ni tampoco lo tienen generalmente otras pruebas que se hayan obtenido a partir del mismo registro.

Frente a estos inconvenientes se alzan sin embargo numerosas ventajas que justifican el notable incremento de su práctica, entre las cuales debe destacarse la disminución del riesgo de que su propietario —que puede ser la persona contra la que se dirige la investigación o un tercero (149)— haga desaparecer parte de la información o la manipule, y el acceso inmediato que se tiene a esta información, sin necesidad de esperar a que la parte localice los documentos y los presente ante el Gran Jurado.

Además, el registro de las sedes de empresas o despachos de profesionales permite descubrir informaciones cuya existencia se desconocía, en aplicación y con los límites de la llamada «plain view doctrine», que en general autoriza a la autoridad que efectúa el registro a apoderarse de otros documentos que descubra durante el transcurso de la inspección y que aunque no figuren en la autorización judicial, parezca que pueden contribuir al esclarecimiento de los hechos investigados (150). Otra de sus ventajas es que impide oponer

(147) 886 F. 2d. 60 (4th Circ. 1989)

(148) Sobre la publicidad o secreto de las entradas y registros puede verse PHILLIPS, J. AXELROD, D.: «Litigating Search Warrants: Warranting Further Consideration», *White-Collar Crime 1992*, 325 (ABA 1992).

(149) La Corte Suprema no ha confirmado la opinión de los órganos inferiores según la cual debía admitirse las entradas y registros solo cuando la persona a quien afecta la medida es un imputado, no cuando se trata de un testigo, salvo que el Fiscal lograra demostrar que los documentos no podrían obtenerse acudiendo al sistema de las subpenas *Vid.* el caso *Zucker v. Stanford Daily*, 436 US 547 (1978).

(150) *Vid.* para mayor detalle ISRAEL, J. H. PODGOR, E. S. BORMAN, P. D.: *White-Collar Crime*, cit., pp. 636 y ss.

el derecho a la no autoincriminación –aunque sí puede alegarse, por ejemplo, la llamada «work-product excepción», que protege los documentos del abogado–, porque en los registros está ausente la obligación o compulsión de entregar la información.

Si el registro se realiza en horario laboral, los funcionarios que lo practican tienen además la posibilidad de hablar con los empleados y, si es preciso, hacerles algunas preguntas. Y en algunas ocasiones, por razones de urgencia se permite irrumpir en las empresas sin previo aviso y por la fuerza.

3. El *Plea bargaining*

El *plea bargaining* es un acuerdo negociado entre el Fiscal y el Abogado del acusado –o el Fiscal y el propio acusado si éste se defiende a sí mismo–, para poner fin al proceso penal de forma anticipada, por medio del cual el acusado se declara culpable (en los casos de *plea of guilty*) o expresa su deseo de no discutir los hechos (si adopta un «*nolo contendere*») a cambio de ciertas concesiones en el momento de la acusación o la sentencia.

Se encuentra regulado en la Norma 11 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, que prevén la posibilidad de negociar en una audiencia los cargos que presentará el Fiscal contra el acusado o el contenido de la sentencia, de forma que tras dicha negociación el Fiscal se comprometa: a) a rechazar otros cargos contra el acusado, b) a no oponerse a las peticiones de la parte, o c) a proponer una sentencia en los términos del acuerdo. El acusado, por su parte, puede optar por no litigar o no oponerse a los cargos del Gobierno (*nolo contendere*) o por declararse culpable, en cuyo caso no admite los hechos, sino que simplemente manifiesta estar de acuerdo con la pena (*plea of guilty*).

La celebración de un «*plea bargaining*» resulta altamente beneficiosa para ambas partes, porque les supone un ahorro considerable de tiempo y dinero. El acusado evita además que se conozca realmente la gravedad de su conducta (lo cual es especialmente útil en delitos como el fraude fiscal o el blanqueo de dinero, porque si el acuerdo se celebra cuando la investigación no ha finalizado es muy probable que aún se desconozca la totalidad de la cuantía defraudada o la suma de «dinero negro» recibido por ciertas operaciones), previene los efectos negativos de su ingreso en prisión durante las sesiones del juicio oral (el llamado «*corrosive impact*») y la incertidumbre de obtener una sentencia condenatoria o excesivamente severa.

Debe advertirse sin embargo que la mayor certeza en el contenido de la acusación o de la sentencia, como uno de los principales incentivos para alcanzar un *plea bargaining* se ha visto reducida considerablemente en el ámbito del *white-collar crime* desde la elaboración de las *Federal Sentencing Guidelines*. La Comisión encargada de su elaboración criticó duramente la frecuencia con que el Fiscal llegaba a acuerdos para no ingresar en prisión al delincuente de cuello blanco, porque con ellos se eliminaba uno de los frenos más significativos a este tipo de delincuencia. Este cambio de política legislativa ha tenido importantes consecuencias en el «*plea bargaining*», tanto a la hora de negociar un cambio en la acusación como cuando se pretende negociar el contenido de la sentencia.

a) Las negociaciones entre el Fiscal y la defensa pueden dar lugar a un *change bargaining* o un acuerdo por medio del cual el Gobierno rechaza algunos cargos si el acusado admite la culpabilidad de otros (en aplicación de las *Fed.R.Crim.P.* 11(e)(1)(A)). El problema está en que a la luz de las *Federal Sentencing Guidelines*, la disminución en el número y naturaleza de los cargos no conlleva necesariamente a una disminución proporcional en la duración de la pena, por aplicación de la llamada «regla de la múltiple ofensa», que permite a la corte tener en cuenta otros hechos que aunque no forman parte de la acusación son muy semejantes a los contenidos en aquélla y se basan todos ellos en haber defraudado cantidades de dinero o haber causado daños evaluables económicamente. Su finalidad es acumular varias conductas delictivas –aunque como resultado del *plea bargaining* unas hayan sido objeto de acusación y otras no– basadas en la comisión de hechos semejantes, que pueden sancionarse como si fueran un mismo delito y como si la sentencia castigara solo una de esas conductas por la cuantía total de todas ellas. Por ejemplo, en los supuestos de fraude fiscal o apropiación indebida los órganos judiciales tendrán en cuenta la suma total del dinero involucrado en estas operaciones para dictar la sentencia, y se considera irrelevante que el fiscal, como resultado del *plea bargaining*, solicitara la condena solo por uno o varios de los delitos cometidos (151).

Otra de las previsiones contenidas en las *Federal Sentences Guidelines* que desincentivan las negociaciones entre acusación y defensa para evitar el juicio oral es la exigencia de que los cargos presentados por el Fiscal «reflejen la seriedad de la conducta» o dicho de otro

(151) REDDY, D.: «Guilty pleas and practice», *AmCrimLawRev*, núm. 30, pp. 1133 y ss.

modo, que exista una proporcionalidad mínima entre el castigo pedido y la gravedad de la conducta. De no ser así, el órgano judicial tiene la posibilidad de valorar la conducta en toda su extensión –aunque las partes acordaran la acusación formal de solo una parte de la infracción– salvo que el Fiscal, «de buena fe», acreditara que la infracción realmente no pueda probarse en su totalidad.

b) Por otra parte, la validez de los acuerdos celebrados entre el Fiscal y el acusado ha sido también reducida tras la elaboración de las *Federal Sentences Guidelines*. En primer lugar, porque las *Guidelines* permiten sólo reducir el nivel de la pena en uno o dos grados cuando el acusado dé claras muestras de reconocer y aceptar la responsabilidad penal derivada del delito, en lugar de otorgar a las partes libertad para fijar la sanción a imponer (152). Y en segundo lugar, porque las *Guidelines* advierten a las partes que el órgano judicial no está vinculado por las afirmaciones sobre los hechos efectuadas por las partes, de modo que si aquel aprecia que el acusado cometió una infracción más grave u otras infracciones adicionales, puede dictar una sentencia teniendo en cuenta estas últimas.

De esta forma, como señala Reddy (153), «el hecho de que un “guilty plea” no garantice una sentencia menor significa que el riesgo de una sentencia de prisión o una sentencia más larga no disminuye con el “guilty plea”», con lo cual muchos acusados por *white-collar crime* prefieren asumir el riesgo de discutir sus cargos en un juicio oral.

Por otro lado, en cuanto a los requisitos necesarios para celebrar un «guilty plea», la jurisprudencia exige que el acusado acepte el resultado de las negociaciones de manera voluntaria y consciente, que haya estado efectivamente asistido de Abogado y que existan suficientes elementos para que la corte pueda razonablemente encontrar culpable al acusado (154).

En relación al primero de los requisitos apuntados, cuando el acusado llega a un acuerdo con el Fiscal sobre los términos de la acusación o la sentencia se entiende que renuncia al mismo tiempo a algunos de sus principales derechos constitucionales: el derecho a la continuación del proceso para que se demuestre su culpabilidad, el derecho a confrontar su testimonio con el de sus acusadores, o el privilegio de la no autoincriminación. La importancia de estos derechos exige que su renuncia –y con ello la aceptación del *plea bargaining*– se efectúe,

(152) No existe sin embargo un acuerdo sobre si es necesario que el acusado también haya aceptado la responsabilidad criminal de aquellos cargos que se desestiman, como resultado del «plea bargaining».

(153) «Guilty and practise pleas», cit., p. 1136.

(154) REDDY. Oc., pp. 1118 y ss.

como hemos señalado, de forma voluntaria y consciente, lo cual implica, según la Corte Suprema, una triple exigencia: ausencia de coerción, entendimiento de los cargos que presentará el Fiscal y un conocimiento de las consecuencias del acuerdo. Para valorar la concurrencia de estos requisitos los órganos judiciales atienden a una gran variedad de circunstancias. Así, por ejemplo, los órganos judiciales estiman que no es necesario que el acusado conozca, entre las consecuencias del acuerdo, que va a ser deportado, que perderá su crédito o su derecho a votar o trabajar, ni tampoco que en caso de cometer un nuevo crimen la pena será mucho mayor.

Precisamente por la gravedad de los derechos a los que afecta el «plea bargaining» los órganos judiciales reconocen el derecho del acusado a una adecuada y efectiva defensa.

Y en cuanto a la concurrencia de «suficientes elementos de hecho», los órganos judiciales atienden también a una gran variedad de circunstancias, tales como las declaraciones del defendido, las evidencias presentadas por el fiscal, la denuncia que se presentó en su día, etc. Por ejemplo, en los supuestos de conspiración basta demostrar que la conspiración existió y que se haya presentado una leve prueba de que el acusado participó en ella.

4. El juicio oral. Especialidades probatorias

A. Obtención de pruebas

Durante la fase de instrucción de un proceso penal por delitos económicos el Fiscal asume un protagonismo indiscutible. Para facilitar su labor investigadora, el ordenamiento le permite obtener ciertos documentos o testimonios mediante las *subpoenas* del Gran Jurado, sin perjuicio de la posibilidad de practicar entradas y registros en sedes de empresas, establecimientos comerciales o domicilios particulares.

Finalizada la fase de investigación, tras la acusación formal del Fiscal o del Gran Jurado (mediante el *indictment* o *information*, según los casos) quien asume el protagonismo es el acusado, que para articular su línea de defensa durante el juicio oral o para estar en condiciones de llegar a un acuerdo negociado con el Fiscal debe lograr la máxima información posible que hasta el momento se encuentra en manos del Fiscal o de terceras personas.

La Constitución norteamericana no reconoce expresamente un derecho de acceso del acusado a los medios de prueba, pero la Corte Suprema ha entendido que del derecho a un proceso debido (*due process* de la V y XIV Enmiendas) y del derecho a usar procedimientos coactivos para obtener ciertos testimonios (*compulsory process for*

obtainig witnesses in his favor de la VI Enmienda) se derivan ciertas exigencias constitucionales dirigidas a garantizar el derecho de acceso a las pruebas [*Arizona v. Youngblood* (155) (1988)]. Aunque no existe una lista más o menos detallada sobre dichas exigencias (156), el acusado por delitos económicos puede solicitar, a terceras personas, mediante el sistema de subpoenas, que le faciliten ciertos documentos o testimonios, y al Fiscal, que le informe sobre los datos que tenga en su poder, tanto de los que pudiera resultar su exculpación o la tacha de testigos, como de los incriminatorios que previsiblemente expondrá el acusador en el juicio oral.

De este modo, en primer lugar, el acusado puede instar la expedición de una o varias *subpoenas* para lograr que terceras personas presenten su testimonio en el juicio oral o aporten ciertos documentos a los que de otro modo tendría dicho acusado difícil acceso, en aplicación de la Norma número 17 de las *F.R.Cr.Pr.* La expedición de dichas *subpoenas* se condiciona a que su finalidad sea exclusivamente la de presentar en el juicio oral el testimonio o documento, y no, por ejemplo, el de inspeccionarlo previamente con la esperanza de encontrar algún indicio que pueda ayudar a preparar su defensa (157).

Excepcionalmente, el acusado puede acudir a las *subpoenas* para conseguir ciertos documentos y examinarlos antes del juicio oral (a través de una *pre-trial inspection of documents*), siempre que se cumplan las exigencias sentadas por la Corte Suprema en la Sentencia *United States v. Nixon*, las cuales se refieren a la necesidad de que los documentos sean reveladores y relevantes, no puedan obtenerse de otro modo, sin su consulta no pueda la parte preparar una adecuada defensa en el juicio oral, y que la solicitud se haya expedido de buena fe y no con el propósito de efectuar una búsqueda general de información (*fishing expedition*). En tal caso, las posibilidades del requerido de oponerse a la *subpoena* son mayores que cuando se le exige la presentación de los documentos directamente en el juicio oral y se asemejan a las que analizamos al estudiar los

(155) 488 U. S. 51, 109 S. Ct. 333, 102 L. Ed. 2d. 281 (1988).

(156) Puede verse, sobre las mismas, LAFAVE, W. R. ISRAEL, J. J.: *Criminal Procedure*, cit., pp. 1015 y ss.

(157) Como señalan O'LEARY, C. A. LAPORTE, K. G. SCHATZ, J. («Discovery», 30 *Am. Crim. L. Rev.*, cit., pp. 1070-1071), el objetivo de la Norma 17 no es proporcionar pruebas, no es un medio de prueba, sino que describe el procedimiento obligatorio de presentación de documentos y testimonios en el juicio oral, para que puedan ser admisibles como prueba. Así se garantiza el derecho constitucional del acusado a instar un procedimiento coactivo frente a los testigos y el interés del Gobierno en mantener el deber público de testificar.

requerimientos *duces tecum* del Gran Jurado (puede alegar, por ejemplo, que aquélla es «irrazonable u opresiva» por abarcar un excesivo período de tiempo o requerir la entrega de documentos que nada tienen que ver con la investigación) (158).

En segundo lugar, el acusado puede lograr distintos tipos de información en manos del Fiscal. En la Sentencia *Brady v. Maryland* (159) (1983), la Corte Suprema derivó de los derechos constitucionales a un proceso debido y a un juicio oral adecuado el derecho del acusado a conocer los documentos y testimonios en manos del Fiscal que puedan ser exculpatorios de su responsabilidad: «la supresión por el Fiscal de las evidencias favorables al acusado cuando han sido requeridas suponen una violación de su derecho a un proceso debido si dicha evidencia es determinante de su culpabilidad o penalidad, con independencia de la buena o mala fe del Fiscal».

La referida doctrina obliga al Fiscal a proporcionar a la parte todos los documentos o datos que obren en su poder y que, en lugar de demostrar su responsabilidad penal, puedan excluirla, siempre que se cumpla un doble requisito —interpretado de forma muy flexible por la jurisprudencia—: los datos deben ser sustanciales o determinantes de la responsabilidad, y la parte debe haber solicitado su entrega al menos ante el órgano judicial, aunque haya sido de forma muy genérica (160).

Una segunda manifestación del derecho del acusado a acceder a las informaciones del Fiscal es la prevista en la *Jencks Act* y en la Norma 26.2 de las *F.R.Cr.Pr.*, en aplicación de las cuales puede aquél conocer durante el interrogatorio de los testigos en el juicio oral las primeras declaraciones que hicieron ante el Fiscal, durante la fase de instrucción, por si hubiera motivos que aconsejaran «tacharlos» (161).

El acusado tiene también la posibilidad de solicitar tras la acusación formal del Fiscal que éste le informe sobre las pruebas que tiene en su poder y que usará en su contra en el juicio oral. Para ello, la Norma 16 de las *F.R.Cr.Pr.* le permite iniciar una serie de negociaciones informales con el *prosecutor*, y aunque no detalla el contenido ni el tipo de información a que puede acceder, en la práctica constituye un buen medio para que el abogado del acusado consiga la mayor información posible sobre la situación de su defendido y esté en bue-

(158) *Vid.* O'LEARY, C. A. LAPORTE, K. G. SCHATZ, J.: «Discovery», cit., pp. 1073-1074.

(159) 373 US 83., 83 S. Ct. 1194, 10 L. Ed. 2d. 215 (1963).

(160) Sobre ambos requisitos, y la interpretación flexible de la doctrina *Brady* por la Corte Suprema, *vid.* O'LEARY, C. A. LAPORTE, K. G.; SCHATZ, J.: «Discovery», *30Am. Crim. L. Rev.*, cit., pp. 1050-1057.

(161) O'LEARY y otros, cit., p. 1057-1061.

nas condiciones para negociar en caso de celebrarse un *plea bargaining*. En cualquier caso, en aplicación de la Norma 404(b) de las *Federal Rule of Evidence*, antes del inicio del juicio oral el Fiscal está obligado a informar al acusado de la naturaleza de las pruebas que presentará en el juicio oral. La Corte puede sin embargo posponer este deber del Fiscal hasta el inicio de las sesiones, siempre que concurra una buena causa para ello.

B. Valoración

La complejidad de algunos de los delitos económicos y las dificultades de probar su comisión han motivado la aparición de algunas normas específicas aplicables a un delito o grupo de delitos económicos, que varían las generales sobre valoración de la prueba. Uno de los ejemplos más significativos es la llamada *co-conspiration hearsay rule*, que atribuye valor probatorio a las declaraciones efectuadas por uno de los conspiradores en el juicio oral sobre lo que otro de sus participantes manifestó en relación a la conspiración o durante el desarrollo de ésta.

Para admitir su testimonio, el juez debe valorar si la conspiración existe, si tanto el acusado como quien declara están envueltos en aquélla y si la declaración del acusado se produjo durante el desarrollo de la conspiración.

El principal problema de este tipo de testimonios reside en evitar que los miembros del jurado tomen en consideración para emitir un veredicto de culpabilidad otorgado por un co-conspirador si después, por incumplimiento de los requisitos que hemos citado, dicho testimonio no tiene validez. Para prevenir esta situación, en la práctica se han arbitrado dos mecanismos procesales.

La mayoría de los jueces que presiden las sesiones del juicio oral admiten el testimonio del conspirador pero se reservan el derecho a rechazarlo después (mediante una *motion to strike*). Si la declaración del testigo no resulta prueba suficiente de que los acusados eran miembros de la conspiración, el juez instruye a los miembros del jurado para que no valoren dicha declaración (en algunas situaciones extremas, puede optar también por disolver el jurado).

Otros órganos judiciales, para evitar la inevitable influencia del testigo en la opinión de los miembros del Jurado, convocan a aquel a una comparecencia, conocida como *James hearing*, que se celebra sin la asistencia de los miembros del Jurado y generalmente antes del ini-

cio del juicio oral. Si el testimonio se considera válido y relevante, posteriormente se reproduce en el juicio oral (162).

7. La sentencia

Hasta mediados de los años ochenta, los jueces norteamericanos contaban con un amplio margen de discrecionalidad para dictar sentencias en el ámbito penal. Sin otras limitaciones que la sanción máxima contenida en algunas normas administrativas (*regulatory offenses*) o la prohibición de la VIII Enmienda sobre las penas crueles o inusuales, los órganos judiciales podían elegir entre un amplio abanico de sanciones privativas de libertad (prisión, libertad condicional...), de derechos (de voto, a recibir determinadas subvenciones o autorizaciones del Estado...) o pecuniarias (multas fijas o proporcionales...) y determinar su duración o gravedad según las circunstancias del caso concreto, sin existir unos criterios básicos que vincularan su labor decisoria (163).

Como consecuencia directa de esta arbitrariedad judicial, sucedía con relativa frecuencia que infracciones penales muy semejantes daban lugar a sentencias claramente dispares. La desigualdad de trato en el ámbito penal se padecía también por los llamados delincuentes «de la calle» frente a los «de cuello blanco», siendo las sentencias de los primeros más severas y de mayor duración. Para reducir la mayor lenidad hacia los delincuentes «de cuello blanco», la jurisprudencia comenzó a imponerles sentencias más severas.

De la situación descrita dio buena cuenta el Informe del Senado de 1983, que recomendó la creación de un órgano dependiente del Poder Judicial con potestad para emanar un conjunto de normas vinculantes para los órganos judiciales en el momento de decidir la naturaleza, duración y gravedad de la sanción a imponer en cada supuesto concreto. Como resultado de esta propuesta el Congreso aprobó en 1984 la *Sentencing Reform Act*, que preveía la creación de la *Sentencing Commission*. Esta Comisión es un órgano independiente que funciona dentro de la rama judicial (*judicial branch*) y se encuentra regulada básicamente en el Título 28 USC, §§ 991 a 998. Está compuesta por nueve miembros, siete de ellos nombrados por el Presidente de los EE.UU. (de entre los cuales al menos tres deben ser jueces y no más de cuatro deben pertenecer al mismo partido político)

(162) Para mayor detalle, *vid.* POMERANTZ, M. F. OBBERMAIER, O. G.: «Defending charges of conspiracy», en *White-Collar Crime: Business and Regulatory Offenses*, cit., pp. 4-39 a 4-47.

(163) Sobre las sentencias por delitos de cuello blanco, puede verse FEINSTEIN, A. L. HADDAD, S. IZZO, T. W. LILLEY, M. B.: *Federal Sentencing*, cit., p. 1079-1116.

más el *Attorney General* más el Jefe de la Comisión de libertad provisional (*parole*). Sus funciones se centran en la elaboración de directrices sobre la imposición de sentencias penales y en la vigilancia y control de su cumplimiento por los órganos judiciales. Sus directrices son vinculantes para los órganos judiciales salvo cuando concurren motivos suficientes para separarse de ellas y dictar una sentencia distinta según las peculiaridades del caso que se enjuicia. La Comisión es la encargada de renovar periódicamente (sus propuestas deben presentarse antes del primero de mayo de cada año) dichas directrices y proponer al Congreso los cambios que estime convenientes.

La constitucionalidad de las *Guidelines* fue confirmada en el caso *Mistretta v. United States* (1989) (164), en el cual la Corte Suprema estimó, en primer lugar, que la delegación de la potestad normativa del Congreso a la Comisión era «suficientemente específica y detallada para cumplir los requerimientos constitucionales» y que, en segundo lugar, no suponía una quiebra del principio de división de poderes el hecho de que la Comisión estuviera vinculada al Poder Judicial, ya que las decisiones sobre las sentencias deben adoptarse en el ámbito judicial, donde tiene lugar la metodología y la producción de jurisprudencia».

Las directrices contenidas en las *Federal Sentencing Guidelines* entraron en vigor el primero de noviembre de 1987. Cuatro años después, la Comisión introdujo en aquéllas un Capítulo 8, sobre los criterios aplicables a las sentencias que condenaran a las personas jurídicas por la comisión de un delito o de faltas muy graves, con el objeto de «proporcionar un castigo justo, una adecuada prevención y los incentivos necesarios para que las personas jurídicas mantuvieran mecanismos internos de prevención, detección y denuncia de las conductas criminales».

Su aplicación es obligatoria cuando el órgano judicial debe dictar una sentencia condenatoria contra una persona física, una empresa o ambas simultáneamente. Con carácter previo a la redacción de la sentencia, un oficial de Justicia debe elaborar un informe detallado sobre el acusado y una propuesta de sentencia (el llamado *pre-sentence report*, regulado en la *Rule 32* de las *Federal Rules of Criminal Procedure*). El informe se remite a las partes para que éstas, si así lo consideran conveniente, puedan discutir algunos de sus extremos.

a) En el caso de las personas físicas (165), las *Guidelines* ordenan al órgano judicial tener en cuenta los hechos y las circunstancias

(164) 488 US 361 (1989)

(165) ISRAEL y otros, *White-collar crime*, cit., pp. 716-778.

que rodean el delito de un lado, y de otro, las características y el pasado criminal del delincuente, y atribuir a cada una de las anteriores categorías un valor según una serie de criterios señalados expresamente. La sentencia se determina por la intersección de ambos valores en una tabla, que en sus 43 columnas verticales prevé los niveles de ofensa y en sus seis columnas horizontales la historia criminal pasada del delincuente.

Lo más destacado de las *Guidelines* cuando se pretenden aplicar en el ámbito del *white-collar crime* es su preferencia por el ingreso en prisión del delincuente en detrimento de otras penas como la libertad condicional. Teniendo en cuenta que la finalidad de la pena en este tipo de delitos es principalmente preventiva, se considera que el riesgo de ingresar en prisión supone un importante freno para sus autores. También satisfacen esta finalidad preventiva las multas, calculadas generalmente en función de las ganancias obtenidas o las pérdidas causadas a otros por la conducta delictiva. En cambio, ha desaparecido la posibilidad de disfrutar de una libertad condicionada al cumplimiento de ciertos programas de rehabilitación (*parole*) y se han reducido considerablemente los supuestos en los que el condenado podría obtener la libertad condicional (*probation*).

Las *Federal Sentencing Guidelines* supusieron un cambio importante en la naturaleza de las sanciones normalmente impuestas a las personas físicas. A grandes rasgos, puede destacarse que con su aparición se eliminó la libertad condicional del acusado, se redujeron las posibilidades de libertad condicional. La posibilidad de reducir una sentencia condenatoria firme se permite únicamente como respuesta a la ayuda prestada por el condenado en la investigación de otro delito

b) Por lo que se refiere a las personas jurídicas (166), las *Sentencing Guidelines* permiten al órgano judicial imponer multas –sancionadoras o indemnizatorias–, liquidar a las sociedades con finalidad esencialmente delictiva u ordenar la suspensión temporal de sus actividades.

La imposición de sanciones penales a las empresas se basa en cuatro principios básicos. El primero establece que más allá de la pena la organización es responsable de remediar cualquier daño causado por la ofensa, lo cual significa que con independencia de las multas sancionadoras que, en su caso, puedan imponerse a una empresa ésta puede resultar obligada a resarcir a la víctima por los daños derivados de la conducta delictiva.

(166) ISRAEL, J. H.: *White-collar crime*, cit., pp. 779-802.

Conforme al segundo de los principios referidos, cuando el principal propósito de la empresa es criminal u opera básicamente por medios criminales, las sanciones deben ser suficientes para despojarla de todos sus fondos. Las *Guidelines* permiten al órgano judicial liquidar aquellas empresas que operan en el mercado con una finalidad esencialmente delictiva, mediante la imposición de multas suficientemente altas como para absorber todos sus activos financieros.

Como tercer criterio que inspira la imposición de penas a las corporaciones, cuando ni su actividad ni sus medios son esencialmente delictivos, el órgano judicial puede imponer una multa resarcitoria, atendiendo a la seriedad de la ofensa y la culpabilidad de la organización.

Por último, la clausura temporal de la empresa (*probation*) puede resultar también en ocasiones una sanción adecuada.

Para determinar la duración y gravedad de cada una de las anteriores sanciones a la vista de las circunstancias del caso concreto, el órgano judicial puede tener en cuenta si la empresa organizó programas para prevenir y sancionar la comisión de delitos en su seno. La «*Commission*» ha fijado una serie de criterios a aplicar por el órgano judicial para valorar la «efectividad» de estos programas y ha señalado que los mismos deben: a) describir los «standarts» y «procedimientos» que puedan seguir los empleados «razonablemente capaces para reducir los delitos»; b) asignar a personas de alto nivel la responsabilidad de supervisar el cumplimiento de los «standarts» y «procedimientos»; 3) tomar el debido cuidado para garantizar que los individuos con facilidad para comprometer a la empresa en actividades ilegales no reciban una autoridad sustancialmente discrecional en la toma de decisiones; 4) facilitar la divulgación de los programas entre los empleados; 5) tomar las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento; 6) aplicarlos a través de mecanismos disciplinarios apropiados; 7) tomar todas las medidas necesarias para responder adecuadamente tras la comisión de un delito y para prevenir delitos similares.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

SUMARIO: *Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República del Ecuador para el cumplimiento de condenas penales, hecho en Quito el 25 de agosto de 1995.*—*Ley 12/1996, de 19 de diciembre, de Ayuda a las Víctimas del Terrorismo.*—*Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.*—*Real Decreto 864/1997, de 6 de junio, por el que se aprueba el Reglamento del Fondo Procedente de los bienes decomisados por el tráfico de drogas y otros delitos relacionados.*—*Real Decreto 865/1997, de 6 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas.*—*Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y la República de Nicaragua para el cumplimiento de condenas penales, hecho en Managua el 18 de febrero de 1995.*—*Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimiento a las víctimas de delitos de terrorismo.*—*Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.*

INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DEL CONVENIO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA DEL ECUADOR PARA EL CUMPLIMIENTO DE CONDENAS PENALES, HECHO EN QUITO EL 25 DE AGOSTO DE 1995

(BOE n.º 72, de 25 de marzo de 1997)

JUAN CARLOS I

Rey de España

Por cuanto el día 25 de agosto de 1995, el Plenipotenciario de España firmó en Quito, juntamente con el Plenipotenciario de Ecuador, nombrados ambos en buena y

debida forma al efecto, el Convenio entre el Reino de España y la República del Ecuador, para el cumplimiento de condenas penales,

Vistos y examinados los doce artículos del Convenio,

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.

CONVENIO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA DEL ECUADOR PARA EL CUMPLIMIENTO DE CONDENAS PENALES

El Reino de España y la República del Ecuador, en adelante denominados las Partes, inspirados por sus vínculos históricos;

Deseosos de promover y mejorar la colaboración mutua en materia de Administración de Justicia;

Animados por la voluntad de contribuir a la plena rehabilitación social de las partes condenadas,

Han acordado lo siguiente:

Artículo I. *Definiciones.*—Para los fines del presente Convenio:

1. Estado trasladante: Significa la Parte desde la cual la persona condenada deba ser trasladada.

2. Estado receptor: Significa la Parte a la cual la persona condenada deba ser trasladada.

3. Sentencia condenatoria: Significa la decisión judicial definitiva que se impone a una persona, como pena por la comisión de un delito. Se entiende que una sentencia es firme definitiva cuando no esté pendiente recurso legal contra ella o que el término previsto para dicho recurso haya vencido.

4. Persona condenada: Significa la persona que en el territorio de una de las Partes vaya a cumplir o está cumpliendo una sentencia condenatoria.

Art. II. *Principios generales.*—De conformidad con las disposiciones del presente Convenio:

a) Las penas o medidas de seguridad privativas de libertad impuestas en una de las Partes o nacionales de la otra, podrán ser cumplidas por la persona condenada en el Estado del cual sea nacional; y

b) Las Partes se comprometen a brindarse la más amplia cooperación con respecto a la transferencia de personas condenadas.

Art. III. *Condiciones para la aplicación del Convenio.*—El presente Convenio se aplicará, únicamente, bajo las siguientes condiciones:

1. Que exista sentencia firme y definitiva como ha sido definida en el artículo 1, ordinal 3, del presente Convenio.

2. Que la persona condenada otorgue, expresamente, su consentimiento al traslado, habiendo sido informada previamente de las consecuencias legales del mismo.

3. Que el hecho por el que la persona haya sido condenada constituya también delito en el Estado receptor. A tal efecto, no se tendrá en cuenta las diferencias de denominación o las que no afecten a la naturaleza del delito.

4. Que la persona condenada sea nacional del Estado receptor.

5. Que el tiempo de la condena por cumplirse, al momento de hacerse la solicitud, sea de, por lo menos, un año.

6. Que la aplicación de la pena no sea contraria al ordenamiento jurídico interno del Estado receptor.

7. Que las demás disposiciones de la sentencia, fuera de la privación de libertad e incluidas las relativas a la responsabilidad civil, hayan sido cumplidas, salvo que el penado haya sido declarado insolvente.

Art. IV. Suministro de información.—1. Cada una de las Partes informará del contenido de este Convenio a cualquier persona condenada que pudiera acogerse a lo dispuesto en este instrumento.

2. Las Partes mantendrán informada a la persona condenada del trámite de su traslado.

Art. V. Procedimiento para el traslado.—El traslado de la persona condenada, de un Estado a otro, se sujetará al siguiente procedimiento:

1. El trámite podrá ser promovido por el Estado trasladante o por el Estado receptor. En ambos casos, se requiere que la persona condenada haya expresado su consentimiento o, en su caso, formulado la petición.

2. La solicitud de traslado se gestionará por intermedio de las Autoridades Centrales indicadas en el artículo X.

3. En la solicitud de traslado se deberá suministrar la información pertinente que acredite el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo III.

4. Antes de efectuarse el traslado, el Estado trasladante permitirá al Estado receptor verificar, si lo desea y mediante un funcionario designado por éste, que la persona condenada haya dado su consentimiento con pleno conocimiento de las consecuencias legales del mismo.

5. Al tomar la decisión relativa al traslado de una persona condenada, las Partes podrán considerar, entre otros factores, la posibilidad de contribuir a su rehabilitación social; la gravedad del delito; en cada caso, sus antecedentes penales; su estado de salud; y los vínculos familiares, sociales o de otra índole que tuviere en el Estado trasladante y en el Estado receptor.

6. El Estado trasladante suministrará al Estado receptor copia autenticada de la sentencia condenatoria, incluyendo información sobre el tiempo ya cumplido por la persona condenada y el que pueda computársele por motivos tales como trabajo, buena conducta o prisión preventiva. El Estado receptor podrá solicitar cualquier información adicional que considere pertinente.

7. La entrega de la persona condenada por el Estado trasladante al Estado receptor se efectuará en el lugar en que convengan las Autoridades Centrales. El Estado receptor será responsable de la custodia de la persona condenada desde el momento en que le fuere entregada.

8. Todos los gastos relacionados con el traslado de la persona condenada hasta el lugar de entrega para su custodia al Estado receptor serán por cuenta del Estado trasladante.

9. El Estado receptor será responsable de todos los gastos ocasionados por el traslado de la persona condenada desde el momento en que ésta quede bajo su custodia.

Art. VI. Negativa al traslado.—Cuando una de las Partes no apruebe el traslado de una persona condenada, comunicará su decisión de inmediato al Estado solicitante explicando el motivo de su negativa, cuando esto sea posible y conveniente.

Art. VII. Derechos de la persona condenada y cumplimiento de la pena.—1. La persona condenada que fuera trasladada conforme a lo previsto en el presente Convenio no podrá ser detenida, enjuiciada o condenada nuevamente en el Estado receptor por el mismo delito que motivó la sentencia impuesta por el Estado trasladante.

2. Salvo lo dispuesto en el artículo VIII del presente Convenio, la condena de una persona trasladada se cumplirá conforme a las leyes y procedimientos del Estado receptor, inclusive la aplicación de cualesquiera disposiciones relativas a la reducción de períodos de encarcelamiento o de cumplimiento alternativo de las condenas.

Ninguna sentencia será ejecutada por el Estado receptor de modo tal que prolongue la duración de la condena más allá de la fecha en que concluiría, según los términos de la sentencia del Tribunal del Estado trasladante.

3. Las Autoridades del Estado trasladante podrán solicitar, por medio de las Autoridades Centrales, informes sobre la situación en que se halle el cumplimiento de la condena de cualquier persona trasladada al Estado receptor, conforme al presente Convenio.

Art. VIII. Revisión de la sentencia y efectos en el Estado receptor.—El Estado trasladante conservará su plena jurisdicción para la revisión de las sentencias dictadas por sus Tribunales. Asimismo, conservará la facultad de conceder indulto, amnistía o gracia a la persona condenada, pudiendo el Estado receptor hacer llegar solicitudes fundadas y orientadas a tal fin. El Estado receptor, al recibir notificación de cualquier decisión al respecto, deberá adoptar, de inmediato, las medidas correspondientes.

Art. IX. Aplicación del Convenio en casos especiales.—El presente Convenio también podrá aplicarse a personas sujetas a vigilancias y otras medidas, de acuerdo con las leyes de una de las Partes relacionadas con infractores menores de edad. Para el traslado deberá obtenerse el consentimiento de quien esté legalmente facultado para otorgarlo.

El presente Convenio podrá aplicarse a personas a las cuales la Autoridad competente hubiera declarado incapaces. Las Partes acordarán, de conformidad con su derecho interno, el tipo de tratamiento a darse a las personas trasladadas. Para el traslado deberá obtenerse el consentimiento de quien legalmente esté facultado para otorgarlo.

Art. X. Autoridades Centrales.—Las Partes se comunicarán por vía diplomática, antes de la entrada en vigor del Convenio, la designación de sus respectivas Autoridades Centrales encargadas de su aplicación.

Art. XI. El presente Convenio entrará en vigor en la fecha del intercambio de los Instrumentos de Ratificación.

Art. XII. El presente Convenio tendrá una duración indefinida y podrá ser denunciado por vía diplomática, denuncia que surtirá efecto seis meses después de recibida.

No obstante, sus disposiciones continuarán en vigor, en lo atinente a las personas condenadas que hubieren sido trasladadas hasta el término de las respectivas condenas, al amparo de dichas disposiciones.

Las solicitudes de traslado que se encuentren en trámite, al momento de la denuncia del presente Convenio, serán completadas hasta su total ejecución, a menos que las Partes acuerden lo contrario.

En fe de lo cual se suscribe el presente Convenio en dos ejemplares igualmente auténticos.

Hecho en Quito, a los veinticinco días del mes de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

El presente Convenio entró en vigor el 10 de marzo de 1997, fecha en la que tuvo lugar en Madrid el intercambio de los correspondientes Instrumentos de Ratificación, según se establece en su artículo XI.

LEY 12/1996, DE 19 DE DICIEMBRE, DE AYUDA A LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

(BOE n.º 93, de 18 de abril de 1977)

PREÁMBULO

La presente Ley constituye la plasmación de la solidaridad de la Comunidad de Madrid con las víctimas del terrorismo.

La finalidad de la Ley consiste en contribuir a paliar los daños ocasionados por los atentados a sus víctimas. Lo deseable sería que las ayudas permanecieran inéditas, ya que la aplicación de la Ley supondría la constatación de una frustración previa, derivada de la pervivencia del terrorismo.

Los afectados por los atentados terroristas perpetrados en la Comunidad de Madrid tienen acceso a las ayudas concedidas por la Administración del Estado, complementadas, en el municipio de Madrid, y en el caso de la reparación de los daños de la vivienda habitual, por la actuación del Ayuntamiento de la capital, en el marco del convenio suscrito con el Ministerio del Interior, vigente desde diciembre de 1995.

Las ayudas de la Comunidad de Madrid se insertan en este contexto y vienen a completar las medidas estatales, siguiendo así la pauta de las ayudas concedidas, en sus respectivos territorios, por la Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Autónoma del País Vasco.

En cuanto al contenido de la Ley, el Capítulo I (Disposiciones Generales) concibe las ayudas como subsidiarias con respecto a las de cualesquiera otros organismos; atribuye a las mismas carácter individualizado; y establece su cobertura presupuestaria.

Las líneas de ayudas reguladas por la Ley son las siguientes:

- Asistencia sanitaria, incluida la atención psicológica especializada, y psicopedagógica (Capítulo II).
- Ayudas de estudio, transporte, comedor y residencia (Capítulo III).
- Ayudas por daños materiales (Capítulo IV), referidos bien a la vivienda habitual, en cuyo caso cabe distinguir entre la reparación de los daños, el alojamiento provisional y el cambio de vivienda (Sección 2.ª); o bien, al resto de los bienes (Sección 3.ª).
- Ayudas a empresas y comercios (Capítulo V).
- Ayudas extraordinarias (Capítulo VI).

Las disposiciones sobre requisitos y procedimiento (Capítulo VII) han buscado la mayor simplicidad posible. La aprobación y tramitación de las ayudas se atribuye a la Consejería competente en el ámbito material al que se refiere la ayuda solicitada.

La presente Ley se dicta al amparo de los títulos competenciales siguientes: asistencia social (artículo 26.18 del Estatuto de Autonomía); vivienda (artículo 26.3); sanidad e higiene y coordinación hospitalaria (artículos 27.6 y 27.7); y fomento del desarrollo económico (artículo 26.11).

En el proceso de elaboración de la presente Ley se ha solicitado informe del Consejo Económico y Social.

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.º *Objeto.*—Es objeto de la presente Ley la regulación de las ayudas que se concedan a las personas físicas o jurídicas que sufran daños como consecuencia o con ocasión de las actividades delictivas cometidas por bandas armadas o elementos terroristas en el territorio de la Comunidad de Madrid.

Art. 2.º *Carácter individualizado.*—Las ayudas concedidas al amparo de esta Ley se modularán en función a la naturaleza y entidad de los daños ocasionados, de las circunstancias socioeconómicas concretas de sus destinatarios, y de las disponibilidades presupuestarias.

Art. 3.º *Financiación.*—Las ayudas se financiarán con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid.

Art. 4.º *Carácter subsidiario y complementario.*—Las ayudas concedidas al amparo de esta Ley serán subsidiarias y complementarias respecto de las establecidas para los mismos supuestos por cualesquiera otros organismos.

En consecuencia, cuando el beneficiario tenga derecho a percibir ayudas de otros organismos, si el importe total de las otorgadas por éstos es inferior al de las concedidas por la Comunidad de Madrid, sólo percibirán de ésta la diferencia entre ambas ayudas.

Si la diferencia es cero o el importe de las ayudas procedentes de otros organismos es superior a las concedidas por la Comunidad de Madrid, el beneficiario no percibirá ninguna cantidad de esta última.

CAPÍTULO II

ASISTENCIA SANITARIA Y PSICOPEDAGÓGICA

Art. 5.º *Asistencia sanitaria y psicológica.*—1. Las personas que hayan sufrido lesiones físicas como consecuencia de un acto terrorista y no tuvieran cubiertos los gastos de asistencia sanitaria por cualquier sistema de previsión, podrán recabar dicha asistencia por parte de la Comunidad de Madrid.

2. La Comunidad de Madrid prestará asistencia psicológica especializada a las personas que arrastren secuelas psicosomáticas como consecuencia de un acto terrorista o padezcan en general problemas psicológicos derivados de un atentado sufrido por ellas mismas, sus familiares o personas con quienes convivan.

3. En ambos casos, la asistencia será gratuita y se prestará a través de los centros sanitarios dependientes del Servicio Regional de Salud.

Art. 6.º *Asistencia psicopedagógica.*—1. Los alumnos de educación infantil y primaria que como consecuencia de un acto terrorista sufrido por ellos mismos, sus familiares o personas con quienes convivan, padezcan problemas de aprendizaje o de adaptación al ambiente, recibirán asistencia psicopedagógica de la Comunidad de Madrid.

2. El acceso a esta asistencia será prioritario y gratuito y en la medida de lo posible a través de la red pública del Ministerio de Educación y Ciencia.

CAPÍTULO III

AYUDAS DE ESTUDIO, TRANSPORTE, COMEDOR Y RESIDENCIA

Art. 7.º *Beneficiarios, prestación y procedimiento.*—1. Cuando como consecuencia de un acto terrorista, se deriven bien para el propio estudiante, para sus padres, tutores o guardadores legales, daños personales de especial trascendencia o que les incapaciten totalmente para el trabajo habitual, se concederán ayudas para la enseñanza, transporte, comedor y residencia, en su caso, hasta la correspondiente licenciatura o diplomatura en centros situados preferentemente en la Comunidad de Madrid, si bien con carácter excepcional podrán concederse ayudas para estudiar en otra Comunidad Autónoma.

2. Las ayudas podrán consistir en la dispensa o atenuación de los requisitos que se establezcan en las convocatorias generales de becas al estudio o en la ampliación de los límites de su cuantía.

3. La solicitud y concesión de estas ayudas se someterán a los plazos y procedimientos establecidos en las citadas convocatorias.

CAPÍTULO IV

AYUDAS POR DAÑOS MATERIALES

Sección 1.ª Disposiciones comunes

Art. 8.º *Objeto.*—1. En el supuesto de que se produzcan daños materiales como consecuencia de actos terroristas, serán de aplicación las disposiciones previstas en la Sección Segunda de este Capítulo para el caso de la estructura y los elementos esenciales de la vivienda habitual de las personas físicas, y en la Sección Tercera de este Capítulo para las restantes viviendas y bienes inmuebles y para los bienes muebles.

2. Se entenderá por elementos esenciales aquellos cuyos desperfectos hagan imposible la habitabilidad de la vivienda o disminuyan gravemente sus condiciones normales de habitabilidad, incluyéndose las instalaciones y el mobiliario absolutamente indispensables para tal fin.

3. A los efectos de la presente Ley, se considerará vivienda habitual la edificación que constituya la residencia de la persona durante el plazo de, al menos, seis meses al año. Igualmente se entenderá que la vivienda es habitual en los casos de cambio de la misma, siempre que en la nueva se haya residido durante un plazo proporcional al indicado.

Art. 9.º *Exclusión.*—Quedan excluidos de las ayudas de esta Ley los bienes de entidades, corporaciones u organismos nacionales o extranjeros que posean carácter público.

Art. 10. Límite máximo.—1. Se establece un límite máximo de subvención de siete millones de pesetas por siniestro y solicitante.

2. Para la aplicación de este límite se tomarán en consideración las ayudas concedidas al amparo de este Capítulo y del Capítulo V.

Art. 11. Peritación.—1. La acreditación del montante de los daños se realizará mediante la confección de las pertinentes peritaciones. No obstante lo anterior, se podrá prescindir de la peritación cuando la cuantía total de los daños, acreditada mediante la presentación de factura o presupuesto de reparación, no alcance las 50.000 pesetas.

2. En los supuestos en los que exista una discrepancia pericial sobre la valoración de los daños que se hayan producido como consecuencia del acto terrorista, la Administración tomará como base para el cálculo de la ayuda aquella que tenga un carácter oficial.

3. La tasación que lleven a cabo los técnicos de la Consejería competente para aprobar las ayudas, tendrá carácter de peritación oficial a los efectos previstos en el número anterior.

Sección 2.ª Vivienda habitual de las personas físicas

Art. 12. Reparación de los daños.—1. Cuando, como consecuencia de un acto terrorista, se produzcan daños en la estructura o los elementos esenciales de la vivienda habitual, se podrá conceder una subvención a fondo perdido que cubra la totalidad de los gastos de reparación, con el límite indicado en el artículo 10.

2. A efectos de este artículo, se tomarán en consideración los daños producidos tanto en los elementos privativos de las viviendas, como en los elementos comunes de los edificios en que se ubiquen, siempre que en uno y otro caso los desperfectos hagan imposible la habitabilidad de la vivienda o disminuyan gravemente sus condiciones normales de habitabilidad.

3. El importe de la ayuda se abonará a los propietarios o a quienes legítimamente pretendieran efectuar la reparación o hubiesen dispuesto la misma.

4. Estas ayudas no se concederán en el caso de que la Delegación del Gobierno abone el importe a las empresas constructoras a las que previamente haya encargado la reparación, ni en aquellos municipios en los que el Ayuntamiento acometa dicha reparación, en virtud de un convenio firmado a tal efecto con el Ministerio del Interior.

Art. 13. Alojamiento provisional.—1. La Comunidad de Madrid proporcionará alojamiento provisional a las personas que, como consecuencia de los daños ocasionados por un acto terrorista en su vivienda habitual, se vean impedidas de utilizarla temporalmente.

2. La duración de esta ayuda será la de las obras de reparación, salvo que éstas se prolonguen por causa imputable al beneficiario.

3. La Comunidad de Madrid optará entre facilitar directamente dicho alojamiento, o sufragar los gastos que originen dentro de los límites que reglamentariamente se determinen.

Art. 14. Cambio de vivienda.—1. En el supuesto de que la vivienda habitual, se pierda definitivamente como consecuencia de un acto terrorista, se aplicarán las reglas siguientes:

1.ª Si el ocupante de la vivienda fuese su propietario, podrá recibir una subvención equivalente al ochenta por ciento de los gastos financieros derivados de la adquisición

sición; o, si no deseara adquirir otra vivienda en propiedad, podrá recibir una subvención a fondo perdido para el alquiler de otra vivienda de similares características y en la misma zona que la siniestrada, por tiempo no superior a diez años.

2.^a Si el ocupante tuviera el uso atribuido en virtud de derechos reales de usufructo, uso o habitación, podrá recibir una subvención a fondo perdido para el alquiler de otra vivienda de similares características y en la misma zona que la siniestrada, por tiempo no superior a diez años.

3.^a Si el ocupante fuera arrendatario de la vivienda, podrá recibir una subvención a fondo perdido que cubra parcialmente los gastos derivados del nuevo contrato de alquiler de una vivienda de características similares, en la misma zona que la siniestrada. La subvención cubrirá la diferencia entre el precio del alquiler anterior y el del nuevo. La duración de la subvención será la que restase para la finalización del contrato en vigor en el momento del acto terrorista, por un tiempo no superior a diez años.

2. Para el cálculo del coste financiero al que se refiere el número 1, regla 1.^a, de este artículo, se computará, además de los gastos de apertura, corretaje y cancelación, el tipo de interés del dinero fijado por el Banco de España en cada momento durante la vigencia del crédito, incrementado en dos puntos.

3. Si, tras el agotamiento de las ayudas previstas en este artículo, persistiera la situación de desamparo, se podrán conceder, atendiendo a las circunstancias particulares que concurren en cada caso, las ayudas previstas en el artículo 18.

Art. 15. *Articulación con un seguro.*—En caso de que el beneficiario de las subvenciones previstas en esta Sección perciba además, por el mismo concepto, una indemnización de una entidad aseguradora o del Consorcio de Compensación de Seguros, la Comunidad de Madrid deducirá de la subvención el importe de dicha indemnización.

Si la indemnización es igual o superior a la subvención de la Comunidad de Madrid, ésta no abonará cantidad alguna.

Sección 3.^a Bienes muebles e inmuebles, excluidos la estructura y los elementos esenciales de la vivienda habitual

Art. 16. *Bienes muebles e inmuebles.*—1. Las ayudas por daños a bienes muebles e inmuebles no contemplados en la Sección anterior se condicionarán al hecho de que los bienes afectados por el acto terrorista tengan la contingencia cubierta por una póliza de seguro que implique una indemnización a cargo de una entidad aseguradora o del Consorcio de Compensación de Seguros.

2. La Comunidad de Madrid abonará al beneficiario un anticipo del pago definitivo por la entidad aseguradora o el Consorcio de Compensación de Seguros, de hasta el ochenta por ciento del valor total de los daños.

3. Con carácter previo a la concesión y cualquiera que fuera la cantidad anticipada, el titular de la póliza aceptará en instrumento jurídico suficiente el compromiso de ingresar en la Tesorería de la Comunidad de Madrid el capital abonado por la entidad aseguradora o por el Consorcio en el plazo de quince días desde la entrega efectiva en la cuantía necesaria para compensar el anticipo, salvo que la cantidad que se perciba sea inferior al importe del anticipo, en cuyo caso se ingresará aquélla en su totalidad, quedando la diferencia entre ambas cantidades en poder del beneficiario en concepto de subvención a fondo perdido.

CAPÍTULO V

AYUDAS A EMPRESAS Y COMERCIOS

Art. 17. *Subvención de créditos-puente.*—Aquellos damnificados que hayan sido perjudicados en los bienes que posean para su actividad comercial o industrial, y soliciten créditos-puente para atender a los gastos de reparación, podrán recibir ayudas consistentes en la subvención equivalente al coste financiero de los créditos-puente solicitados.

CAPÍTULO VI

AYUDAS EXTRAORDINARIAS

Art. 18. *Ayudas extraordinarias.*—El Consejo de Gobierno podrá conceder excepcionalmente ayudas que, correspondiendo a daños materiales no previstos en esta Ley, hayan generado situaciones de necesidad personal que fueran evaluables y verificables, cuando se observe la insuficiencia del montante de las ayudas ordinarias para cubrir adecuadamente estos supuestos.

CAPÍTULO VII

REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO

Art. 19. *Requisitos.*—1. Serán requisitos para acogerse a las ayudas previstas en esta Ley los siguientes:

- a) Que el atentado terrorista se haya producido en el territorio de la Comunidad de Madrid, después de la entrada en vigor de la presente Ley.
- b) Que el interesado haya presentado la correspondiente denuncia ante los órganos competentes.
- c) Que por la Delegación del Gobierno se expida certificación sobre los hechos producidos.
- d) Que el interesado se comprometa a ejercitar todas las acciones de resarcimiento procedentes.

2. No obstante, el Consejo de Gobierno podrá dispensar de los requisitos exigidos en los apartados b) y c) del número anterior, cuando los hechos afecten a gran número de personas o se pueda disponer de oficio de los datos correspondientes.

Art. 20. *Solicitudes.*—1. El procedimiento administrativo de concesión de ayudas se iniciará de oficio por la propia Administración de la Comunidad de Madrid, o bien a solicitud de los interesados, mediante la presentación de una instancia en la que se harán constar los siguientes extremos:

- Nombre, apellidos y domicilio del solicitante.
- Fecha y descripción de los hechos.
- Daños sufridos.
- Ayuda solicitada.
- Nombre y razón social de la Compañía aseguradora, en su caso, así como número de la póliza o pólizas de seguro concertadas.

2. Junto con la solicitud, los interesados deberán aportar los documentos justificativos del cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 19.

Art. 21. Procedimiento.–1. La solicitud de concesión de ayudas se dirigirá a la Consejería de Presidencia para su resolución, en el plazo de dos meses a partir de la fecha del hecho que la motiva.

2. El plazo máximo de resolución de la solicitud será de tres meses. Transcurrido dicho plazo, ésta se podrá entender desestimada a los efectos previstos en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente.

Art. 22. Aprobación.–1. La concesión de las ayudas extraordinarias previstas en el artículo 18 y de las subvenciones superiores a dos millones de pesetas corresponderá al Consejo de Gobierno.

2. La aprobación de las restantes ayudas corresponderá a los Consejeros competentes en las materias sobre las que incidan las distintas modalidades de ayuda. Si la suma de subvenciones concedidas mediante la misma resolución supera la cuantía a que se refiere el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en el mismo.

Art. 23. Tramitación.–1. La tramitación de los expedientes administrativos de ayuda corresponderá a la Consejería competente para su aprobación.

2. En el caso de las subvenciones cuya aprobación corresponde al Consejo de Gobierno en razón de su cuantía la tramitación recaerá sobre la Consejería competente para las subvenciones de la misma modalidad inferiores a dicha cuantía.

Si la superación de la cuantía a que se refiere el párrafo anterior se produce como consecuencia de la acumulación de varias subvenciones, la tramitación de los expedientes administrativos corresponderá a las Consejerías competentes para aprobar las subvenciones en cada caso, que elevarán al Consejo de Gobierno las propuestas respectivas, a través de la Consejería de Presidencia.

3. La tramitación de las ayudas extraordinarias corresponderá a la Consejería que tenga atribuida dicha competencia en relación con las ayudas con las que guarden una mayor afinidad.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Competencia.–1. La aprobación de las ayudas a que se refiere el artículo 22.2 se ajustará a las siguientes reglas:

1.^a La aprobación de las ayudas previstas en el Capítulo II corresponderá al Consejero de Sanidad y Servicios Sociales, en el caso del artículo 5, y al Consejero de Educación y Cultura en el caso del artículo 6.

2.^a La aprobación de las ayudas previstas en el Capítulo III corresponderá al Consejero de Educación y Cultura.

3.^a La aprobación de las ayudas previstas en el Capítulo IV, Sección 2.^a, corresponderá al Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes.

4.^a La aprobación de las ayudas previstas en el Capítulo IV, Sección 3.^a, corresponderá al Consejero de Economía y Empleo, en lo relativo a los bienes muebles, y al Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, en lo que se refiere a los bienes inmuebles.

5.^a La aprobación de las ayudas previstas en el Capítulo V corresponderá al Consejero de Economía y Empleo.

2. Mediante Decreto del Consejo de Gobierno se podrá modificar la asignación de competencias efectuada por el artículo 22 y por el número 1 de esta Disposición Adicional.

Segunda. *Presupuesto.*—Desde el Programa de Créditos Globales aprobado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid se financiarán las Partidas presupuestarias necesarias para hacer frente al cumplimiento de las ayudas reguladas en la presente Ley.

Tercera. *Actualización de cuantías.*—Se autoriza al Consejo de Gobierno para revisar las cuantías previstas en la Ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. *Desarrollo reglamentario.*—Se autoriza al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones reglamentarias requiera el desarrollo de la presente Ley.

Se faculta a los Consejeros competentes para la aprobación de cada tipo de ayudas, para que dicten las disposiciones de desarrollo de esta Ley que resulten necesarias en cada modalidad.

Segunda. *Entrada en vigor y publicación.*—La presente Ley entrará en vigor el 1 de enero de 1997 y se publicará tanto en el «Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid», como en el «Boletín Oficial del Estado».

REAL DECRETO 738/1997, DE 23 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE AYUDAS A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

(BOE n.º 126, de 27 de mayo de 1997)

La Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, prevé en su disposición final primera que el Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia e Interior y de Economía y Hacienda, aprobará las disposiciones necesarias para su desarrollo y ejecución.

Por su parte, la disposición adicional segunda de la referida Ley había previsto, con el fin de ir homogeneizando paulatinamente el régimen jurídico de ayudas a las víctimas de los delitos, habilitar al Gobierno para modificar el régimen de resarcimientos por daños a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas (disposición adicional segunda, apartado 2), asimismo se prescribía que el Reglamento necesario para el desarrollo y aplicación de la Ley 35/1995 habría de ordenar la confluencia de ambos regímenes en sus aspectos procedimentales (disposición adicional segunda, apartado 3).

Sin embargo, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha venido a derogar expresamente los mencionados apartados 2 y 3 de la disposición adicional segunda de la Ley 35/1995 (disposición

derogatoria única, apartado 4), atribuyendo, en su artículo 96, al Ministerio del Interior la competencia para el reconocimiento de las distintas ayudas a los afectados por delitos de terrorismo, ampliando las modalidades de resarcimiento para las víctimas del terrorismo, incluyendo nuevos supuestos objeto de protección, e incrementando las cuantías de las modalidades resarcitorias hasta entonces vigentes, dadas las singularidades del colectivo afectado.

De ahí que el presente Real Decreto tenga por único objeto aprobar el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, obviando toda referencia al régimen jurídico aplicable a los resarcimientos por actos terroristas, cuyo desarrollo reglamentario, previsto en el artículo 93 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, habrá de efectuarse separadamente.

El texto del Real Decreto se estructura en un artículo único, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales.

El artículo único aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Las normas contenidas en el Reglamento se apoyan tanto en las remisiones específicas que la propia Ley 35/1995, reguladora de las ayudas, efectúa a tal tipo de disposición, como en la habilitación general contenida en la disposición final primera de la referida Ley. De ahí que las materias desarrolladas por el citado Reglamento puedan agruparse en dos campos.

De una parte, se aborda la reglamentación de determinadas cuestiones en las cuales la Ley se remitió expresamente a esta norma. Entre ellas cabe citar: el procedimiento y órgano competente para la calificación de las lesiones o daños a la salud; la fijación de los coeficientes correctores para determinar el importe de la ayuda a percibir en los supuestos de lesiones invalidantes y de fallecimiento; la cuantía máxima de las ayudas por gastos funerarios y por tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual; el procedimiento para comprobar el nexo causal en los supuestos en que, a consecuencia directa de las lesiones o daños en la salud, se produjese el fallecimiento o la agravación de las lesiones, dando lugar a una ayuda de cuantía superior a la inicialmente reconocida; los criterios para determinar la concesión de las ayudas provisionales en situaciones de precariedad, así como la composición y régimen de funcionamiento de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, órgano administrativo colegiado de nueva creación, con competencia exclusiva en todo el territorio nacional para resolver las impugnaciones que se formulen sobre esta materia.

De otra, y atendiendo a su función tradicional, el Reglamento completa la norma legal en aquellas cuestiones en las que se ha creído conveniente una mayor precisión normativa, pudiendo destacar, entre otras, la delimitación del concepto de residencia habitual; la definición y deslinde de las diferentes situaciones económicas a que alude la Ley, tales como dependencia económica, desamparo o situación de precariedad; la determinación de la situación de incapacidad temporal y los grados de minusvalía de las víctimas que no estuvieran incluidas en ningún régimen público de Seguridad Social.

El Reglamento ha intentado, en la medida de lo posible, acomodarse a la estructura de la Ley, si bien dadas las peculiares características de los distintos tipos de ayudas, así como la complejidad de los requisitos exigidos por aquella para acceder a las mismas, se ha considerado oportuno, por razones de sistemática y agilidad en la gestión, regular, con carácter previo, unas normas comunes a todos los procedimientos, y establecer, posteriormente, de forma individualizada, las especialidades procedimentales para los diferentes tipos de ayudas.

El Reglamento, que consta de 88 artículos, distribuidos en cuatro Títulos y una disposición final, pretende, en definitiva, recoger en un solo texto todos los aspectos que puedan plantearse en orden a la concesión de las ayudas económicas establecidas por la Ley 35/1995.

En su virtud, a propuesta del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, y de los Ministros de Justicia y del Interior, con la aprobación del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 23 de mayo de 1997, dispongo:

Artículo único. *Aprobación del Reglamento.*—Se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, cuyo texto se inserta como anexo al presente Real Decreto.

Disposición derogatoria única. *Derogación normativa.*—Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan o contradigan a lo previsto en el presente Real Decreto.

Disposición final primera. *Habilitación de créditos.*—Por el Ministerio de Economía y Hacienda se habilitarán los créditos necesarios, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, para hacer efectivas las previsiones de este Real Decreto.

Disposición final segunda. *Facultades de aplicación y desarrollo, y entrada en vigor.*—Se faculta a los Ministros de Economía y Hacienda, de Justicia, de Trabajo y Asuntos Sociales, de Administraciones Públicas y del Interior para dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de lo dispuesto en el presente Real Decreto.

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

ANEXO

Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual

TÍTULO I

Normas generales

Artículo 1.º *Ámbito de aplicación.*—1. El presente Reglamento establece las normas de desarrollo y ejecución del capítulo I de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre (en adelante la Ley), de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, regulándose específicamente:

a) Los procedimientos para la tramitación y resolución de las solicitudes de ayudas, tanto provisionales como definitivas, a las víctimas directas o indirectas de los delitos contemplados en la Ley.

b) El procedimiento para el ejercicio de las acciones de subrogación y repetición del Estado para el reintegro total o parcial de las ayudas concedidas, en los casos previstos en la Ley.

c) La organización, funcionamiento y procedimiento de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, creada por la Ley para el conocimiento y resolución de los procedimientos de impugnación de las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda en materia de las ayudas en ella establecidas.

2. Tendrán derecho a las ayudas cuya concesión se regula en el presente Reglamento todas aquellas personas que, reuniendo las condiciones y requisitos exigidos por la ley, hayan sido víctimas directas o indirectas de los delitos dolosos violentos o contra la libertad sexual previstos en la misma y que se hayan producido desde el día 13 de diciembre de 1995, fecha de su entrada en vigor.

Art. 2.º *Residencia habitual.*—A efectos de lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Ley, se entenderá que residen habitualmente en España los extranjeros que permanezcan en su territorio en la situación de residencia legal que se regula en el artículo 13 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España.

Art. 3.º *Ayudas análogas.*—Cuando los extranjeros que no sean nacionales de ningún Estado miembro de la Unión Europea, ni residan habitualmente en España en los términos del artículo anterior, pretendan acceder a estas ayudas con fundamento en el reconocimiento en su país de ayudas análogas en favor de los españoles, deberán invocar su legislación aplicable, conforme establece el artículo 12.6, del Código Civil, sin perjuicio de que la Administración verifique el contenido y vigencia del Derecho extranjero invocado, y determine su analogía con lo establecido en la Ley.

Art. 4.º *Concurrencia de beneficiarios.*—1. Cuando concurra el cónyuge del fallecido, no separado legalmente, con la persona que hubiera venido conviviendo con el mismo en los términos previstos en el artículo 2.3, párrafo a), de la Ley, la condición de beneficiario a título de víctima indirecta sólo la ostentará el cónyuge del fallecido no separado legalmente.

No obstante, si existieran hijos que, no siéndolo del fallecido, lo fueran de la persona que hubiera venido conviviendo con el mismo, aquéllos también tendrán la condición de beneficiarios a título de víctimas indirectas, siempre que dependieran económicamente del fallecido.

2. Cuando los beneficiarios a que se refiere el artículo 2.3, párrafos b) y c), de la Ley, no concudiesen con el cónyuge o persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido, la distribución de la cantidad a que ascienda la ayuda se dividirá por partes iguales entre todos ellos.

Art. 5.º *Dependencia económica.*—1. A efectos del reconocimiento de la ayuda en favor de las personas incluidas en el artículo 2.3, párrafos b) y c) de la Ley, se entenderá que un beneficiario dependía económicamente del fallecido cuando aquél viniera conviviendo con éste a sus expensas y en la fecha del fallecimiento no percibiera, en cómputo anual, rentas o ingresos de cualquier naturaleza, superiores al 150 por 100 del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, vigente en dicho momento.

2. Se entenderá que los padres del fallecido dependían económicamente del mismo cuando aquéllos vinieran conviviendo con éste a sus expensas y en la fecha del fallecimiento no percibieran conjuntamente, con independencia del régimen económico matrimonial, en cómputo anual, rentas o ingresos de cualquier naturaleza superiores al 225 por 100 del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, vigente en dicho momento.

Si al tiempo del fallecimiento sólo conviviera con el hijo uno de los padres, se considerará que existe dependencia económica cuando éste en dicho momento viviera a sus expensas y no viniera percibiendo, en cómputo anual, rentas o ingresos de cualquier naturaleza superiores al 150 por 100 del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, vigente en el referido momento.

3. Se entenderá, en todo caso, que la separación transitoria de las personas mencionadas en los apartados anteriores, motivada por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares, no rompe el requisito de la convivencia entre el fallecido y el beneficiario.

Art. 6.º *Ayudas generadas por los menores de edad y mayores incapacitados.*

1. El menor de edad que fallezca a consecuencia directa del delito podrá generar simultáneamente el derecho al resarcimiento de gastos funerarios previsto en el artículo 6.3 de la Ley y la ayuda por fallecimientos establecida en el artículo 6.1.c) de la Ley.

No obstante, si los padres del menor tuvieran derecho a la ayuda por fallecimiento, no procede el reconocimiento a su favor de la ayuda por gastos funerarios.

2. Los incapacitados antes de la mayoría de edad que fallezcan después de alcanzar la misma a consecuencia directa del delito se equiparán a los menores de edad a efectos de lo establecido en el apartado anterior.

A efectos de lo dispuesto en este Reglamento, se considerarán incapacitados quienes hayan sido declarados incapaces por sentencia judicial o quienes tuvieran un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100.

Art. 7.º *Supuestos especiales de denegación o reducción.*—1. Procederá la denegación de la ayuda pública cuando las circunstancias a que se refiere el artículo 3.1 de la Ley, concurriesen en el beneficiario a título de víctima directa o, en caso de fallecimiento, en el único o en todos los beneficiarios a título de víctimas indirectas.

La denegación de la ayuda por dichas circunstancias respecto de las personas comprendidas en el artículo 2.3, párrafos *a)*, *b)* y *c)*, de la Ley, no dará lugar al reconocimiento de la ayuda en favor de las personas incluidas en el párrafo *d)* del citado artículo.

2. La reducción de la ayuda se producirá cuando existiendo varios beneficiarios a título de víctimas indirectas, sólo uno o algunos de ellos estuvieran incurso en alguna de las causas de denegación previstas en el artículo 3.1 de la Ley.

En tal caso, la porción de la ayuda que hubiera correspondido al beneficiario excluido no acrecerá a los demás.

3. Cuando el fallecido a consecuencia del delito hubiera podido estar incurso en causa de denegación, sólo podrán acceder a las ayudas los beneficiarios a título de víctimas indirectas que se encuentren en situación de desamparo económico siguiendo el orden de llamamientos establecido en el artículo 2.3 de la Ley.

Si en el supuesto previsto en el párrafo anterior, todos o alguno de los beneficiarios estuvieran a su vez incurso en causa de denegación, se aplicará, respectivamente, según proceda, lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del presente artículo.

4. A efectos de la aplicación del artículo 3.2 de la Ley, se considerará que un beneficiario a título de víctima indirecta se encuentra en situación de desamparo económico cuando viniera conviviendo con el fallecido y a sus expensas en el momento del fallecimiento. No impedirá considerar que el beneficiario vive a expensas del fallecido el hecho de que aquél percibiese rentas o ingresos de cualquier naturaleza, siempre que los mismos, en cómputo anual, no fuesen superiores al 50 por 100 del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, vigente en el referido momento.

Art. 8.º *Situación de precariedad y condición de beneficiario en las ayudas provisionales.*—1. A efectos del reconocimiento de las ayudas provisionales establecidas en el artículo 10 de la Ley, se considerará precaria la situación económica de la víctima o de sus beneficiarios si, en la fecha en que se solicite la ayuda, aquélla o éstos no percibieran, en cómputo anual, rentas o ingresos de cualquier naturaleza superiores al salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, vigente en el mencionado momento.

2. En todo caso, para el reconocimiento de la ayuda provisional de que se trate deberá quedar acreditado que el solicitante reúne los requisitos para ser beneficiario de la ayuda definitiva que pudiera corresponderle.

Art. 9.º *Situación de incapacidad temporal de las víctimas directas incluidas en un régimen público de Seguridad Social.*—La situación de incapacidad temporal en que se encuentren las víctimas directas incluidas en un régimen público de Seguridad Social se registrará por la normativa aplicable al régimen de que se trate.

El derecho al subsidio que por tal incapacidad pudiera corresponder a través de un régimen público de Seguridad Social, excluirá el reconocimiento de la ayuda prevista en el artículo 6.1.a) de la Ley, para la situación de incapacidad temporal.

Art. 10. *Situación de incapacidad temporal de las víctimas directas que no tengan derecho a un subsidio por tal incapacidad en un régimen público de Seguridad Social.*—1. Las víctimas directas que no estén incluidas en un régimen público de Seguridad Social, o que estando incluidas no tengan derecho en el mismo al subsidio por incapacidad temporal, se encontrarán en tal situación, a los efectos de la Ley 35/1995, cuando precisen asistencia sanitaria y estén impedidas para realizar las actividades de su vida habitual.

La situación regulada en el presente artículo vendrá determinada por la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, por el informe del Ministerio Fiscal a que se refiere el artículo 10.3, párrafo c), de la Ley, o por los informes periciales emitidos por el médico forense que intervenga en las actuaciones judiciales seguidas con motivo del hecho delictivo. A la vista de dichos documentos, se determinará si la incapacidad se ha producido como consecuencia directa de la acción delictiva, así como la fecha de inicio de la situación de incapacidad temporal a efectos de fijar, de acuerdo con el artículo 6.1, párrafo a), de la Ley, el momento a partir del cual procede el reconocimiento de la ayuda.

Asimismo, corresponderá al médico forense, de acuerdo con el artículo 3, párrafo c), del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Médicos Forenses, aprobado por Real Decreto 296/1996, de 23 de febrero, la constatación de la permanencia de la víctima en la situación de incapacidad temporal, así como la finalización de la misma.

La duración de la situación de incapacidad establecida en este artículo será la misma que la regulada en el artículo 128 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, pudiendo ampliarse hasta un máximo de treinta meses en el supuesto previsto en el artículo 131 bis, apartado 2, de dicho texto refundido.

2. El derecho a la ayuda se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal, por fallecimiento, o por ser dado de alta médica el beneficiario con o sin la declaración de la minusvalía a que se refiere el artículo 12 siguiente. Asimismo, se podrá declarar la suspensión del pago de la ayuda cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuese indicado, o cuando trabaje por cuenta propia o ajena.

Art. 11. *Calificación de lesiones invalidantes de las víctimas directas.*

1. Los grados de incapacidad de las víctimas directas previstos en el artículo 6.1, párrafo *b)*, de la Ley, respecto del personal incluido en cualesquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, exceptuado el Régimen especial de los funcionarios públicos civiles y militares, vendrán determinados, en cada caso, por la resolución dictada por el Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social conforme a lo establecido en el artículo 6 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla, en materia de incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

No obstante, en el supuesto regulado en el párrafo anterior, cuando la víctima no sea declarada afectada de alguno de los grados de incapacidad a que se refiere el citado artículo 6.1.b) de la Ley por no estar previsto dicho grado en el régimen de Seguridad Social en el que estuviera incluida aquélla, así como en los supuestos en los que aun cuando pudiera existir situación de invalidez la resolución del Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social deniegue el derecho a la prestación sin efectuar declaración expresa del grado de incapacidad de la víctima, se procederá a efectuar la calificación de las lesiones de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo.

2. Las lesiones invalidantes que sufran las víctimas directas no incluidas en el apartado anterior se calificarán mediante dictamen emitido, según proceda en función del lugar de residencia del interesado, por el Equipo de Valoración y Orientación dependiente del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o por el órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas, que establecerá el grado de minusvalía del mismo.

Cuando se trate de víctimas no residentes en España, sean españoles o no, la calificación de las lesiones invalidantes se efectuará por el Equipo de Valoración y Orientación u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas, en función del lugar de comisión del hecho delictivo, a la vista de los informes periciales emitidos con motivo del proceso penal. Los informes o pruebas complementarias que sean precisos se recabarán de la legación española más próxima al lugar de residencia de la víctima.

Art. 12. *Grados de minusvalía.*—En el supuesto contemplado en el artículo 11.2 del presente Reglamento, los importes máximos de las ayudas que, referidas al salario mínimo interprofesional, se establecen en el artículo 6.1, párrafo *b)* de la Ley, se asignarán a los grados de minusvalía que se declaren por el Equipo de Valoración y Orientación u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas, con arreglo a la siguiente escala:

- a) Del 33 al 44 por 100: 40 mensualidades.
- b) Entre el 45 y el 64 por 100: 60 mensualidades.
- c) Más del 65 por 100: 90 mensualidades.
- d) A partir del 75 por 100 con ayuda de tercera persona: 130 mensualidades.

Se considerará que existe un grado de minusvalía del 75 por 100 con ayuda de tercera persona cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 145.6 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

Las declaraciones de gran invalidez efectuadas respecto del personal funcionario por los órganos competentes surtirán efectos para el reconocimiento de la ayuda que corresponda al grado de minusvalía del 75 por 100 con ayuda de tercera persona.

Art. 13. *Coefficientes correctores en el supuesto de lesiones invalidantes.*—Para determinar el importe de la ayuda a percibir en los supuestos de lesiones invalidantes, se aplicarán sobre las cuantías máximas previstas en el artículo 6.1.b), de la Ley, los siguientes coeficientes correctores en función de:

a) Las rentas o ingresos de cualquier naturaleza, en cómputo anual, percibidos por la víctima en la fecha en que se consoliden las lesiones o daños en la salud, según la siguiente escala:

| Ingresos o rentas | Coefficiente |
|---|--------------|
| Inferiores al salario mínimo interprofesional (SMI) vigente en dicha fecha. | 1 |
| Entre el 101 y el 200 por 100 del referido SMI | 0,90 |
| Entre el 201 y el 350 por 100 del referido SMI | 0,80 |
| Más del 350 por 100 del referido SMI | 0,70 |

La consolidación de las lesiones se entenderá producida, cuando la víctima estuviese incluida en el artículo 11.1 de este Reglamento, en la fecha de la resolución del Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y cuando se trate de una víctima comprendida en el apartado 2 del mencionado artículo, en la fecha del dictamen emitido por el Equipo de Valoración y Orientación u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas.

b) El número de personas que dependieran económicamente de la víctima en la fecha de consolidación de las lesiones o daños, entendiendo por tales, además de las personas que en caso de fallecimiento ostentasen la condición de beneficiario conforme al artículo 2.3, párrafos a), b), c) y d) de la Ley, los parientes de la víctima hasta el segundo grado de consanguinidad, cuando unas y otros convivan con la misma y a sus expensas y siempre que no perciban rentas o ingresos de cualquier naturaleza, en cómputo anual, superiores al 150 por 100 del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, vigente en la mencionada fecha, conforme a la siguiente escala:

| Personas dependientes | Coefficiente |
|-----------------------|--------------|
| Cuatro o más | 1 |
| Tres | 0,95 |
| Dos | 0,90 |
| Una | 0,85 |
| Ninguna | 0,80 |

Art. 14. *Coefficientes correctores en los supuestos de fallecimiento.*—Para determinar el importe de la ayuda a percibir en el supuesto de fallecimiento, sobre la cuantía máxima de 120 mensualidades del salario mínimo interprofesional, establecida en el artículo 6.1, párrafo c) de la Ley, se aplicarán los siguientes coeficientes correctores en función de:

a) Las rentas o ingresos de cualquier naturaleza, en cómputo anual, percibidos en la fecha de fallecimiento de la víctima, por el beneficiario o, conjuntamente, por todos los beneficiarios, si fueran varios, según la siguiente escala:

| Ingresos o rentas | Coefficiente |
|---|--------------|
| Inferiores al salario mínimo interprofesional (SMI) vigente en dicha fecha. | 1 |
| Entre el 101 y el 200 por 100 del referido SMI | 0,90 |
| Entre el 201 y el 350 por 100 del referido SMI | 0,80 |
| Más del 350 por 100 del referido SMI | 0,70 |

b) El número de personas que en el momento del fallecimiento de la víctima dependieran económicamente de ésta y del beneficiario o beneficiarios. A tal efecto se computarán como personas dependientes todos los beneficiarios que concurren y los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad de la víctima y de los beneficiarios, siempre que todos y cada uno de ellos reúnan las siguientes condiciones:

1.ª Que en el momento del fallecimiento de la víctima convivieran con ésta o con el beneficiario o beneficiarios, y en ambos casos a expensas de los mismos, y

2.ª Que no perciban rentas o ingresos de cualquier naturaleza, en cómputo anual, superiores al 150 por 100 del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual, vigente en la mencionada fecha, conforme a la siguiente escala:

| Personas dependientes | Coefficiente |
|-----------------------|--------------|
| Cuatro o más | 1 |
| Tres | 0,95 |
| Dos | 0,90 |
| Una | 0,85 |
| Ninguna | 0,80 |

Art. 15. *Reglas para la aplicación de los coeficientes correctores y para la determinación del importe de la ayuda y su distribución.*—1. Para determinar el importe de la ayuda se aplicarán los coeficientes correctores establecidos en los artículos 13 y 14 del presente Reglamento conforme a las siguientes reglas:

a) En el supuesto de lesiones invalidantes la cuantía máxima de la ayuda que corresponda se multiplicará sucesivamente por los coeficientes establecidos en los párrafos a) y b) del artículo 13 de este Reglamento.

b) En caso de muerte, la cuantía máxima de la ayuda se multiplicará sucesivamente por los coeficientes previstos en los párrafos a) y b) del artículo 14 del presente Reglamento. Cuando concurren varios beneficiarios, una vez determinado el importe de la ayuda conforme a la regla mencionada, la cantidad resultante se distribuirá entre los mismos según se dispone en el artículo 2.4 de la Ley y en el artículo 4 del presente Reglamento. La porción que se atribuya a un beneficiario podrá ser minorada o suprimida cuando en él concurren las causas de incompatibilidad previstas en el artículo 5, apartados 1 y 2 de la Ley.

2. En el supuesto de ayudas provisionales por lesiones invalidantes y por fallecimiento, si el importe de la ayuda que resulte de la aplicación de las reglas establecidas en el apartado 1 de este artículo fuera superior al 80 por 100 del importe máximo de la ayuda que corresponda, aquél se minorará en la cuantía necesaria para no sobrepasar el mencionado límite.

3. Cuando en el procedimiento de reconocimiento de ayuda provisional por fallecimiento concurren beneficiarios en situación económica precaria con otros que sin encontrarse en dicha situación pudieran ser beneficiarios de la ayuda definitiva, se

observarán las reglas del presente artículo, efectuándose la distribución de la ayuda entre todos los beneficiarios se encuentren o no en situación de precariedad, si bien el derecho a la ayuda provisional sólo se reconocerá en favor de quienes se encuentren en tal situación.

4. La cantidad a abonar en concepto de ayuda definitiva o porción de la misma reconocida a favor de quien haya sido beneficiario de una ayuda provisional, se determinará deduciendo del importe de la ayuda definitiva o su porción la cantidad percibida como ayuda provisional. Si esta última fuera de mayor cuantía se exigirá el reintegro por la cantidad indebidamente percibida.

Art. 16. Resarcimiento por gastos funerarios.—1. La ayuda por gastos funerarios regulada en el artículo 6.3 de la Ley y en el artículo 6 del presente Reglamento se hará efectiva en favor de los padres o tutores del menor o mayor incapacitado, que fallezca a consecuencia directa del delito.

El importe de esta ayuda sufragará los gastos efectivamente satisfechos, que deberán justificarse documentalente, con el límite máximo de cinco mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente en la fecha del fallecimiento.

Tendrán la consideración de gastos funerarios resarcibles los relativos a los servicios de velatorio, transporte, incineración o enterramiento.

2. En el supuesto de que, conforme al artículo 10 de la Ley, procediese el reconocimiento provisional del mencionado resarcimiento, no será de aplicación lo establecido en el apartado 4 de dicho artículo.

Art. 17. Ayuda por gastos de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual.—1. La cuantía máxima de la ayuda prevista en el artículo 6.4 de la Ley para sufragar los gastos del tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual que causasen a la víctima daños en su salud mental será de cinco mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente en la fecha de emisión del informe a que se refiere el párrafo siguiente.

La existencia de daños en la salud mental de la víctima susceptibles de tratamiento terapéutico deberá acreditarse mediante informe del médico forense.

2. En el supuesto de que, conforme al artículo 10 de la Ley, procediese el reconocimiento provisional de la mencionada ayuda no será de aplicación lo establecido en el apartado 4 de dicho artículo.

Art. 18. Forma de pago de los gastos de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual.—El abono de la ayuda para sufragar los gastos de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual que causasen a la víctima daños en su salud mental se efectuará con arreglo a los siguientes criterios:

a) Cuando la solicitud de la ayuda se formulase antes de iniciar el tratamiento, se podrá acordar el abono de una cantidad a cuenta de una mensualidad del salario mínimo interprofesional.

Si el interesado no efectuase dicha justificación la Administración exigirá el reembolso de la cantidad concedida.

Si la mencionada cantidad a cuenta no fuera suficiente para costear el tratamiento, los gastos que excedan de dicho importe se satisfarán, a solicitud del interesado, en un único o en sucesivos pagos hasta la finalización del tratamiento o, en su caso, hasta alcanzar la cuantía máxima establecida en el artículo 17 de este Reglamento.

b) Si la ayuda se solicitase una vez iniciado el tratamiento, se abonará la cantidad correspondiente por los gastos que justifique el interesado, y los que se originen con posterioridad se abonarán, a solicitud de aquél, en un único o en sucesivos pagos,

previa justificación de los mismos, hasta la finalización del tratamiento o, en su caso, hasta alcanzar la cuantía máxima establecida.

c) Si en el momento de la solicitud se acreditase que se ha concluido el tratamiento, se abonará la ayuda de una sola vez, por el importe de los gastos justificados, con el límite de la cuantía máxima.

d) En el supuesto previsto en el párrafo anterior, si se acreditase la necesidad de reanudar el tratamiento, y no se hubiese agotado la cuantía máxima establecida, se abonarán los nuevos gastos que se originen según el procedimiento previsto en los párrafos b) y c) anteriores.

Art. 19. *Incompatibilidad en los supuestos de insolvencia parcial y de percepción de indemnizaciones por seguro privado.*—1. A los efectos de lo previsto en el artículo 5.1, párrafo segundo, de la Ley, la situación de insolvencia parcial del culpable del delito o de la persona o personas civilmente responsables del mismo, resultará acreditada a través de la pieza de responsabilidad civil o mediante resolución judicial dictada en fase de ejecución de sentencia.

En dicho supuesto, de la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia en favor de un beneficiario se deducirá el importe que de la misma se le haya hecho efectivo, y para cubrir la diferencia resultante se abonará total o parcialmente la ayuda o la parte de la misma que le correspondiera si hubiera varios beneficiarios.

2. La incompatibilidad a que se refiere el artículo 5.2 de la Ley, entre la percepción de las ayudas reguladas en la misma y las indemnizaciones o ayudas económicas a que el beneficiario tuviera derecho a través de un sistema de seguro privado se entenderá existente cuando unas y otras cubran los mismos riesgos y situaciones de necesidad.

3. En el supuesto del artículo 5.2, párrafo segundo, de la Ley, cuando la cantidad a percibir en virtud de un seguro privado fuera inferior a la fijada en la sentencia, se abonará la ayuda en la modalidad que corresponda, sin que la suma de los importes a percibir por el seguro y por la ayuda pueda exceder de la cantidad fijada en la sentencia. Si la suma excediera de la cantidad fijada en la sentencia, se minorará el importe de la ayuda en la cuantía necesaria para no sobrepasar el mencionado límite.

Art. 20. *Prescripción de la acción en los supuestos de agravación de lesiones invalidantes.*—1. En los supuestos en que a consecuencia directa de las lesiones corporales o daños en la salud se produjese una situación de mayor gravedad, distinta del fallecimiento, a la que correspondiera una cantidad superior, el plazo de prescripción de un año para solicitar la nueva ayuda se computará a partir de la fecha establecida en la resolución por la que se reconoció la ayuda inicial para instar la revisión del grado de incapacidad o minusvalía.

2. El reconocimiento de una ayuda por agravación de lesiones o daños a que se refiere el apartado anterior sólo podrá efectuarse por una sola vez.

TÍTULO II

Procedimientos de reconocimiento de las ayudas

CAPÍTULO I

NORMAS GENERALES

Art. 21. *Competencia.*—La competencia para la tramitación y resolución de las solicitudes de las ayudas públicas establecidas en la Ley corresponderá a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda.

Art. 22. Normativa aplicable a los procedimientos.—Los procedimientos para el reconocimiento de las ayudas se ajustarán a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 35/1995, con las especialidades que se establecen en el presente Reglamento.

Art. 23. Iniciación de los procedimientos.—1. Los procedimientos para el reconocimiento de las ayudas se iniciarán siempre a solicitud de la persona interesada ante el órgano competente, impulsándose de oficio en todos sus trámites.

2. Si con posterioridad a la resolución dictada en un procedimiento de ayuda provisional, el interesado solicitara la correspondiente ayuda definitiva, no estará obligado a aportar de nuevo los documentos que obraran en poder de la Administración, como consecuencia de la tramitación del procedimiento previo.

Art. 24. Transformación de procedimientos.—Cuando durante la tramitación de un procedimiento de reconocimiento de ayuda provisional recayese resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, se acordará de oficio la iniciación del procedimiento de reconocimiento de la ayuda definitiva que corresponda, lo que se notificará al interesado.

En el supuesto a que se refiere el presente artículo, los trámites efectuados en el procedimiento de ayuda provisional surtirán plenos efectos en el de ayuda definitiva.

Art. 25. Prueba de la existencia del delito y del nexo causal.—1. Para el reconocimiento de la ayuda definitiva será imprescindible que conste en el expediente la existencia de un delito doloso violento o de un delito contra la libertad sexual, que resultará acreditado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.2.e) de la Ley, mediante la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal.

2. Cuando se trate del reconocimiento de una ayuda provisional, deberá quedar acreditada la existencia de indicios razonables de un hecho que revista caracteres de delito doloso violento o contra la libertad sexual, mediante el informe del Ministerio Fiscal previsto en el artículo 10.3, párrafo c), de la Ley.

3. Asimismo, la relación de causalidad entre el hecho delictivo y las lesiones o daños en la salud o, en su caso, el fallecimiento, se deducirá de la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal o del informe del Ministerio Fiscal según se trate, respectivamente, de ayuda definitiva o provisional.

En los supuestos de agravación de lesiones, la relación de causalidad entre la agravación de las lesiones y el hecho delictivo se deducirá, según proceda, de la resolución dictada por el Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del dictamen pericial emitido por el Equipo de Valoración y Orientación dependiente del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas.

Art. 26. Suspensión del procedimiento en los supuestos de ejecución de sentencia.—1. Cuando en los procedimientos para el reconocimiento de ayudas definitivas conste la existencia de una sentencia firme en la que se fije una indemnización por daños y perjuicios causados por el delito, el órgano instructor solicitará del Juzgado o Tribunal que corresponda, conforme al artículo 9.3 de la Ley, el informe preceptivo necesario para conocer si dicha indemnización se ha hecho efectiva en todo o en parte o, en su caso, si la persona o personas civilmente responsables han sido declaradas insolventes.

2. En dicho supuesto el órgano instructor acordará la suspensión del procedimiento administrativo hasta tanto tenga conocimiento fehaciente de la cuantía de la

indemnización que se haya hecho efectiva o, en su caso, de la insolvencia de la persona o personas civilmente responsables.

Art. 27. Comunicación sobre indemnizaciones y ayudas.—El órgano instructor comunicará al interesado que queda obligado a comunicarle las indemnizaciones o ayudas económicas que como consecuencia directa del delito perciba o esté en disposición de percibir durante la tramitación del procedimiento administrativo y hasta la concesión de la ayuda que, de acuerdo con la Ley, pudiera corresponderle, advirtiéndole de las responsabilidades en que pudiera incurrir por el incumplimiento de dicha obligación.

Con posterioridad al pago se mantendrá la referida obligación por un período de tres años, lo que se expresará en la resolución, conforme se establece en el artículo 33.2, párrafo c), de este Reglamento.

Art. 28. Informes facultativos.—El órgano instructor realizará de oficio cuantas actuaciones estime necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos y datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución.

A tal efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley, el órgano instructor podrá solicitar a las autoridades policiales, al Ministerio Fiscal o a los Juzgados o Tribunales la información que se precise para resolver las solicitudes de ayudas.

Cuando se proceda a recabar cualesquiera de los informes a que se refiere el artículo 9.4, párrafo primero, de la Ley, en la correspondiente petición, se citará el precepto legal que la fundamente, concretando el extremo o extremos a que se refiere la misma, y estableciendo, asimismo, que el plazo para su remisión será de quince días, salvo que el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija un plazo mayor o menor.

Art. 29. Información sobre el cumplimiento de las obligaciones fiscales.—De acuerdo con el artículo 9.4, último párrafo, de la Ley, será preceptiva la solicitud a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria del informe sobre el cumplimiento de las obligaciones fiscales del beneficiario.

Evacuado dicho informe, si del mismo resultase que el beneficiario tuviera contraídas deudas con la Hacienda Pública en fase de gestión recaudatoria, y procediese el reconocimiento de la ayuda, en la resolución que se dicte se dispondrá la suspensión del abono de la misma y la comunicación de lo acordado a la Agencia Estatal a efectos de que inicie, en su caso, el procedimiento de compensación regulado en el Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

A la vista de lo que se resuelva por la Agencia Estatal, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas acordará el abono de la ayuda en la parte no compensada.

Art. 30. Trámite de audiencia e informe del Servicio Jurídico del Estado.

1. Instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se dará trámite de audiencia al interesado, conforme a lo establecido en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. Concluido el trámite anterior, en los procedimientos de ayudas definitivas, el órgano instructor elaborará propuesta de resolución que, junto con el expediente, remitirá al Servicio Jurídico del Estado para que emita el informe preceptivo a que se refiere el artículo 9.5 de la Ley.

En los procedimientos de ayudas provisionales, podrá prescindirse del informe del Servicio Jurídico del Estado cuando no se considere necesario para resolver el expediente.

3. Si como consecuencia de lo regulado en el artículo 42.2 de este Reglamento, procediere efectuar un trámite de audiencia común a todos los interesados, una vez evacuado el mismo, el órgano instructor procederá de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo.

Art. 31. *Plazos para resolver.*—1. Los plazos para resolver los procedimientos de reconocimiento de las ayudas, ya sean definitivas o provisionales, serán los siguientes:

- a) Por lesiones invalidantes, agravación de las mismas y fallecimiento: Seis meses.
- b) Por incapacidad temporal: Cuatro meses.
- c) Por gastos de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual y por gastos funerarios: Dos meses.

2. Los plazos de resolución de los procedimientos se computarán a partir de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualesquiera de los registros del órgano competente.

Art. 32. *Efectos de los actos presuntos.*—Se podrán entender desestimadas las solicitudes de los interesados cuando transcurrido el plazo máximo para resolver el procedimiento de que se trate no haya recaído resolución expresa.

La desestimación presunta se podrá hacer valer mediante la certificación prevista en el artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Art. 33. *Contenido general de las resoluciones.*—1. Las resoluciones que pongan fin a los respectivos procedimientos se ajustarán a lo establecido en el artículo 89 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y, además de las especialidades reguladas en este Reglamento, contendrán:

- a) La fecha, órgano que las dicta y tipo de procedimiento seguido.
- b) Los nombres y domicilios de los interesados personados en el procedimiento administrativo y, en su caso, de sus representantes.
- c) La mención sucinta de la existencia de un delito doloso violento o contra la libertad sexual, con indicación de la fecha y el lugar de comisión o, si se tratase de una ayuda provisional, de la existencia de indicios razonables de un hecho que revista los caracteres de tales delitos; o, en su caso, la inexistencia de tales extremos.
- d) La constancia o no del nexo causal entre el hecho delictivo y las lesiones, daños en la salud, o fallecimiento, en su caso.
- e) Los demás hechos que resulten relevantes para la resolución del expediente y la referencia expresa de haberse observado los trámites legales y reglamentarios.
- f) Los fundamentos de derecho que motiven la resolución que se adopte.
- g) La decisión propiamente dicha con alguno de los siguientes pronunciamientos:

1.º Reconocimiento de la ayuda, provisional o definitiva, determinación de su importe y, si existieran varios beneficiarios, de la cuantía que corresponda a cada uno de ellos, indicando cuando concurren las causas de incompatibilidad previstas en el artículo 5, apartados 1 y 2, de la Ley, la minoración o supresión que deba efectuarse de la ayuda o, de la porción de la misma que corresponda al beneficiario en quien concurren las referidas causas de incompatibilidad.

2.º Denegación de la ayuda, especificando, cuando dicha denegación se produjese por alguno de los supuestos especiales regulados en el artículo 7.1 de este Reglamento, las circunstancias declaradas por sentencia que motiven tal pronunciamiento.

3.º Inadmisión de la solicitud con arreglo al artículo 89.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

h) La facultad de impugnar la resolución ante la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual en el plazo de un mes, contado a partir de su notificación personal, conforme al procedimiento establecido en el artículo 12 de la Ley y en el capítulo IV del título IV del presente Reglamento.

2. En los supuestos de reconocimiento de la ayuda, además de lo establecido en los párrafos anteriores, la resolución expresará lo siguiente:

a) La subrogación de pleno derecho del Estado, hasta el total importe de la ayuda provisional o definitiva satisfecha al beneficiario o beneficiarios, en los derechos que asistan a los mismos contra el obligado civilmente por el hecho delictivo, de conformidad con el artículo 13 de la Ley.

b) La potestad del Estado para exigir en los supuestos del artículo 14 de la Ley el reembolso total o parcial de la ayuda concedida.

c) La obligación del interesado de comunicar a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas las ayudas o indemnizaciones que, como consecuencia directa del delito, perciba en los tres años siguientes a la concesión de la ayuda, advirtiéndole de las responsabilidades en que pudiera incurrir por el incumplimiento de dicha obligación.

d) Si se tratase de una ayuda de pago periódico, la suspensión de su abono cuando se produzca alguno de los supuestos previstos en el artículo 14 de la Ley.

e) Cuando se reconozca una ayuda provisional, la obligación del interesado de comunicar a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas que ha recaído resolución judicial firme que pone fin al proceso penal.

Art. 34. *Comunicación de resoluciones estimatorias a Juzgados y autoridades.*—1. La resolución de reconocimiento de la ayuda definitiva se comunicará al Juzgado o Tribunal que hubiese dictado la resolución judicial firme que puso fin al proceso penal.

2. Cuando se reconozca una ayuda provisional, se dará traslado de la resolución al Ministerio Fiscal y al Juzgado o Tribunal que conozca de los hechos. Asimismo, dicha resolución se notificará al Servicio Jurídico del Estado para su conocimiento y a los efectos previstos en el artículo 13 de la Ley.

Art. 35. *Incorporación de la resolución judicial al expediente de ayuda provisional.*—Cuando los órganos judiciales tuvieran conocimiento de la concesión de una ayuda provisional, facilitarán a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas copia de la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal.

CAPÍTULO II

PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS AYUDAS DEFINITIVAS POR INCAPACIDAD TEMPORAL Y LESIONES INVALIDANTES

Sección 1.ª *Iniciación del procedimiento*

Art. 36. *Iniciación.*—1. El procedimiento para el reconocimiento de las ayudas por incapacidad temporal y lesiones invalidantes se iniciará mediante solicitud del interesado o de su representante, que se formulará conforme a lo establecido en el

artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y con los datos y documentos que se establecen en el artículo 9.2 párrafos *b)*, *c)*, *d)* y *e)* de la Ley.

2. Asimismo, junto con la solicitud deberán acompañarse preceptivamente los siguientes documentos:

- a)* Si la víctima es española, copia del documento nacional de identidad.
- b)* Si se tratase de nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea, documento acreditativo de su nacionalidad.
- c)* Quienes no sean españoles ni nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea pero en el momento de perpetrarse el delito residieran habitualmente en España, deberán aportar el correspondiente permiso de residencia referido a dicho momento.
- d)* Si se tratase de extranjeros que no fueran nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea ni residentes en España deberán acreditar su identidad y justificar, mediante la presentación del correspondiente visado, que en el momento de perpetrarse el delito se encontraban autorizados para permanecer en España, salvo en los casos en que aquél no sea necesario.

Asimismo, deberán acreditar el reconocimiento en su país de ayudas análogas en favor de los españoles, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3 del presente Reglamento.

e) Certificación expedida por el órgano o entidad gestora competente acreditativo de la inclusión del interesado en un régimen público de Seguridad Social en el momento de perpetrarse el hecho delictivo. En caso negativo bastará la declaración del interesado, que posteriormente se verificará por el órgano instructor.

Si la solicitud de ayuda se formulase por incapacidad temporal y el interesado estuviese incluido en un régimen público de Seguridad Social, la certificación que se aporte hará constar, asimismo, que no se ha reconocido el derecho al subsidio por tal incapacidad.

f) Cuando la solicitud de ayuda por lesiones invalidantes se formule por las personas a que se refiere el artículo 11.1 de este Reglamento deberá aportarse la resolución sobre la calificación de tales lesiones dictada por el Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en caso de que aún no hubiera recaído, declaración del interesado de que se ha iniciado el oportuno procedimiento de invalidez.

3. Si faltasen cualesquiera de los datos o documentos citados en los apartados anteriores, se requerirá al interesado conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que subsane su omisión.

Sección 2.ª Fase de instrucción

Art. 37. *Actividades de instrucción para determinar la existencia de incapacidad temporal o de lesiones invalidantes.*—1. En el procedimiento de reconocimiento de la ayuda por incapacidad temporal respecto de las víctimas a que se refiere el artículo 10 de este Reglamento, cuando a la vista de la resolución judicial firme resulte necesario, se recabarán, con el carácter de preceptivos, los informes periciales emitidos por el médico forense que haya intervenido en el proceso penal a efectos de determinar el nexo causal, inicio, duración y extinción de la situación de incapacidad.

2. A efectos de la calificación de las lesiones invalidantes sufridas por la víctima será necesario incorporar al expediente la siguiente documentación:

a) Cuando, según el artículo 11.1 de este Reglamento, la calificación de las lesiones se determine por la resolución dictada por el Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y ésta no se hubiese aportado por el interesado por no haber recaído al tiempo de formular la solicitud de ayuda, se recabará del referido organismo.

No impedirá la continuación del procedimiento y el reconocimiento de la ayuda que la resolución remitida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social no haya ganado firmeza.

b) Si de acuerdo con el artículo 11.2, la calificación de las lesiones debiera efectuarse por el Equipo de Valoración y Orientación u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas requerirá a dicho órgano para que proceda al reconocimiento de la víctima remitiéndole copia de la resolución judicial firme y, en su caso, de los informes médicos que obraran en el expediente.

El Equipo de Valoración y Orientación u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas proveerá lo necesario para efectuar, previa citación del interesado, los reconocimientos y pruebas que considere necesarios en orden a la valoración de las lesiones o daños consecuencia del hecho delictivo, emitiendo un dictamen pericial razonado, de carácter preceptivo, en el que consten las lesiones o daños en la salud física o mental que se aprecien en la víctima, el grado de minusvalía que, de acuerdo con el artículo 12 de este Reglamento, los mismos lleven aparejado, así como el plazo a partir del cual se podrá instar, en su caso, la revisión del grado de minusvalía por agravación de las lesiones o daños.

3. Conforme establece el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos del procedimiento desde que se soliciten los informes del médico forense a que se refiere el apartado 1 de este artículo o, en su caso, desde que se recaben del Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Equipo de Valoración y Orientación u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas, según proceda, la resolución o el dictamen de calificación de las lesiones.

Art. 38. *Actividades de instrucción para la aplicación de los coeficientes correctores en el supuesto de lesiones invalidantes.*—1. Para la aplicación de los coeficientes correctores establecidos en el artículo 13 de este Reglamento, se requerirá al interesado para que en el plazo de quince días acredite, conforme se dispone en los apartados siguientes, su situación económica y el número de personas dependientes económicamente.

2. La situación económica se acreditará mediante la presentación de los siguientes documentos:

a) Declaración de las rentas o ingresos de cualquier naturaleza percibidos durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de consolidación de las lesiones o daños en la salud.

b) Copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio durante el cual se haya producido la consolidación de las lesiones o daños o, en su defecto, la del ejercicio inmediatamente anterior. Si no se hubiesen efectuado dichas declaraciones, se aportará certificación negativa expedida por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

Sin perjuicio de lo que resulte de dicha documentación, el órgano instructor podrá recabar, de conformidad con el artículo 9.4 de la Ley, los informes que estime pertinentes para determinar la situación económica de la víctima.

3. El número de personas que venían conviviendo con el interesado a sus expensas en la fecha de consolidación de las lesiones o daños en la salud se acreditará documentalmete conforme se establece a continuación:

a) La vinculación familiar o asimilada respecto de las personas comprendidas en los párrafos a), b), c) y d) del artículo 2.3 de la Ley, mediante los documentos que para cada caso se establecen en el artículo 40.2 del presente Reglamento.

Quando se trate de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, distintos de los mencionados en el párrafo anterior, mediante las correspondientes certificaciones del Registro Civil.

b) La prueba de la convivencia con la víctima de las personas dependientes, se efectuará mediante la oportuna certificación expedida por el Ayuntamiento.

c) La prueba de que dichas personas viven a expensas de la víctima, se justificará mediante las declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o certificaciones negativas en su caso.

A la vista de lo que resulte de la documentación aportada por el interesado y de las diligencias que se considere oportuno practicar, el órgano instructor determinará el número de personas que a efectos de la aplicación de los coeficientes correctores deben considerarse dependientes de la víctima.

4. Si el interesado no cumplimentase lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo, se aplicará el coeficiente corrector del 0,70, establecido en el artículo 13, párrafo a), de este Reglamento, para ingresos o rentas. Asimismo, cuando no se acredite el número de personas dependientes se aplicará el coeficiente del 0,80, previsto en el párrafo b) del citado artículo 13.

Sección 3.ª Terminación del procedimiento

Art. 39. Resolución.—1. Una vez recibido el informe del Servicio Jurídico del Estado a que se refiere el artículo 30 de este Reglamento, el órgano instructor dictará resolución que se ajustará a lo establecido en el artículo 33 del mismo, conteniendo además los siguientes pronunciamientos:

Quando se deniegue la ayuda por incapacidad temporal o por lesiones invalidantes, se motivará su decisión con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.

Si se reconociera el derecho a la ayuda por incapacidad temporal se determinará la fecha a partir de la cual procede el abono de la misma y la cuantía que corresponda. Asimismo, cuando en el momento del reconocimiento de la ayuda el interesado continuase en situación de incapacidad se señalarán, además, las cantidades devengadas en concepto de atrasos, la periodicidad y control del pago de la ayuda, así como las causas de suspensión y extinción de la misma.

Si se reconociera el derecho a la ayuda por lesiones invalidantes, se recogerán de forma sucinta las lesiones o daños en la salud apreciadas al interesado, el grado de incapacidad o minusvalía, según proceda, que lleven aparejado los mismos, el importe de la ayuda a percibir una vez aplicados los coeficientes correctores que correspondan de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Reglamento, así como el plazo a partir del cual se podrá instar, en su caso, la revisión del grado de incapacidad o minusvalía por agravación de las lesiones o daños, de acuerdo con el procedimiento regulado en los artículos 64 a 67 de este Reglamento.

2. La resolución que se dicte no estará vinculada por las peticiones concretas del interesado, por lo que se podrá reconocer la ayuda que corresponda a la situación de incapacidad o grado de minusvalía padecido, ya sean éstos superiores o inferiores a los invocados por el interesado en su solicitud.

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA AYUDA DEFINITIVA EN SUPUESTOS
CON RESULTADO DE MUERTE*Sección 1.ª Iniciación del procedimiento*

Art. 40. Iniciación.—1. El procedimiento para el reconocimiento de la ayuda por fallecimiento se iniciará mediante solicitud del interesado o su representante, que se formulará conforme a lo establecido en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y con los datos y documentos que se establecen en el artículo 9.2, párrafos *a), b), c), d) y e)*, de la Ley 35/1995.

Asimismo, junto con la solicitud deberán acompañarse, preceptivamente, los documentos que procedan de entre los mencionados en los párrafos *a), b), c) y d)* del artículo 36.2 de este Reglamento, referidos al beneficiario a título de víctima indirecta.

2. A efectos de lo establecido en el párrafo *a)* del artículo 9.2 de la Ley, deberá aportarse el certificado de defunción de la víctima del delito, así como la siguiente documentación en función de la vinculación del beneficiario con el fallecido:

a) Si se tratase del cónyuge del fallecido no separado legalmente, certificación literal de la inscripción del matrimonio expedida por el Registro Civil con posterioridad a la fecha de defunción de la víctima.

b) Si el solicitante fuera la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido en los términos del párrafo *a)* del artículo 2.3 de la Ley, deberá presentarse certificado de convivencia en domicilio común, expedido por la autoridad municipal correspondiente.

Asimismo, a efectos de acreditar la convivencia permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, se aportará certificación expedida por un Registro de parejas de hecho o, en su defecto, otros documentos cuya valoración, libre y conjunta, se efectuará por el órgano instructor.

Si hubiera existido descendencia en común, bastará certificación de la inscripción del nacimiento de los hijos y certificado de convivencia expedido por el Ayuntamiento.

c) Cuando se tratase de los hijos del fallecido, se aportarán las correspondientes certificaciones de la inscripción del nacimiento expedidas por el Registro Civil.

Los hijos del cónyuge no separado legalmente o de la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido en los términos del artículo 2.3, *a)* de la Ley deberán aportar, a efectos de acreditar su filiación, las respectivas certificaciones de la inscripción del nacimiento, expedidas por el Registro Civil. Asimismo, deberán acreditar, conforme a lo establecido en los párrafos *a)* y *b)* anteriores, el matrimonio de su progenitor con el fallecido, o las circunstancias de convivencia y afectividad de ambos, salvo que tales hechos estuvieran ya acreditados por haberse formulado por el progenitor solicitud de ayuda.

Además, tanto los hijos del fallecido como los del cónyuge no separado legalmente o los de la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido, deberán probar que venían dependiendo económicamente de este último, mediante la siguiente documentación:

- 1.º Certificación de convivencia expedida por el Ayuntamiento.
- 2.º Declaración de las rentas o ingresos de cualquier naturaleza percibidos durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento de la víctima.

3.º Copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio durante el cual se haya producido el fallecimiento de la víctima o, en su defecto, la del ejercicio inmediatamente anterior. Si no se hubiesen efectuado dichas declaraciones, se aportará certificación negativa expedida por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

d) Si se tratara de los padres del fallecido deberán acreditar su paternidad mediante la certificación de la inscripción del nacimiento del hijo fallecido. Asimismo, a efectos de determinar que no existen otros posibles beneficiarios con mejor derecho a la ayuda, deberá aportarse declaración sobre el estado civil del hijo en la fecha del fallecimiento así como si tienen conocimiento de la existencia de alguna de las demás personas mencionadas en los párrafos a), b) y c) del artículo 2.3 de la Ley.

La prueba de la dependencia económica respecto del fallecido se efectuará mediante los documentos que se especifican en el párrafo c) anterior.

3. Si faltasen cualesquiera de los datos o documentos citados en los apartados anteriores, se requerirá al interesado, conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que subsane su omisión.

Art. 41. *Supuestos en que el fallecido a consecuencia del delito estuviera incurso en causas de denegación de la ayuda.*—Cuando el fallecido a consecuencia del delito hubiera estado incurso en alguna de las causas de denegación previstas en el artículo 3.1 de la Ley, la solicitud de la ayuda se formulará conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de este Reglamento, con la especialidad de que cuando la misma se efectúe por las personas comprendidas en el artículo 2.3, párrafo a), de la Ley, deberán aportar la siguiente documentación, a efectos de acreditar la situación de desamparo económico, conforme al artículo 7.4 de este Reglamento:

a) Declaración de las rentas o ingresos de cualquier naturaleza percibidos durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento de la víctima.

b) Copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio durante el cual se haya producido el fallecimiento de la víctima o, en su defecto, la del ejercicio inmediatamente anterior. Si no se hubiesen efectuado dichas declaraciones, se aportará certificación negativa expedida por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

Respecto de las personas mencionadas en los párrafos b), c) y d) del artículo 2.3 de la Ley, la situación de desamparo económico se valorará mediante la documentación exigida en el artículo 40.2, párrafo c), de este Reglamento, para probar la dependencia económica.

Art. 42. *Solicitudes presentadas con posterioridad a la iniciación del procedimiento.*—1. Sin perjuicio del deber de información establecido en el artículo 15 de la Ley, cuando el órgano instructor tuviese conocimiento de la eventual existencia de personas que, sin haber instado el procedimiento, pudieran tener igual o mejor derecho a la ayuda, realizará, si fuera posible, las actuaciones que estime necesarias para informar a las mismas de la incoación del expediente a los efectos que a su derecho convengan.

2. Las solicitudes que, una vez iniciado el procedimiento, se formulen por personas distintas a las que hubiesen instado el mismo, se unirán al expediente siempre que se presenten antes de dictar la correspondiente resolución.

Respecto de las nuevas solicitudes se realizarán las actividades de instrucción procedentes, dándose audiencia común a todos los beneficiarios que hubieran ins-

tado, aun cuando dicho trámite ya se hubiera efectuado respecto de alguno o algunos de ellos.

3. El plazo máximo para resolver en el supuesto del apartado anterior se computará a partir de la fecha en que haya tenido entrada la última solicitud en cualquiera de los registros del órgano competente, lo que se notificará a los interesados.

Sección 2.ª Fase de instrucción

Art. 43. Actividades de instrucción para la aplicación de los coeficientes correctores.—1. Para la aplicación de los coeficientes correctores establecidos en el artículo 14 de este Reglamento, se requerirá al interesado o interesados que ostenten la condición de beneficiarios, para que, en el plazo de quince días, acrediten, conforme se dispone en los apartados siguientes, su situación económica y el número de personas dependientes económicamente.

2. La situación económica del interesado o interesados se acreditará, cuando no conste en el expediente, mediante la presentación de la siguiente documentación:

a) Declaración de las rentas o ingresos de cualquier naturaleza percibidos durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de fallecimiento de la víctima.

b) Copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al ejercicio durante el cual se haya producido el fallecimiento de la víctima o, en su defecto, la del ejercicio inmediatamente anterior. Si no se hubiesen efectuado dichas declaraciones, se aportará certificación negativa expedida por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Sin perjuicio de lo que resulte de la mencionada documentación, el órgano instructor podrá recabar, de conformidad con el artículo 9.4 de la Ley 35/1995, los informes que estime pertinentes para determinar la situación económica del beneficiario.

3. El número de personas que en el momento del fallecimiento de la víctima vinieran dependiendo económicamente de ésta y de los interesados se acreditará documentalente, cuando no conste ya en el expediente, conforme se establece a continuación:

a) Si hubiera parientes del fallecido o del interesado, hasta el segundo grado de consanguinidad, mediante las correspondientes certificaciones del Registro Civil que acrediten la relación de parentesco.

b) La prueba de la convivencia con el fallecido o el interesado se efectuará mediante las respectivas certificaciones expedidas por el Ayuntamiento.

c) La prueba de vivir a expensas del fallecido o del interesado se justificará mediante las declaraciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o certificaciones negativas en su caso.

A la vista de lo que resulte de la documentación aportada por el interesado o interesados, y de las diligencias que se considere oportuno practicar, el órgano instructor determinará el número de personas que a efectos de la aplicación de los coeficientes correctores deben considerarse dependientes del fallecido y de los respectivos interesados.

4. Si los interesados no cumplimentasen lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo, se aplicará el coeficiente corrector del 0,70, establecido en el artículo 14, párrafo a), de este Reglamento, para ingresos o rentas. Asimismo, cuando no se acredite el número de personas dependientes se aplicará el coeficiente del 0,80, previsto en el párrafo b) del citado artículo 14.

Sección 3.ª Terminación del procedimiento

Art. 44. Resolución.—Una vez recibido el informe del Servicio Jurídico del Estado a que se refiere el artículo 30 de este Reglamento, el órgano instructor dictará resolución que se ajustará a lo establecido en el artículo 33 del mismo, conteniendo además los siguientes pronunciamientos:

1. Cuando en la resolución se deniegue la ayuda al único o a todos los solicitantes, se motivará su decisión con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.

2. Cuando se reconozca el derecho a la ayuda al único o a todos los solicitantes, se expresará su cuantía, así como los coeficientes correctores aplicados de acuerdo con el artículo 14 de este Reglamento, especificando, si fueran varios los beneficiarios, la porción que se atribuye a cada uno de ellos, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo *b)* del artículo 15.1 de este Reglamento.

Si existiendo varios solicitantes, alguno o algunos de ellos no reuniesen los requisitos establecidos en el artículo 2.3 de la Ley para tener la condición de beneficiario, se harán constar las causas de su exclusión, especificándose respecto de los que resulten beneficiarios lo dispuesto en el párrafo anterior.

3. En los supuestos de reducción de la ayuda regulados en el artículo 7.2 de este Reglamento, la resolución, además de lo establecido en el apartado 2 de este artículo, deberá puntualizar las circunstancias declaradas por sentencia que determinen la exclusión del beneficiario, así como que la porción de la ayuda que le hubiera correspondido no acrecerá a los demás.

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA AYUDA DEFINITIVA POR GASTOS FUNERARIOS

Art. 45. Iniciación.—1. El procedimiento para el reconocimiento de la ayuda por gastos funerarios se iniciará mediante solicitud de los padres o tutores del menor o mayor incapacitado o de los representantes de aquéllos, que se formulará conforme a lo establecido en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con los datos y documentos que se establecen en el artículo 9.2, párrafos *a)*, *b)*, *c)*, *d)* y *e)*, de la Ley 35/1995.

De acuerdo con lo establecido en el párrafo *a)* del artículo 9.2 de la Ley, deberá aportarse el certificado de defunción del menor o incapaz y, a efectos de acreditar la condición de beneficiario, la certificación de la inscripción del nacimiento del menor o incapaz cuando la solicitud se formule por los padres, o documento público acreditativo de la tutela, si la petición se formulase por el tutor. Además, cuando el fallecido fuera mayor incapacitado, deberá aportarse el documento judicial declaratorio de la incapacidad o, en su caso, certificación acreditativa del grado de minusvalía, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.2 del Reglamento.

Asimismo, junto con la solicitud deberán acompañarse, preceptivamente, los siguientes documentos:

a) Los que procedan de los mencionados en los párrafos *a)*, *b)*, *c)* y *d)* del artículo 36.2 de este Reglamento, referidos a los padres o tutores.

b) Los justificantes de los gastos funerarios relativos a los servicios de velatorio, transporte e incineración o enterramiento.

2. Si faltasen cualesquiera de los datos o documentos citados en los apartados anteriores, se requerirá al interesado, conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que subsane su omisión.

Art. 46. Resolución.—Una vez recibido el informe del Servicio Jurídico del Estado a que se refiere el artículo 30 de este Reglamento, el órgano instructor dictará resolución que se ajustará a lo establecido en el artículo 33 del mismo, conteniendo además los siguientes pronunciamientos:

1. Cuando en la resolución se deniegue la ayuda se motivará su decisión con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.
2. Cuando se reconozca el derecho a la ayuda se señalará su importe, especificando los conceptos resarcibles, conforme al artículo 16 de este Reglamento.

CAPÍTULO V

PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA AYUDA DEFINITIVA POR GASTOS DE TRATAMIENTO TERAPÉUTICO EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

Art. 47. Iniciación.—1. El procedimiento para el reconocimiento de la ayuda por gastos de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual se iniciará mediante solicitud de la víctima o de su representante, que se formulará conforme a lo establecido en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, conteniendo los datos y documentos que se establecen en el artículo 9.2, párrafos *b)*, *c)*, *d)* y *e)*, de la Ley 35/1995.

Asimismo, junto con la solicitud deberán acompañarse preceptivamente los siguientes documentos:

- a)* Los que procedan de entre los mencionados en los párrafos *a)*, *b)*, *c)* y *d)* del artículo 36.2 de este Reglamento.
- b)* Declaración de la víctima sobre si se ha iniciado o no el tratamiento terapéutico y, en su caso, presentación de los justificantes correspondientes a los gastos efectuados. Si no se hubiese concluido el tratamiento, se hará constar dicha circunstancia.

2. Si faltasen cualesquiera de los datos o documentos citados en el apartado anterior, se requerirá a la víctima conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que subsane su omisión.

Art. 48. Actividades de instrucción para determinar la existencia de daños en la salud mental.—1. Para determinar la existencia de daños en la salud mental de la víctima susceptibles de tratamiento terapéutico, el órgano instructor recabará informe pericial preceptivo del médico forense que haya intervenido en las actuaciones judiciales, salvo en los supuestos en que el interesado lo aporte junto con su solicitud.

Si el tratamiento terapéutico estuviera en curso o hubiese concluido, el mencionado informe deberá determinar la existencia de dichos daños en el momento de iniciación del tratamiento.

2. Conforme al artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos del procedimiento desde que se solicite el citado informe del médico forense.

Art. 49. Resolución.—Una vez recibido el informe del Servicio Jurídico del Estado a que se refiere el artículo 30 de este Reglamento, el órgano instructor dictará resolución que se ajustará a lo establecido en el artículo 33 del mismo, conteniendo además los siguientes pronunciamientos:

Cuando en la resolución se deniegue la ayuda se motivará su decisión con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho.

Si en la resolución se reconociese la ayuda se señalará su importe y la forma de pago que proceda, conforme a lo establecido en el artículo 18 de este Reglamento.

CAPÍTULO VI

PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE AYUDAS PROVISIONALES POR INCAPACIDAD TEMPORAL Y LESIONES INVALIDANTES

Sección 1.ª Iniciación del procedimiento

Art. 50. *Iniciación.*—1. El procedimiento para el reconocimiento de las ayudas provisionales por incapacidad temporal y lesiones invalidantes se iniciará mediante solicitud del interesado o su representante, que se formulará conforme a lo establecido en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y con los siguientes datos y documentos:

a) Descripción de las circunstancias en que se hubiera cometido el hecho que presente caracteres de delito doloso violento o contra la libertad sexual, con indicación de la fecha y el lugar de su comisión.

b) Acreditación de que los hechos fueron denunciados ante la autoridad competente o de que se sigue de oficio proceso penal por los mismos.

c) Declaración sobre las indemnizaciones y ayudas percibidas por el interesado, de las solicitudes que se encontraran en tramitación o de los medios de que dispone para obtener cualquier tipo de indemnización o ayuda por dichos hechos.

d) Solicitud del informe a que se refiere el artículo 10.3, párrafo c), de la Ley, mediante impreso en el que se pida al Ministerio Fiscal la emisión del mismo, que será cursado por el órgano instructor.

e) Los documentos que procedan de entre los mencionados en el artículo 36.2, de este Reglamento.

f) Declaración de las rentas o ingresos de cualquier naturaleza percibidos por el interesado durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud, así como copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al último ejercicio o, si no se hubiese efectuado dicha declaración, certificación negativa expedida por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

2. Si faltasen cualesquiera de los datos o documentos citados en el apartado anterior, se requerirá al interesado conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que subsane su omisión.

Sección 2.ª Fase de instrucción

Art. 51. *Actividades de instrucción para determinar la existencia de indicios razonables de delito.*—El órgano instructor recabará del Ministerio Fiscal el informe preceptivo a que se refiere el artículo 50.1, párrafo d), de este Reglamento, a efectos de que quede acreditada la existencia de indicios razonables para suponer que las lesiones o los daños en la salud se han producido por un hecho con caracteres de delito violento y doloso.

Art. 52. *Actividades de instrucción para determinar la existencia de incapacidad temporal o de lesiones invalidantes.*—1. En el procedimiento de reconocimiento de la ayuda provisional por incapacidad temporal respecto de las víctimas a que se

refiere el artículo 10 de este Reglamento deberán recabarse, con el carácter de preceptivos, los informes periciales emitidos por el médico forense que esté interviniendo en el proceso penal, a efectos de determinar el nexo causal, inicio, duración y extinción de la situación de incapacidad.

2. A efectos de la calificación de las lesiones invalidantes sufridas por la víctima será necesario incorporar al expediente la documentación a que se refiere el artículo 37, apartado 2, de este Reglamento.

No obstante, cuando la calificación de las lesiones deba efectuarse por el Equipo de Valoración y Orientación u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas, únicamente se remitirán al mismo los informes médicos que obraran en el expediente.

Art. 53. *Interrupción de plazos.*—Conforme establece el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos del procedimiento desde que se soliciten los informes del médico forense cuando se trate del reconocimiento de ayuda provisional por incapacidad temporal o, en el supuesto de ayuda provisional por lesiones invalidantes, desde que se recaben del Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Equipo de Valoración y Orientación u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas, según proceda, la resolución o el preceptivo dictamen de calificación de las lesiones.

Lo mismo se observará respecto del informe del Ministerio Fiscal mencionado en el artículo 51.

Art. 54. *Actividades de instrucción para la aplicación de los coeficientes correctores en el supuesto de lesiones invalidantes.*—1. Para la aplicación de los coeficientes correctores establecidos en el artículo 13 de este Reglamento, se requerirá al interesado para que en el plazo de quince días acredite, conforme se dispone en los apartados 2 y 3 del artículo 38 de este Reglamento, su situación económica y el número de personas dependientes económicamente.

No obstante, no se requerirá al interesado justificación de su situación económica cuando, a juicio del órgano instructor, la misma resulte acreditada de la documentación aportada con la solicitud de ayuda a que se refiere el artículo 50.1, párrafo f), de este Reglamento.

2. Si el interesado no aportase la documentación pertinente se procederá de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del artículo 38 de este Reglamento.

Sección 3.ª Terminación del procedimiento

Art. 55. *Resolución.*—Una vez evacuado el trámite de audiencia o recibido el informe del Servicio Jurídico del Estado cuando éste se haya solicitado de acuerdo con lo previsto en el artículo 30, segundo párrafo, de este Reglamento, el órgano instructor dictará resolución que se ajustará a lo establecido en los artículos 33 y 39 de este Reglamento.

CAPITULO VII

PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE AYUDAS PROVISIONALES EN SUPUESTOS CON RESULTADO DE MUERTE

Sección 1.ª Iniciación del procedimiento

Art. 56. *Iniciación.*—1. El procedimiento para el reconocimiento de la ayuda provisional por fallecimiento se iniciará mediante solicitud del interesado o su repre-

sentante, que se formulará conforme a lo establecido en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y con los siguientes datos y documentos:

a) Descripción de las circunstancias en que se hubiera cometido el hecho que presente caracteres de delito doloso violento o contra la libertad sexual, con indicación de la fecha y el lugar de su comisión.

b) Acreditación de que los hechos fueron denunciados ante la autoridad competente o de que se sigue de oficio proceso penal por los mismos.

c) Declaración sobre las indemnizaciones y ayudas percibidas por el interesado, de las solicitudes que se encontraran en tramitación o de los medios de que dispone para obtener cualquier tipo de indemnización o ayuda por dichos hechos.

d) Solicitud del informe a que se refiere el artículo 10.3, párrafo c), de la Ley, mediante impreso en el que se pida al Ministerio Fiscal la emisión del mismo, que será cursado por el órgano instructor.

e) Los documentos que procedan de entre los mencionados en los párrafos a), b), c) y d) del artículo 36.2 de este Reglamento, referidos al beneficiario a título de víctima indirecta.

f) A efectos de lo establecido en el artículo 10.3, párrafo b), de la Ley, deberá aportarse el certificado de defunción de la víctima del delito, así como, en función de la vinculación del beneficiario con el fallecido, la documentación que proceda, de acuerdo con el artículo 40.2 de este Reglamento, con la particularidad de que si la solicitud se formulase por el cónyuge del fallecido no separado legalmente o la persona que hubiera venido conviviendo con el mismo, deberá aportarse, además de la documentación a que se refieren los párrafos a) y b), del mencionado artículo 40.2, declaración de las rentas o ingresos de cualquier naturaleza percibidos por el solicitante durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud, así como copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al último ejercicio o, si no se hubiese efectuado dicha declaración, certificación negativa expedida por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

2. Si faltasen cualesquiera de los datos o documentos citados en el apartado anterior, se requerirá al interesado conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que subsane su omisión.

3. Se observará lo establecido en el artículo 42 del presente Reglamento cuando el órgano instructor tuviese conocimiento de la eventual existencia de personas que pudieran tener igual o mejor derecho a la ayuda, así como cuando, una vez iniciado el procedimiento, se formulen solicitudes por personas distintas de las que hubiesen instado el mismo.

Sección 2.ª Fase de instrucción

Art. 57. *Actividades de instrucción para determinar la existencia de indicios razonables de delito.*—El órgano instructor recabará del Ministerio Fiscal el informe preceptivo a que se refiere el artículo 56.1, párrafo d), de este Reglamento; a efectos de que quede acreditada la existencia de indicios razonables para suponer que el fallecimiento se ha producido por un hecho con caracteres de delito violento y doloso.

Conforme establece el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos del procedimiento desde que se solicite el informe del Ministerio Fiscal.

Art. 58. *Actividades de instrucción para la acreditación de la situación de precariedad y la aplicación de los coeficientes correctores.*—1. La precariedad de la

situación económica del beneficiario se determinará mediante la declaración de rentas o ingresos y la copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas aportadas junto con la solicitud inicial.

No obstante, dado que la situación de precariedad del beneficiario debe valorarse con referencia a la fecha de la solicitud, si los documentos mencionados en el párrafo anterior fuesen insuficientes para determinar dicha situación, el órgano instructor requerirá al interesado la documentación pertinente.

2. La aplicación de los coeficientes correctores establecidos en el artículo 14 de este Reglamento se efectuará conforme se establece en el artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento, a cuyo efecto se requerirá al interesado para que en el plazo de quince días aporte los documentos a que se refiere el mencionado artículo 43, si no obrasen en el expediente.

Si el interesado no aportase la documentación pertinente, se procederá de acuerdo con lo establecido en el apartado 4 del artículo 38 de este Reglamento.

Sección 3.ª Terminación del procedimiento

Art. 59. Resolución.—Una vez evacuado el trámite de audiencia o recibido el informe del Servicio Jurídico del Estado cuando éste se haya solicitado de acuerdo con lo previsto en el artículo 30, segundo párrafo, de este Reglamento, el órgano instructor dictará resolución que se ajustará a lo establecido en los artículos 33 y 44, apartados 1 y 2, del mismo.

CAPÍTULO VIII

PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE AYUDAS PROVISIONALES POR GASTOS FUNERARIOS Y GASTOS DE TRATAMIENTO TERAPÉUTICO

Sección 1.ª Ayuda provisional por gastos funerarios

Art. 60. Iniciación.—1. El procedimiento para el reconocimiento de la ayuda provisional por gastos funerarios se iniciará mediante solicitud de los padres o tutores del menor o mayor incapacitado o de los representantes de aquéllos, que se formulará conforme a lo establecido en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y con los siguientes datos y documentos:

a) Descripción de las circunstancias en que se hubiera cometido el hecho que presente caracteres de delito doloso violento o contra la libertad sexual, con indicación de la fecha y el lugar de su comisión.

b) Acreditación de que los hechos fueron denunciados ante la autoridad competente o de que se sigue de oficio proceso penal por los mismos.

c) Declaración sobre las indemnizaciones y ayudas percibidas por el interesado, de las solicitudes que se encontraran en tramitación o de los medios de que dispone para obtener cualquier tipo de indemnización o ayuda por dichos hechos.

d) Solicitud de informe a que se refiere el artículo 10.3, párrafo *c)*, de la Ley, mediante impreso en el que se pida al Ministerio Fiscal la emisión del mismo, que será cursado por el órgano instructor.

e) Los documentos que procedan de entre los mencionados en los párrafos *a)*, *b)*, *c)* y *d)* del artículo 36.2 de este Reglamento, referidos a los padres o tutores.

f) De acuerdo con lo establecido en el artículo 10.3, párrafo *b)*, de la Ley, el certificado de defunción del menor o incapaz y, a efectos de acreditar la condición de beneficiario, la certificación de la inscripción del nacimiento del menor o incapaz,

cuando la solicitud se formule por los padres, o documento público acreditativo de la tutela, si la petición se formulase por el tutor. Además, cuando el fallecido fuera mayor incapacitado, deberá aportarse el documento judicial declaratorio de la incapacidad o, en su caso, certificación acreditativa del grado de minusvalía, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.2 del Reglamento.

g) Declaración de las rentas o ingresos de cualquier naturaleza percibidos por los padres o tutores durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud, así como copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al último ejercicio, o, si no se hubiese efectuado dicha declaración, certificación negativa expedida por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

h) Los justificantes de los gastos funerarios relativos a los servicios de velatorio, transporte e incineración o enterramiento.

2. Si faltasen cualesquiera de los datos o documentos citados en el apartado anterior, se requerirá al interesado, conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que subsane su omisión.

Art. 61. Instrucción y resolución.—1. El órgano instructor recabará del Ministerio Fiscal el informe preceptivo a que se refiere el artículo 60.1, párrafo d), de este Reglamento, a efectos de que quede acreditada la existencia de indicios razonables para suponer que el fallecimiento se ha producido por un hecho con caracteres de delito violento y doloso.

Conforme establece el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos del procedimiento desde que se solicite el informe del Ministerio Fiscal.

2. Una vez evacuado el trámite de audiencia o recibido el informe del Servicio Jurídico del Estado cuando éste se haya solicitado de acuerdo con lo previsto en el artículo 30, segundo párrafo, de este Reglamento, el órgano instructor dictará resolución que se ajustará a lo establecido en los artículos 33 y 46 del mismo.

Sección 2.ª Ayuda provisional por gastos de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual

Art. 62. Iniciación.—1. El procedimiento para el reconocimiento de la ayuda provisional por gastos de tratamiento terapéutico en los delitos contra la libertad sexual se iniciará mediante solicitud del interesado o su representante, que se formulará conforme a lo establecido en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y con los siguientes datos y documentos:

a) Descripción de las circunstancias en que se hubiera cometido el hecho que presente caracteres de delito contra la libertad sexual, con indicación de la fecha y el lugar de su comisión.

b) Acreditación de que los hechos fueron denunciados ante la autoridad competente o de que se sigue de oficio proceso penal por los mismos.

c) Declaración sobre las indemnizaciones y ayudas percibidas por el interesado, de las solicitudes que se encontraran en tramitación o de los medios de que dispone para obtener cualquier tipo de indemnización o ayuda por dichos hechos.

d) Solicitud de informe a que se refiere el artículo 10.3, párrafo c), de la Ley, mediante impreso en el que se pida al Ministerio Fiscal la emisión del mismo, que será cursado por el órgano instructor.

e) Los documentos que proceden de entre los mencionados en el artículo 36.2, párrafos a), b), c) y d), de este Reglamento.

f) Declaración de la víctima sobre si se ha iniciado o no el tratamiento terapéutico y, en su caso, presentación de los justificantes correspondientes a los gastos efectuados. Si no se hubiese concluido el tratamiento, se hará constar dicha circunstancia.

g) Declaración de las rentas o ingresos de cualquier naturaleza percibidos por el interesado durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud, así como copia de la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas correspondiente al último ejercicio o, si no se hubiese efectuado dicha declaración, certificación negativa expedida por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

2. Si faltasen cualesquiera de los datos o documentos citados en el apartado anterior, se requerirá a la víctima conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que subsane su omisión.

Art. 63. Instrucción y resolución.—1. El órgano instructor recabará del Ministerio Fiscal el informe preceptivo a que se refiere el artículo 62.1, párrafo *d*), de este Reglamento, a efectos de que quede acreditada la existencia de indicios razonables para suponer que los daños en la salud mental de la víctima se han producido por un hecho con caracteres de delito contra la libertad sexual.

2. Para determinar la existencia de daños en la salud mental de la víctima susceptibles de tratamiento terapéutico, el órgano instructor recabará asimismo informe pericial preceptivo del médico forense que esté interviniendo en el proceso penal, salvo en los supuestos en que el interesado lo aporte con su solicitud.

Si el tratamiento terapéutico estuviera en curso o hubiese concluido, el mencionado informe deberá ir referido a la existencia de dichos daños en el momento de iniciación del tratamiento.

3. Conforme establece el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos del procedimiento desde que se soliciten los informes del Ministerio Fiscal y del médico forense.

4. Una vez evacuado el trámite de audiencia o recibido el informe del Servicio Jurídico del Estado cuando éste haya solicitado de acuerdo con lo previsto en el artículo 30, párrafo segundo, de este Reglamento, el órgano instructor dictará resolución que se ajustará a lo establecido en los artículos 33 y 49 del mismo.

CAPÍTULO IX

PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE AYUDAS POR AGRAVACIÓN DEL RESULTADO LESIVO

Art. 64. Iniciación.—1. En los supuestos en que habiéndose reconocido una ayuda por un determinado grado de incapacidad o minusvalía se produzca bien una situación de mayor gravedad a la que corresponde una cantidad superior, o bien el fallecimiento de la víctima por consecuencia directa de las lesiones o daños, el procedimiento para el reconocimiento de la ayuda por agravación del resultado lesivo se iniciará mediante solicitud del interesado o de su representante, que se formulará conforme a lo establecido en el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, efectuándose la declaración a que se refiere el artículo 9.2, *d*), de la Ley y aportando los siguientes documentos:

a) Cuando se trate de solicitud de ayuda por agravación de las lesiones y la misma se formule por las personas a que se refiere el artículo 11.1 de este Reglamento, deberá aportarse la resolución del nuevo grado de incapacidad dictada por el Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, declaración del interesado de que se ha iniciado el oportuno procedimiento de revisión.

b) Si la ayuda por agravación se solicitase por haberse producido el fallecimiento de la víctima del delito, deberán aportarse los documentos que procedan de entre los mencionados en los párrafos a), b), c) y d) del artículo 36.2 de este Reglamento, referidos al beneficiario a título de víctima indirecta, así como la documentación a que se refiere el artículo 40.2 de dicho Reglamento.

2. Si faltase cualesquiera de los documentos citados en el apartado anterior, se requerirá al interesado, conforme al artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, para que subsane su omisión.

Art. 65. *Actividades de instrucción para determinar la agravación del resultado lesivo.*—1. Cuando la ayuda se solicite por agravación de las lesiones, el nexo causal entre dicha agravación y el hecho delictivo se determinará de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.3, segundo párrafo, de este Reglamento, siendo necesario incorporar al expediente la siguiente documentación:

a) Si se tratase del personal a que se refiere el artículo 11.1 de este Reglamento, la calificación de la agravación de las lesiones vendrá determinada por la resolución dictada por el Director provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Si ésta no se hubiese aportado por el interesado por no haber recaído al tiempo de formular la solicitud de ayuda, se recabará del referido organismo.

No impedirá la continuación del procedimiento y el reconocimiento de la ayuda que la resolución remitida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social no haya ganado firmeza.

b) Cuando por tratarse del personal comprendido en el artículo 11.2 de este Reglamento la revisión de las lesiones debiera efectuarse por el Equipo de Valoración y Orientación u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas se requerirá al mismo para que proceda al reconocimiento de la víctima.

El Equipo de Valoración y Orientación u órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas, emitirá un dictamen pericial razonado, de carácter preceptivo, en el que consten la agravación de las lesiones o daños en la salud física o mental que se aprecien a la víctima y el nuevo grado de minusvalía que, de acuerdo con el artículo 12 de este Reglamento, los mismos lleven aparejado.

2. Cuando la ayuda se solicite por haberse producido el fallecimiento de la víctima del delito, el nexo causal entre las lesiones o daños en la salud producidos por el hecho delictivo y el fallecimiento se determinará de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.3 de este Reglamento y, si fuera preciso, se recabará informe pericial del médico forense que corresponda.

3. Conforme se establece en el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos del procedimiento desde que se recabe por el órgano instructor la documentación a que se refieren los apartados anteriores del presente artículo.

Art. 66. *Actividades de instrucción para la aplicación de los coeficientes correctores.*—1. En el supuesto de agravación de lesiones, para la aplicación de los coeficientes correctores establecidos en el artículo 13 de este Reglamento, se procederá conforme se establece en el artículo 38 del mismo. No obstante, a efectos de la determinación del número de personas dependientes económicamente del interesado, bastará con la mera declaración del mismo, excepto cuando existan nuevas personas dependientes que no figuren en el expediente previo de reconocimiento de ayuda, en cuyo caso se aportará la documentación relativa a las mismas a que se refiere el mencionado artículo 38.3.

2. En el supuesto de fallecimiento, para la aplicación de los coeficientes correctores establecidos en el artículo 14 de este Reglamento se efectuarán las actividades de instrucción previstas en el artículo 43 del mismo.

Art. 67. Resolución.—La resolución que ponga fin al procedimiento se ajustará a lo establecido en el artículo 33 de este Reglamento, conteniendo los siguientes pronunciamientos:

a) Cuando se trate de agravación de lesiones y la resolución fuera desestimatoria, se motivará la decisión con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.

Si se reconociera el derecho a una ayuda de mayor cuantía por agravación de las lesiones invalidantes, se recogerán de forma sucinta las lesiones o daños en la salud apreciados al interesado, el nuevo grado de incapacidad o minusvalía, según proceda, que lleven aparejado los mismos, así como el importe de la ayuda a percibir una vez aplicados los coeficientes correctores que correspondan y efectuada la deducción de la ayuda ya percibida por el interesado.

b) En los supuestos de agravación con resultado de muerte, la resolución se dictará conforme a lo establecido en el artículo 44 de este Reglamento, efectuándose sobre el importe de la ayuda determinada por aplicación de los coeficientes correctores la deducción de la cantidad percibida por el fallecido en concepto de ayuda por lesiones invalidantes.

TÍTULO III

Procedimiento para el ejercicio de las acciones de subrogación y de repetición

Art. 68. Subrogación del Estado y acción de repetición contra el responsable civil.—1. Cuando el Estado se subroge en los derechos que asistan a la víctima o a los beneficiarios contra el obligado civilmente por el hecho delictivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Ley, procederá la repetición contra éste hasta el importe total de la ayuda provisional o definitiva satisfecha.

2. El ejercicio de la acción prevista en el apartado anterior se efectuará mediante la personación del Estado en el proceso penal o civil que se siga, sin perjuicio de la acción civil que ejercite el Ministerio Fiscal.

Cuando no se produzca la repetición al Estado en el proceso penal o civil o en sus fases de ejecución, el importe de la ayuda satisfecha se exigirá a la persona civilmente responsable por el hecho delictivo mediante el procedimiento administrativo de apremio previsto en el Reglamento General de Recaudación, conforme a lo previsto en el artículo 71 del presente Reglamento. En este caso, la acción del Estado se sustentará en la resolución judicial firme que señale la persona o personas civilmente responsables por el hecho delictivo y el documento acreditativo del abono de las cantidades correspondientes a la ayuda pública.

Art. 69. Acción de repetición contra los beneficiarios de las ayudas.—De acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley, el Estado podrá exigir el reembolso total o parcial de las cantidades abonadas en concepto de ayuda provisional o definitiva al beneficiario de las mismas si se produce alguno de los siguientes supuestos:

a) Declaración por resolución judicial firme de la inexistencia del delito a que se refiere la Ley. En este caso, procederá el reintegro total de la ayuda satisfecha.

b) Pago por el responsable civil del hecho delictivo de la indemnización por daños y perjuicios fijada en la sentencia, dentro de los tres años siguientes al abono de la ayuda pública.

Si el beneficiario de la ayuda hubiera percibido del responsable civil parte de la indemnización, la cantidad a reembolsar será la que, una vez sumadas las cuantías efectivamente percibidas por tal concepto y por ayuda pública, exceda de la cantidad fijada en la sentencia.

Si se hubiera percibido la totalidad de la indemnización fijada en la sentencia, la cantidad a reembolsar será la que haya sido abonada en concepto de ayuda.

c) Percepción de las indemnizaciones o ayudas económicas a que el beneficiario tuviera derecho a través de un seguro privado, dentro de los tres años siguientes al abono de la ayuda pública.

Si la cantidad pagada por la entidad aseguradora fuera inferior a la indemnización fijada en la sentencia, el reintegro se exigirá por el importe que exceda de dicha indemnización, una vez sumadas la cantidad percibida por el seguro y la abonada en concepto de ayuda pública.

Si a través del seguro privado se percibiese una cantidad igual o superior a la indemnización fijada en la sentencia, se reembolsará el importe total abonado en concepto de ayuda pública.

Cuando no exista pronunciamiento judicial sobre indemnización de daños y perjuicios causados por el delito y en los tres años siguientes al abono de la ayuda, el beneficiario percibiese una indemnización por el mismo concepto a través de un seguro privado, de inferior cuantía a la ayuda pública, procederá el reembolso por la cantidad satisfecha por aquél. Si la cantidad pagada por la entidad aseguradora fuese igual o superior a la abonada en concepto de ayuda pública, procederá el reembolso de ésta en su totalidad.

d) En los casos de incapacidad temporal, producida por consecuencia del delito, la percepción del subsidio que pudiera corresponder al beneficiario por tal situación en un régimen público de Seguridad Social dentro de los tres años siguientes al abono de la ayuda pública. En tal caso, procederá el reembolso por el importe total de la ayuda abonada.

e) Cuando la ayuda se obtuviera mediante la aportación de datos falsos o deliberadamente incompletos o a través de cualquier otra forma fraudulenta o por la omisión deliberada de circunstancias que hubieran determinado su denegación o reducción. En dichos supuestos procederá el reembolso del importe total de la ayuda satisfecha.

f) Reconocimiento por sentencia de una indemnización inferior a la concedida en concepto de ayuda provisional. En tal caso procederá el reembolso por la cantidad en que la ayuda abonada exceda a la indemnización fijada en la sentencia.

Art. 70. *Títulos necesarios para el ejercicio de la acción de repetición contra el perceptor de la ayuda.*—Para el ejercicio de la acción a que se refiere el artículo anterior serán necesarios, además del documento acreditativo del abono de las cantidades satisfechas en concepto de ayuda pública, los siguientes títulos:

a) En los supuestos contemplados en el párrafo a), la resolución judicial firme que declare la inexistencia del delito.

b) En los casos previstos en los párrafos b), c) y d), el documento público o privado que acredite que el beneficiario de la ayuda ha percibido, dentro del plazo establecido, la indemnización por daños y perjuicios fijada en la sentencia, las indemnizaciones o ayudas económicas del seguro privado, o el subsidio por incapacidad temporal.

c) En los supuestos contemplados en el párrafo e), la resolución administrativa dictada como consecuencia del correspondiente procedimiento de revisión de oficio, por la que se declare nulo o se anule el acto de concesión de la ayuda por concurrir

las circunstancias a que se refiere el citado apartado o, en su caso, mediante la correspondiente resolución del Tribunal Contencioso-Administrativo.

Si se siguieron actuaciones penales ante la posible existencia de delito, el procedimiento de revisión de oficio quedará en suspenso a resultas de lo que se declare en el proceso penal. Si en dicho proceso se exigiera el reembolso de la ayuda no procederá su ejercicio en vía administrativa.

d) En los supuestos del párrafo f), la sentencia que determine la cuantía de la indemnización.

Art. 71. *Procedimiento para el ejercicio de las acciones de repetición.*—1. Las cantidades que, conforme a lo previsto en los artículos 68 y 69 de este Reglamento, tengan que reembolsarse al Estado tendrán la consideración de recursos de derecho público.

El procedimiento para exigir el reintegro de dichas cantidades se regirá por lo dispuesto en el Reglamento General de Recaudación, aprobado por el Real Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, modificado por el Real Decreto 448/1995, de 24 de marzo, así como por la normativa específica para reclamar la devolución de las prestaciones de Clases Pasivas indebidamente percibidas.

2. No obstante lo anterior, y con carácter previo a la iniciación del expediente de reintegro que corresponda, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas informará al sujeto obligado de los hechos, motivos y título en que se fundamenta la acción de repetición, así como la cuantía a la que ascienda la deuda, concediéndole el plazo de un mes para que realice el reintegro de forma voluntaria.

En el supuesto de que la persona obligada acredite el pago en el plazo concedido, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas dará por concluido el procedimiento, decretará el archivo de las actuaciones y se lo comunicará al interesado. En caso contrario, se comunicará tal circunstancia a la Delegación Provincial de Economía y Hacienda para que inicie el procedimiento de recaudación en período voluntario, acompañándose, junto con toda la documentación y los datos necesarios según la normativa vigente en la materia, copia del título en que se fundamenta la acción del Estado.

Si se acreditase el pago una vez efectuada la remisión de las actuaciones a la Delegación Provincial de Economía y Hacienda para la iniciación del expediente de reintegro, se comunicará dicha circunstancia a este órgano a fin de que, en su caso, proceda al archivo de lo actuado, dando por concluido dicho procedimiento.

TÍTULO IV

Organización, funcionamiento y procedimiento de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual

CAPÍTULO I

ORGANIZACIÓN

Art. 72. *Naturaleza y competencia.*—1. La Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual es un órgano administrativo colegiado, creado por la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, con competencia exclusiva en todo el territorio nacional para el conocimiento y la resolución de las impugnaciones que se formulen contra las resoluciones dictadas por la

Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda en materia de ayudas a las víctimas de los delitos que se contemplan en dicha Ley.

2. Las resoluciones que dicte la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual agotarán la vía administrativa, por lo que únicamente podrán ser objeto del recurso contencioso-administrativo, de conformidad con lo establecido en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin perjuicio, en su caso, del recurso extraordinario de revisión.

Art. 73. *Integración en la Administración General del Estado y autonomía funcional.*—La Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual se integra en la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Justicia y ejercerá sus funciones con plena autonomía y sin sometimiento a instrucciones jerárquicas.

Art. 74. *Composición.*—1. La Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual estará constituida por un Presidente, once Vocales y un Secretario general.

2. El Presidente será un Magistrado del Tribunal Supremo, nombrado por el Ministro de Justicia a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

3. Uno de los Vocales será un representante del Ministerio Fiscal y sustituirá al Presidente en los casos de vacante, ausencia o enfermedad. Su nombramiento se hará por el Ministro de Justicia de entre los Fiscales del Tribunal Supremo y a propuesta del Fiscal general del Estado.

4. Los restantes Vocales de la Comisión Nacional serán: dos representantes del Ministerio de Justicia, dos del Ministerio de Economía y Hacienda, dos del Ministerio del Interior, uno del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, todos ellos con nivel de Subdirector general y designados por el titular del respectivo Departamento, y tres representantes de organizaciones vinculadas a la asistencia y defensa de las víctimas de delitos violentos, designados por el Ministro de Justicia a propuesta de las propias organizaciones.

Simultáneamente a la designación de los titulares de estas Vocalías se hará la de los que actuarán como suplentes de aquéllos.

5. El Presidente y los Vocales tendrán derecho a percibir, por la asistencia a las sesiones de la Comisión Nacional, las dietas e indemnizaciones reglamentariamente establecidas. A estos efectos el representante del Ministerio Fiscal estará equipado al Presidente de la Comisión.

6. El Secretario general de la Comisión Nacional será designado por el Ministro de Justicia de entre los funcionarios adscritos al Departamento pertenecientes a Cuerpos y Escalas de la Administración General del Estado clasificados en el grupo A y habrá de ser licenciado en Derecho.

La Secretaría General de la Comisión Nacional estará adscrita a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia y figurará en la relación de puestos de trabajo del Departamento.

CAPÍTULO II

FUNCIONAMIENTO

Art. 75. *Modalidades.*—1. La Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual funcionará en Pleno y en Comisiones o Ponencias técnicas.

2. Para el estudio de aspectos concretos, dentro de las competencias de la Comisión Nacional podrán constituirse, por acuerdo del Pleno, Comisiones o Ponencias técnicas. Su composición y régimen de funcionamiento serán, asimismo, determinados por el Pleno de la Comisión Nacional.

Art. 76. Composición y funcionamiento del Pleno.—1. El Pleno de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, estará integrado por el Presidente y los once Vocales y será asistido por el Secretario general, con voz pero sin voto.

2. El Pleno de la Comisión Nacional establecerá su propio régimen de convocatorias y el carácter y periodicidad de sus sesiones. No obstante, para la válida constitución del órgano, a efectos de la celebración de sesiones y adopción de acuerdos, se requerirá la presencia del Presidente y Secretario o, en su caso, de quienes les sustituyan y la de la mitad, al menos, de los Vocales.

3. Las resoluciones y acuerdos se adoptarán por mayoría de votos, decidiendo, en caso de empate, el voto del Presidente.

4. Ninguno de los miembros podrá abstenerse de votar y el que disienta de la mayoría podrá hacer constar su voto particular, dentro de los dos días siguientes al de la votación, que se unirá al expediente en sobre cerrado a efectos de que pueda ser conocido por el órgano competente para resolver los recursos ulteriores que se interpongan, pero que, en ningún caso, será mencionado en la resolución que se adopte ni en su notificación.

Art. 77. La Secretaría General.—1. Para garantizar la regularidad y eficacia de las funciones propias de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, a la Secretaría General de la Comisión Nacional se adscribirán las unidades o servicios que procedan en función de las necesidades de gestión.

2. Corresponderá a la Secretaría General impulsar la instrucción de los expedientes y vigilar y controlar el cumplimiento de los acuerdos y resoluciones de la Comisión Nacional recaídas en los procedimientos impugnatorios.

3. En sus funciones de asistencia al Pleno de la Comisión Nacional corresponderán a la Secretaría General, entre otros, los siguientes cometidos:

- a) La recepción de las impugnaciones y recursos.
- b) Recabar los expedientes iniciales e instruir los procedimientos impugnatorios.
- c) Redactar y cursar las comunicaciones y órdenes del Presidente y del Pleno de la Comisión Nacional.
- d) Notificar las resoluciones y acuerdos.
- e) Practicar las citaciones, órdenes del día, etc., para la celebración de las sesiones del Pleno de la Comisión Nacional.
- f) Elaboración de las actas.
- g) Elaboración de datos, dossiers y estadísticas de los procedimientos impugnatorios.
- h) El archivo y custodia de los expedientes de impugnación.

4. Para la realización de los trabajos relacionados en los apartados anteriores se podrán adscribir a la Secretaría General los funcionarios que se estimen necesarios en función del número de procedimientos impugnatorios. El Secretario general será el Jefe inmediato del personal asignado a este órgano.

CAPÍTULO III

ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

Art. 78. Abstención.—1. Los miembros de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, así como los funcionarios que intervengan en la tramitación de los procedimientos sometidos a su competencia, en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas en el apartado 2 del artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a la autoridad competente conforme a lo previsto en el artículo 80 del presente Reglamento, a fin de que resuelva lo pertinente.

2. La actuación de las personas en las que concurran motivos de abstención no implicará necesariamente la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

3. La no abstención en los casos en que proceda dará lugar a responsabilidad.

Art. 79. Recusación.—1. En los supuestos previstos en el apartado 1 del artículo anterior podrá promoverse recusación en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

2. La recusación se sustanciará por el procedimiento establecido en el artículo 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Art. 80. Competencia para la adopción de los acuerdos y resoluciones.—Adoptarán los acuerdos que sean pertinentes sobre abstención y, en su caso, sustitución y tramitarán y resolverán las recusaciones que se promuevan:

a) Respecto de los funcionarios adscritos a la Secretaría General, el Secretario general.

b) Respecto del Secretario general y de los Vocales, el Presidente de la Comisión Nacional.

c) Respecto del Presidente, el órgano colegiado constituido en Pleno y ocupando la Presidencia el Vocal representante del Ministerio Fiscal.

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO IMPUGNATORIO

Art. 81. Iniciación.—1. Contra las resoluciones dictadas por el Ministerio de Economía y Hacienda en materia de las ayudas reguladas por la Ley, podrán los interesados interponer escrito de impugnación, en el plazo de un mes desde la recepción de su notificación, ante la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

2. El escrito de impugnación, que podrá fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberá expresar:

a) El nombre y apellidos del interesado o interesados y el medio y lugar a efectos de notificaciones.

b) La resolución que se impugna y la razón de su impugnación.

c) El lugar y la fecha de la impugnación y la firma o identificación personal del interesado o interesados.

d) El órgano al que se dirige.

3. El escrito de impugnación podrá dirigirse, indistintamente, a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda o a la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Art. 82. *Remisión de la copia del expediente.*—1. Si el escrito de impugnación se dirigiese a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Economía y Hacienda, la unidad administrativa competente lo remitirá, junto con su informe y una copia completa y ordenada del expediente inicial, a la Secretaría General de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, en el plazo de diez días.

2. Si el escrito de impugnación se dirigiese a la Comisión Nacional, el Secretario general reclamará, en el día siguiente al de la recepción, la copia del expediente y el informe de la citada Dirección general, que habrá de remitirlo en el plazo señalado en el apartado anterior.

Art. 83. *Trámite de alegaciones.*—1. Una vez recibido en la Secretaría General el expediente e informe de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, se pondrá de manifiesto al interesado o interesados por un plazo de diez días, en el cual podrán formular alegaciones con aportación o, en su caso, proposición de las pruebas que estimen oportunas.

2. El escrito de alegaciones expresará concisamente los antecedentes de hecho y los motivos en que se funda la impugnación, así como la petición o peticiones que deduzca el interesado o interesados.

3. Junto al escrito de alegaciones se presentarán cuantos documentos públicos y privados y dictámenes periciales los interesados juzguen convenientes para la defensa de sus derechos e intereses.

Si los documentos no estuvieran en su poder, los interesados podrán indicar el archivo, oficina, protocolo o persona que los posea y solicitar la intervención de la Comisión Nacional para la obtención de los mismos.

4. También podrán los interesados solicitar en este trámite que se reclamen por la Comisión Nacional los antecedentes omitidos si apreciase que el expediente está incompleto por no contener todas las actuaciones practicadas en la instancia inicial. Esta solicitud se formulará en el mismo escrito de alegaciones y se ponderará por el Secretario general de la Comisión Nacional la procedencia o improcedencia de su estimación.

De reconocerse que el expediente está incompleto, el Secretario general interesará de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas el envío inmediato de las actuaciones que falten, obtenidas las cuales volverá a poner de manifiesto el expediente a los interesados por un nuevo plazo de diez días.

Art. 84. *Prueba.*—1. Finalizado el trámite de alegaciones, el Secretario general resolverá lo procedente sobre la práctica de las pruebas propuestas o de las que, en su caso, el mismo acuerde de oficio.

2. El plazo para la práctica de las pruebas no excederá de veinte días.

Por el Secretario general se notificará a los interesados con antelación suficiente el lugar, fecha y hora en que se practicarán las pruebas con la advertencia, en su caso, de que pueden nombrar técnicos para que asistan al acto en que las mismas se realicen.

3. En los casos en que, a petición del interesado, se practiquen pruebas cuya realización implique gastos, la Comisión Nacional podrá exigir a aquél su anticipo a reserva de la liquidación definitiva, una vez practicada la prueba. Dicha liquidación

se realizará mediante la unión de los comprobantes que acrediten la realidad y cuantía de los gastos.

4. Contra los acuerdos denegatorios de la admisión de pruebas propuestas por los interesados podrá recurrirse ante la propia Comisión Nacional dentro del plazo improrrogable de diez días, contados desde el siguiente al de la recepción de la notificación del acuerdo correspondiente. Contra la resolución que recaiga no se dará recurso alguno.

5. Concluida la práctica de las pruebas se pondrá de manifiesto, de nuevo, el expediente a los interesados para que, en un plazo de diez días, aleguen lo que estimen procedente.

Art. 85. Elaboración de la propuesta de resolución.—1. Terminada la instrucción del expediente la Secretaría General elaborará la propuesta de resolución en el plazo de diez días.

2. De la propuesta de resolución se harán las copias necesarias para que por el Secretario general sean distribuidas a cada uno de los miembros de la Comisión Nacional con diez días de antelación, al menos, al señalado para la sesión del Pleno en que se haya de deliberar y resolver sobre la impugnación.

3. Durante dicho plazo permanecerá el expediente concluso en la Secretaría General a disposición de todos los miembros de la Comisión Nacional.

Art. 86. Petición de informes.—1. El Pleno de la Comisión Nacional podrá acordar, antes de adoptar el acuerdo de resolución, que se solicite el informe de cualquier organismo, centro o institución, que habrán de emitirlo en el plazo de diez días contados desde la fecha en que se reciba la petición.

2. El carácter de estos informes será facultativo y no vinculante y su falta de evacuación en plazo no paralizará, en ningún caso, la tramitación del procedimiento.

Art. 87. Resolución.—1. La resolución de la impugnación, que será motivada con antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, expresará el lugar y fecha en que se dicte y los datos identificativos de todos los interesados personados en el procedimiento y estimará, en todo o en parte, o desestimarás las pretensiones formuladas por los mismos o declarará la inadmisión de la impugnación.

2. Cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo, se ordenará la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido, salvo que se estime oportuno proceder a la convalidación del acto de que se trate mediante la subsanación del vicio de que adolezca.

3. En el fallo o parte dispositiva de la resolución se decidirán cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados, si bien en este último caso habrá de oírseles previamente y sin que en ningún caso, pueda agravarse su situación inicial.

Art. 88. Notificación y ejecución.—1. La resolución se notificará a los interesados en el plazo de diez días contados a partir del siguiente al de la fecha en que se dictó y contendrá el texto íntegro de la misma, con la indicación de que es definitiva en vía administrativa y sólo puede ser objeto de recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, del extraordinario de revisión, por los motivos y procedimiento establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. Una copia de la resolución, a la que se unirá el documento acreditativo de su recepción por el interesado, se unirá al expediente para su devolución a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas que habrá de promover, en su caso, la ejecución.

3. El Secretario general vigilará el cumplimiento de la resolución, adoptando por sí, o proponiendo al Presidente, según proceda, las medidas pertinentes para remover los obstáculos que se opongan a su ejecución.

DISPOSICIONES FINALES

Única. *Régimen supletorio.*—En lo no previsto en el capítulo II del Título IV del presente Reglamento se estará a lo que, particularmente, acuerde el Pleno de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual y, en su defecto, a las normas que regulan el funcionamiento de los órganos colegiados y las funciones de sus diferentes miembros, contenidas en el capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Asimismo, en lo no previsto en el capítulo IV del Título IV, se estará a las normas generales del Procedimiento Administrativo Común.

REAL DECRETO 864/1997, DE 6 DE JUNIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DEL FONDO PROCEDENTE DE LOS BIENES DECOMISADOS POR EL TRÁFICO DE DROGAS Y OTROS DELITOS RELACIONADOS

(BOE n.º 138, de 10 de junio de 1997)

La promulgación de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, sobre creación de un Fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados, ha supuesto una innovación fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto concreta tanto respecto a fines, como respecto a posibles beneficiarios, la previsión genérica contemplada, por vez primera, en el artículo 344 bis e), 3.º, del Código Penal vigente en aquel momento, así como también en el artículo 374.3 del nuevo Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, en virtud de la cual los bienes decomisados por sentencia judicial firme serán adjudicados al Estado. Con dicha Ley se crea un Fondo, cuyos recursos estarán destinados a satisfacer, al menos de una forma parcial, algunas de las necesidades materiales que se vienen planteando en España en torno al fenómeno de las drogas tanto en su vertiente del control del tráfico ilícito de éstas, como en las vertientes de la reducción de la demanda y en la rehabilitación de drogodependientes.

Con el citado tratamiento integrador del fenómeno de las drogas, que está presente en la norma referida, nuestro ordenamiento se ha incorporado a los escasos supuestos que, en el ámbito internacional, regulan de forma específica en un texto legal la aplicación de los bienes decomisados a finalidades análogas a las previstas en la Ley española.

El Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto regula algunos aspectos fundamentales para el funcionamiento eficaz del Fondo creado.

Los aspectos citados se refieren, por un lado, a la concreta composición de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones que se crea en el artículo 6 de aquélla,

órgano al cual el legislador otorga diversas funciones, entre las cuales destacan la de determinar la aptitud de los bienes decomisados para el cumplimiento de los fines previstos en la Ley, así como también las de concretar los beneficiarios y destinatarios de aquellos bienes, y distribuir entre los mismos los fondos obtenidos, composición concreta que el legislador remite al correspondiente Reglamento.

Por otro lado, el Reglamento viene a regular el procedimiento de actuación de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones en el ejercicio de las funciones que le atribuye la Ley, mediante una integración lógica de las mismas, en orden a conseguir el objetivo principal cual es el de que la distribución y adjudicación de los bienes decomisados y otros delitos relacionados por resoluciones judiciales dictadas en procedimientos por delitos de tráfico de drogas pueda realizarse de la forma más ágil y equitativa posible para la consecución de los diversos fines previstos en la Ley.

En lo que se refiere a la composición de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, el Reglamento posibilita que en el funcionamiento de ésta puedan participar, en la medida de lo posible compatible con una actuación ágil de la misma, los centros directivos estatales que tienen atribuidas competencias sobre materias coincidentes con las finalidades perseguidas por el Fondo, o bien que tienen competencias en materia de aplicación de la legislación general patrimonial o presupuestaria, sobre las cuales han incidido igualmente la Ley de referencia, sin especificación concreta de aquellos centros, a los efectos de que en cada momento pueda adecuarse su composición a las necesidades de funcionamiento de la misma y de gestión del Fondo en cada momento, así como hacer frente a eventuales modificaciones de la estructura administrativa que se puedan producir.

Por otra parte, en la composición de la Mesa se tiene en cuenta tanto la reestructuración de Departamentos ministeriales llevada a cabo por el Real Decreto 758/1996, de 5 de mayo, en el que se determina la supresión del Ministerio de Justicia e Interior, y la adscripción de los centros directivos de él dependientes a los Ministerios del Interior y de Justicia, como la atribución al primero de las competencias con que aquél contaba respecto a la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. Igualmente, se toman en consideración las competencias que a los citados Departamentos se les otorga por los Reales Decretos 1886/1996, de 2 de agosto (artículos 1.1; y 6) respecto al Ministerio del Interior, en materia de actualización y ejecución del Plan Nacional sobre Drogas, y el 1882/1996, de 2 de agosto, respecto al Ministerio de Justicia (artículo 5.1), en cuanto a la competencia del mismo en materia de relaciones con la Administración de Justicia.

En un contexto de política económica de contención del gasto público, el procedimiento que se regula en este Reglamento pretende satisfacer las finalidades contempladas por la Ley que desarrolla mediante una eficaz utilización de los recursos con que ya cuenta la Administración General del Estado. A tal efecto, y con el fin de evitar en la medida de lo posible la creación de una nueva infraestructura, tanto de medios personales como materiales, en toda la geografía española con el fin de que las funciones atribuidas a la Mesa puedan ser llevadas a cabo adecuadamente, superpuesta a la ya existente en la Administración periférica del Estado, se opta en el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto por una fórmula de colaboración en virtud de la cual la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones podrá disponer de los servicios del Ministerio de Economía y Hacienda, a través de las correspondientes Secciones Patrimoniales, para el ejercicio efectivo de sus funciones.

Por otra parte, la aprobación por las Cortes Generales de la Ley 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, en cuya disposición adicional única se determina que «el producto de las sanciones económicas y del comiso, previstos en

los artículos 18 a 21 de la presente Ley, nutrirá el fondo previsto en la Ley sobre creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados», remitiendo a la vía reglamentaria la determinación de la forma de integración de los correspondientes recursos en el mismo, hacía necesario, por razones de economía, coherencia y oportunidad normativas que, en la elaboración del Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto, se contemplen también las disposiciones relativas a la forma en que el producto de las indicadas sanciones se integrará en el referido Fondo creado por la Ley 36/1995, de 11 de diciembre.

Finalmente, la entrada en vigor de un nuevo Código Penal con posterioridad a la de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, y en aplicación, por tanto, en el momento de elaborarse el presente Reglamento, determina la necesidad de proceder a adaptar en vía reglamentaria las referencias que se contienen en aquella Ley al texto punitivo aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

En virtud de lo expuesto, a propuesta de los Ministros de Economía y Hacienda, del Interior y de Justicia, con la aprobación del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 6 de junio de 1997, dispongo:

Artículo único. Aprobación.—1. Se aprueba, por el presente Real Decreto, el Reglamento, que se inserta a continuación, de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, sobre creación de un Fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados, en ejecución de las habilitaciones contenidas en las disposiciones finales primera y segunda de la misma.

2. Igualmente, en ejecución de la habilitación contenida en la disposición adicional única de la Ley 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, por el presente Real Decreto se establecen las disposiciones reglamentarias a las que se someterá la integración de los recursos provenientes de la aplicación de sanciones previstas en dicha Ley en el Fondo regulado por la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, a que se alude en el apartado anterior.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Afectación de bienes decomisados.—Con carácter general, los bienes decomisados por sentencia judicial firme dictada en cualquier procedimiento por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados, que hubiesen sido adjudicados al Estado, y sobre los que no se hubiese establecido otra afectación especial, pasarán a integrarse en el Fondo regulado por la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, quedando afectados al cumplimiento de los fines previstos en su artículo 2, de acuerdo con el régimen jurídico establecido en ella y en el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto.

Segunda. Legislación supletoria.—1. En todo lo no previsto en la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, ni en el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto, será de aplicación al régimen jurídico de los bienes, efectos y ganancias en materia de enajenación y cesión de los mismos el texto articulado de la Ley del Patrimonio del Estado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, y su normativa reglamentaria de desarrollo.

2. En lo no previsto en la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, ni en el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto en los aspectos de la gestión y control presupuestarios del Fondo creado por aquella, serán de aplicación el texto

refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, y su normativa reglamentaria de desarrollo.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Única. *Reglamentación aplicable a los bienes adjudicados al Estado cuyo destino no hubiese sido determinado.*—1. Los bienes, efectos y ganancias, así como sus rentas o intereses, adjudicados al Estado en virtud de sentencia firme dictada en aplicación de lo dispuesto en los artículos 344 bis, e), y 546 bis, f), del Código Penal vigente en la fecha de entrada en vigor de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, que hubiera sido notificada a la Hacienda Pública con anterioridad a la citada fecha de entrada en vigor de esta Ley, y cuya forma de explotación no hubiese sido determinada con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto, quedarán sometidos a las disposiciones establecidas en el mismo.

2. Igualmente, quedarán sometidos a las disposiciones del citado Reglamento los bienes, efectos y ganancias, así como sus rentas o intereses, adjudicados al Estado en virtud de sentencia firme dictada por enjuiciamiento de los delitos referidos en el apartado anterior que haya sido notificada a la Hacienda Pública o a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones creada por el artículo 6 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, con posterioridad a la entrada en vigor de ésta, y cuyo destino no hubiese sido determinado con anterioridad a la fecha en que se produzca la entrada en vigor de dicho Reglamento.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. *Habilitación normativa.*—Se habilita a los Ministros de Economía y Hacienda y del Interior para que, en su ámbito competencial respectivo, dicten cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo de lo establecido en el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto.

Segunda. *Entrada en vigor.*—El presente Real Decreto entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

REGLAMENTO DEL FONDO PROCEDENTE DE LOS BIENES DECOMISADOS POR TRÁFICO DE DROGAS Y OTROS DELITOS RELACIONADOS

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.º *Objeto.*—1. El presente Reglamento tiene por objeto regular, de acuerdo con la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, la composición y régimen de funcionamiento de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones creada por el artículo 6 de dicha Ley, así como el procedimiento para la determinación por la misma del destino y los beneficiarios de los bienes, efectos, instrumentos, cualquiera que sea su naturaleza, y ganancias, así como de sus rentas e intereses, integrados en el Fondo creado por dicha norma, que hayan sido objeto de comiso en aplicación de los artículos 127 y 374 del Código Penal, y que por sentencia judicial firme se hayan adjudicado definitivamente al Estado.

Se equiparará a tal sentencia la resolución pronunciada por órgano jurisdiccional español, a requerimiento de juez o tribunal extranjero, en ejecución de sentencia que declare el decomiso de bienes y ganancias dictada por enjuiciamiento de delitos semejantes a los tipificados en los artículos 301.1, segundo párrafo, y 368 a 372 del Código Penal español, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en convenios bilaterales o multilaterales suscritos y ratificados por España, en los que se reconozca al Estado requerido el derecho a ingresar en su tesoro el producto de los decomisos, sin perjuicio de terceros.

2. Igualmente, el presente Reglamento tiene por objeto regular el procedimiento de integración del producto obtenido por aplicación de las sanciones y del comiso provistos en la Ley 3/1996, de 10 de enero, en el Fondo a que se alude en el apartado anterior, y determinar su destino de acuerdo con los fines establecidos en el artículo 2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre.

CAPÍTULO II

MESA DE COORDINACIÓN DE ADJUDICACIONES

Art. 2.º Composición.—1. La Mesa de Coordinación de Adjudicaciones creada por el artículo 6 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, que se adscribe al Ministerio del Interior, a través de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, estará presidida por el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas y la integrarán, además, los siguientes vocales:

a) En representación del Ministerio de Economía y Hacienda: Tres Subdirectores generales, o funcionarios asimilados, designados a propuesta del Subsecretario del Departamento, de los cuales uno, al menos, pertenecerá a la Dirección General del Patrimonio del Estado.

b) En representación del Ministerio del Interior: Dos Subdirectores generales, o funcionarios asimilados, designados por el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, de los cuales uno de ellos, el Subdirector general de Gestión y Relaciones Institucionales de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, ejercerá las funciones de Vicepresidente de la Mesa.

c) En representación del Ministerio de Justicia: Un Subdirector general, o funcionario asimilado, designado por el Subsecretario del Departamento.

d) El Abogado del Estado-Jefe del Servicio Jurídico del Estado en el Ministerio del Interior, que actuará con voz, pero sin voto.

2. Actuará como Secretario de la Mesa, con voz, pero sin voto, un funcionario del grupo A de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, a designar por el Delegado del Gobierno.

3. Sin perjuicio de las competencias que tiene atribuidas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el Secretario de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones le corresponde:

a) Proponer al Presidente de la Mesa el nombramiento de peritos a los efectos establecidos en los artículos 6.1 y 12.2.

b) Preparar, bajo la supervisión del Presidente de la Mesa, para el estudio por ésta, la documentación relativa a los criterios de distribución anual de los bienes y caudales líquidos decomisados entre los beneficiarios legalmente previstos, que

hayan de ser sometidos a la aprobación del Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros de Economía y Hacienda, del Interior y de Justicia.

c) Proponer a la Mesa, para su aprobación, conforme a los criterios aprobados por el Consejo de Ministros, la distribución y asignación anual de los bienes y caudales del Fondo.

d) Elaborar los proyectos de convenios de asignación de bienes muebles e inmuebles decomisados, para su aprobación por la Mesa.

e) Recibir, para su traslado a la Mesa, la información y valor de tasación a los que se alude en el artículo 9.

f) Preparar la documentación necesaria, en coordinación con el servicio competente de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, relativa a las transferencias presupuestarias derivadas de la asignación de caudales del Fondo.

g) Proponer a la Mesa, para su aprobación, las convocatorias y su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», de las ofertas de bienes del Fondo a las que se alude en los artículos 14.2 y 15.3, así como el Proyecto de Orden Ministerial a que se alude en el artículo 13.4.

h) Elaborar, bajo la supervisión del Presidente de la Mesa, para su aprobación por la misma, el informe que aquél deberá remitir a las Cortes Generales, de acuerdo con el artículo 24.1.

i) Elaborar y actualizar, bajo la supervisión del Presidente de la Mesa, el Inventario de Bienes Decomisados por Tráfico Ilícito de Drogas y otros delitos relacionados

Art. 3.º Funciones.—1. La Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, que tendrá plena capacidad jurídica, ejercerá las funciones que le atribuye el artículo 6 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, de acuerdo con las normas de procedimiento establecidas en las secciones 1.ª, 3.ª y 4.ª del capítulo III del presente Reglamento.

2. La citada Mesa ejercerá también las funciones establecidas en el artículo 6 de la Ley citada en el apartado anterior, con relación al destino del producto de las sanciones y decomiso aplicados por infracciones de la Ley 3/1996, de 10 de enero, de acuerdo con las normas establecidas en el capítulo IV del presente Reglamento.

3. En el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas por el artículo 6.3 y 6.4 la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, la Mesa tendrá en cuenta exclusivamente los fines a que alude el artículo 2 de aquella Ley, los criterios aprobados por el Consejo de Ministros para efectuar la distribución de bienes, así como lo establecido en los apartados siguientes del presente artículo.

4. Una vez deducidos los gastos de conservación y administración que se produzcan y los derechos de importación que, en su caso se devenguen, la Mesa deberá destinar al menos un 50 por 100 del producto de los bienes decomisados, que no hubiesen sido previamente adscritos a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o al Servicio de Vigilancia Aduanera, a la realización de programas de prevención de toxicomanías, a la asistencia a drogodependientes y a la inserción social y laboral de éstos. A tal efecto, se deberán tomar, en consideración los criterios aprobados anualmente al respecto, a iniciativa de la Mesa, y a propuesta de los Ministros de Economía y Hacienda, del Interior y de Justicia, por el Consejo de Ministros, de acuerdo con las prioridades del Plan Nacional sobre Drogas en las citadas áreas.

5. El producto de los bienes y ganancias decomisados restante, una vez efectuadas las adjudicaciones a que se refiere el apartado anterior, será distribuido por la Mesa entre los beneficiarios legalmente establecidos de acuerdo con los criterios que apruebe el Consejo de Ministros. Para la distribución de estos bienes y ganancias se ponderarán debidamente las adjudicaciones de bienes ya efectuadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de este Reglamento.

Art. 4.º Reuniones y acuerdos.—1. La Mesa de Coordinación de Adjudicaciones se reunirá, previa convocatoria del Presidente o de quien le sustituya, siempre que el mismo lo considere oportuno, o cuando lo soliciten, de forma motivada, al menos dos vocales de la misma.

En todo caso la Mesa se reunirá, como mínimo, dos veces al año.

2. Para la válida constitución de la Mesa a efectos de celebración de sesiones, deliberaciones y adopción de acuerdos, se requerirá la concurrencia del Presidente y del Secretario; o de quienes les sustituyan, y la de, al menos, cuatro vocales.

3. De cada reunión se levantará acta por el Secretario, que, una vez aprobada, será remitida a todos los miembros de la Mesa, hayan asistido o no a aquélla.

4. Los acuerdos de la Mesa serán adoptados por mayoría de los votos de los miembros de la misma presentes. Los empates en las votaciones se dirimirán por el voto de calidad del Presidente.

5. En todo lo no previsto en este artículo, serán de aplicación las normas que sobre régimen jurídico y funcionamiento de los órganos colegiados se regulan en los artículos 22 a 27 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO PARA LA ENAJENACIÓN DE LOS BIENES DECOMISADOS Y PARA LA ADJUDICACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO EXISTENTE EN EL FONDO

Sección 1.ª Disposiciones comunes

Art. 5.º Notificación de sentencias y recepción de bienes.—1. Declarada la firmeza de una sentencia por el órgano judicial que la hubiese dictado, en la cual se decreta el comiso y adjudicación definitiva al Estado, por aplicación de los artículos 127 y 374 del Código Penal, de los bienes y efectos de cualquier clase que hubiesen servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 301.1, segundo párrafo, y 368 a 372 del citado Código, o provinieren de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, será notificada por dicho órgano judicial, en el plazo de los tres días hábiles siguientes, al Presidente de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones. De forma inmediata a su recepción, el Presidente trasladará a la Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda correspondiente del lugar donde se encuentren depositados o donde radiquen los bienes copia de la sentencia citada.

2. Junto a la ejecutoria testimoniada, el Secretario del órgano jurisdiccional remitirá también testimonio de la resolución en la que el órgano judicial hubiese acordado la utilización provisional de los bienes por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado con competencias en materia de narcotráfico, o por el Servicio de Vigilancia Aduanera, y, en su caso, las unidades específicas de una y de otro beneficiarias de dicha utilización provisional.

3. Los bienes decomisados que no consistiesen en dinero u otros instrumentos de pago al portador serán recepcionados por la Mesa en el plazo más breve de tiempo, con la colaboración de la Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda correspondiente al lugar donde los mismos se encuentren o estén depositados, suscribiéndose la correspondiente acta, por duplicado, que firmarán el Secretario del órgano jurisdiccional y el representante de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones designado, al efecto, por la misma. La identidad del representante de la Mesa será

notificada con antelación al citado órgano jurisdiccional por el Presidente de la misma.

Art. 6.º *Valoración de la aptitud de los bienes por la Mesa.*—1. Recibida por el Presidente de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones la documentación referida en el artículo anterior y recibidos los bienes, dispondrá de inmediato el nombramiento de uno o más peritos los cuales elaborarán un informe, en el plazo máximo de quince días desde su designación, acerca de la aptitud de los bienes decomisados, que no consistan en dinero u otros instrumentos de pago al portador para el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre.

2. Recibido el informe pericial, el Presidente de la Mesa convocará a los miembros de ésta a una reunión en el plazo de tiempo más breve posible, a fin de adoptar un acuerdo sobre la aptitud de los referidos bienes para el cumplimiento de los fines reseñados en el apartado anterior, y sobre su enajenación o asignación.

3. Aquellos bienes no consistentes en dinero u otros instrumentos de pago al portador que la Mesa no considerase idóneos para el cumplimiento de los fines descritos en el artículo 2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, serán enajenados, previa tasación e inventario de los mismos en la forma establecida en los artículos 8 y 9, por el procedimiento que resulte aplicable de los establecidos en el artículo 17.2 y 17.4 de este Reglamento, o bien serán abandonados o inutilizados, a excepción de los bienes inmuebles, según el libre criterio de la Mesa.

La Mesa enajenará, con carácter general, con la colaboración de la Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda correspondiente al lugar donde se encuentren, por el procedimiento que resulte aplicable de lo previsto en los artículos 17.2 y 17.4 de este Reglamento, aquellos bienes decomisados no consistentes en dinero u otros instrumentos de pago al portador, que, aun habiendo sido considerados idóneos para el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, juzgase más apropiado que con el producto de su enajenación pueden satisfacerse mejor los referidos fines.

4. Los bienes decomisados integrantes del Patrimonio Histórico-Artístico quedarán sometidos, no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, a las disposiciones contenidas en la sección 4.ª del presente capítulo.

Sección 2.ª Ingreso en el Fondo por los órganos judiciales de las ganancias decomisadas

Art. 7.º *Ingreso de cantidades líquidas de dinero y otros instrumentos de pago.*—Las cantidades líquidas de dinero y otros instrumentos de pago al portador que hubieran sido decomisados, así como sus intereses y rentas, serán ingresadas por el órgano jurisdiccional en el Tesoro Público en la forma establecida por el Real Decreto 34/1988, de 21 de enero y en su normativa de desarrollo. En la correspondiente orden de transferencia se especificará que el ingreso deriva del decomiso de bienes por el enjuiciamiento de hechos constitutivos de los delitos a que se refiere el apartado 1 del artículo 1 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre.

Sección 3.ª Enajenación y distribución por la Mesa de coordinación de adjudicaciones de los bienes y caudales del fondo

Art. 8.º *Identificación e inventario de bienes.*—1. Aquellos bienes decomisados, no consistentes en dinero u otros instrumentos de pago al portador, que hubiesen sido considerados por la Mesa aptos para el cumplimiento de los fines establecidos

en el artículo 2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, serán identificados y tasados a instancias de dicha Mesa, con carácter previo a su enajenación o asignación.

Si la Mesa, en colaboración con la Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda correspondiente al lugar donde se hallen, encontrase dificultades insuperables para la identificación del bien adjudicado, lo pondrá en conocimiento, a través de su Presidente, del órgano jurisdiccional que acordó la adjudicación para que facilite dicha identificación, o adopte, en su caso, las medidas que estime procedentes o ajustadas a Derecho.

En el caso de que la diligencia de identificación y tasación pusiese de manifiesto que las características del bien adjudicado y su valoración no concuerden con las señaladas en la sentencia en la que se decretó el decomiso, se comunicará el resultado de aquella diligencia al órgano jurisdiccional, para que resuelva lo procedente.

2. Una vez identificados y tasados, se formalizará el ingreso de los bienes en el patrimonio del Estado, mediante la incorporación al Inventario de Bienes Decomisados por Tráfico Ilícito de Drogas y otros delitos relacionados, que estará a cargo de la Mesa. Si los bienes decomisados fueran mercancías no comunitarias, se hará constar expresamente su consideración de mercancías incluidas en el régimen de depósito aduanero.

En el referido Inventario se inscribirán, por separado, los asientos correspondientes a los bienes muebles, no consistentes en dinero líquido u otros instrumentos de pago al portador, y los bienes inmuebles, así como los derechos que existiesen sobre unos y otros y las modificaciones que puedan afectar al régimen jurídico de los mismos.

Art. 9.º *Notificación a la Mesa de la tasación y de los gastos producidos.*—La Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda correspondiente al lugar donde radiquen o están depositados los bienes también pondrá en conocimiento de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones el importe de los gastos de cualquier tipo devengados hasta la fecha por el mantenimiento y/o depósito de los bienes, de la tasación, y cuanta información adicional se disponga, así como propuesta en su caso sobre el destino de los mismos.

Art. 10. *Inscripción de bienes en Registros públicos.*—1. La Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda inscribirá en los correspondientes Registros, a nombre del Estado, los bienes y derechos decomisados que sean susceptibles de inscripción. Para su ejecución, la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones habilitará los fondos necesarios.

2. Las asignaciones de bienes inmuebles efectuadas por la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, de acuerdo con la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, y con el presente Reglamento, a favor de beneficiarios no integrados en la Administración General del Estado o sus organismos públicos, se harán constar en el Registro de la Propiedad por medio de inscripción a favor del correspondiente beneficiario.

En tales casos, en la inscripción se hará constar también que el incumplimiento del fin o fines para cuya satisfacción fueron asignados por resolución de la Mesa, determinará su reversión al Fondo regulado en la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, o, en su defecto, al Patrimonio del Estado.

Los correspondientes derechos registrales y demás gastos devengados como consecuencia de la asignación serán de cuenta y cargo de los beneficiarios.

Art. 11. *Conservación de bienes.*—Corresponde a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones la conservación y administración de los bienes decomisados, hasta el momento en que, los mismos sean enajenados o asignados de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, y en el presente Reglamento.

Para el ejercicio de dicha función podrá recabar la colaboración de las Delegaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, habilitando los fondos necesarios para atender a todos los gastos que se originen.

Art. 12. *Disposiciones generales sobre distribución y adjudicación de caudales y bienes entre los beneficiarios.*—1. Una vez efectuadas las operaciones descritas en artículos precedentes, la Mesa realizará asignación de los caudales y demás bienes, en su caso existentes en el Fondo con arreglo a lo dispuesto en los artículos 13, 14, 15 y 16 de este Reglamento.

2. La Mesa podrá contar, en el ejercicio de tales funciones, con el asesoramiento técnico, necesario, designando al efecto los peritos que estime oportunos, ya pertenezcan a la Administración del Estado o no.

3. Las resoluciones de la Mesa pondrán fin a la vía administrativa, siendo recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de acuerdo con su normativa reguladora.

4. Podrán ser beneficiarios o destinatarios de los caudales y demás bienes existentes en el Fondo los organismos e instituciones a que se alude en el artículo 3 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, quedando sometidos a las obligaciones referidas en el acuerdo de asignación y, en su caso, en el convenio de cesión de los bienes, así como a las demás que se establecen en el artículo 18 de este Reglamento.

5. Distribuidos los caudales líquidos y hecha, en su caso, la asignación de los demás bienes por la Mesa, se efectuarán con cargo a los créditos presupuestarios correspondientes de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas las pertinentes transferencias, en el primer caso, y se formalizará la cesión del uso de los bienes, en el segundo caso, a través del oportuno convenio, si no se trata de órganos de la Administración General del Estado, en el cual se fijarán las condiciones a las que se someterá dicha cesión, señalándose, en su caso, la inclusión de tales bienes en el régimen de depósito aduanero.

6. El Presidente de la Mesa remitirá, a continuación, a la Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda correspondiente al lugar en el que se encuentren los bienes muebles o inmuebles, copia del acuerdo de asignación de los mismos, y, en su caso, del convenio, que regule las condiciones de su cesión. La Delegación ministerial indicada procederá a hacer efectiva la misma, levantándose acta a tal efecto o formalizado en documento público, en su caso, previa delegación de facultades que corresponda.

Sin perjuicio de las competencias directas de la Mesa, por dicha Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda se adoptarán, igualmente, las medidas que estime oportunas en orden a vigilar el cumplimiento del acuerdo de asignación, y, en su caso del convenio de cesión de bienes, informando a la Mesa, al menos cada cinco años, sobre su cumplimiento, así como de las incidencias que puedan producirse.

En el inventario de Bienes Decomisados por Tráfico Ilícito de Drogas y otros delitos relacionados se consignará la asignación efectuada, su duración y el beneficiario de la misma.

7. Cuando los beneficiarios de la asignación de bienes sean órganos integrados en la Administración General del Estado o en la Fiscalía General del Estado, el Presidente de la Mesa remitirá, además, copia del acuerdo de asignación de los bienes a la Dirección General del Patrimonio del Estado, del Ministerio de Economía y Hacienda, a efectos de que por la misma se proceda a la afectación de dichos bienes al Departamento ministerial en el que esté o estén integrados los órganos beneficiarios.

Art. 13. *Distribución de caudales líquidos.*—1. Las sumas de dinero que hubiesen sido decomisadas por sentencia judicial firme y que hubieran sido ingresa-

das en el Fondo, así como también aquellas otras incorporadas al mismo con posterioridad como consecuencia de la enajenación de otros bienes, y los intereses correspondientes, serán distribuidas, anualmente, por la Mesa entre los distintos beneficiarios, teniendo en cuenta los criterios establecidos, a iniciativa de la misma, y a propuesta de los Ministros de Economía y Hacienda, del Interior y de Justicia, por el Consejo de Ministros.

2. A tales efectos, la Dirección General de la Policía, la Dirección General de la Guardia Civil, la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilícito de Drogas presentarán a la Mesa, en el primer trimestre de cada año, los planes de actuación en materia de lucha contra el tráfico de drogas y el blanqueo de capitales, con omisión de aquellos aspectos que estimen reservados, que pretendan llevar a cabo, en los que se especificarán, clara y detalladamente, las necesidades materiales que los mismos conlleven o, en su defecto, una memoria detallada de las necesidades materiales que se deriven del ejercicio ordinario de sus funciones en aquel tipo de actividades, incluyendo, en su caso, las previsiones sobre recursos que puedan necesitar para la satisfacción de los gastos a que se alude en los párrafos *a*) y *c*) del artículo 2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre.

3. Las cantidades que se asignen por la Mesa a las Comunidades Autónomas serán distribuidas entre las mismas teniendo en cuenta los criterios aprobados por el Consejo de Ministros, a iniciativa de aquélla, y de acuerdo con las previsiones que al respecto establezca la Conferencia Sectorial del Plan Nacional sobre Drogas. Estas previsiones podrán contemplar, igualmente, que un porcentaje de las asignaciones que se efectúen a las Comunidades Autónomas deban ser distribuidas por las mismas entre los entes locales y organizaciones no gubernamentales y entidades privadas sin ánimo de lucro de su territorio.

4. La Mesa podrá acordar, teniendo en cuenta los criterios aprobados por el Consejo de Ministros, a iniciativa de la misma, que un porcentaje de los caudales líquidos del Fondo sean asignados a los entes locales, teniendo en cuenta las previsiones del Plan Autonómico sobre Drogas correspondiente. Los requisitos a que se someterá dicha asignación serán establecidos, a propuesta de la Mesa, por Orden del Ministro del Interior, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».

5. Las cantidades que la Mesa acuerde distribuir entre las entidades privadas sin ánimo de lucro de ámbito estatal, cuya labor se desarrolle total o parcialmente en el campo de las drogodependencias, incrementarán la partida presupuestaria de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas correspondiente a las transferencias corrientes a organizaciones sin ánimo de lucro de ámbito estatal que desarrollen programas de este ámbito dentro de las prioridades del Plan Nacional sobre Drogas. La distribución efectiva entre dichas entidades se someterá a los requisitos establecidos, a propuesta de la Mesa, por Orden del Ministro del Interior, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».

6. La Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, así como otros organismos o entidades públicas de la Administración General del Estado podrán ser beneficiarios de los caudales distribuidos por la Mesa, siempre que lo soliciten de la misma, para el desarrollo de programas concretos relacionados con los fines previstos en el artículo 2.1 y 2.2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, y de acuerdo con los objetivos prioritarios marcados por los órganos del Plan Nacional sobre Drogas. A tal efecto, presentarán a la Mesa, durante el primer trimestre del año, memoria detallada del programa o programas que pretendan llevar a cabo, adjuntando presupuesto del mismo y precisando la cantidad solicitada para la realización de aquéllos.

7. Los organismos internacionales podrán recibir asignaciones de la Mesa para el desarrollo de programas de cooperación internacional relacionados con los fines previstos en el artículo 2.1 y 2.2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre. A tal efecto dirigirán a la Mesa la correspondiente solicitud en el primer trimestre del año, acompañando una memoria detallada del programa o actividad que pretendan llevar a cabo, especificando el presupuesto de los mismos y las cantidades solicitadas. La Mesa requerirá, en estos casos, informes previos del Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas sobre tales programas y actividades, resolviendo las indicadas peticiones de acuerdo con los informes recibidos, si ambos contuviesen un mismo pronunciamiento favorable o desfavorable; en caso de discrepancia, la Mesa resolverá discrecionalmente.

Igualmente, el Ministerio de Asuntos Exteriores y la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas podrán solicitar de la Mesa la financiación de los programas o actividades realizados o que pretendan realizar organismos internacionales, de acuerdo con los convenios suscritos por el Gobierno español, aportando a tal efecto la información requerida en el párrafo anterior.

Art. 14. Adjudicación de otros bienes muebles.—1. No obstante lo establecido en el artículo 6.3, último párrafo, de este Reglamento la Mesa podrá asignar, con carácter excepcional, conforme a los criterios aprobados por el Consejo de Ministros, a los beneficiarios que los soliciten, los bienes muebles no consistentes en dinero u otros instrumentos de pago al portador, que por sentencia judicial firme hubiesen sido decomisados y declarados aptos por dicha Mesa para el cumplimiento de los fines previstos en el artículo 2.1 y 2.2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre.

2. A los efectos establecidos en el apartado anterior, los bienes muebles que la Mesa considere aptos para el cumplimiento de los citados fines, y, susceptibles de ser asignados a los beneficiarios legalmente establecidos, serán ofertados por la misma, para su cesión en uso, mediante anuncio en el «Boletín Oficial del Estado», que se insertará de forma gratuita. En el citado anuncio deberá figurar el plazo para efectuar la correspondiente solicitud, el cual no podrá ser inferior a quince días ni superior a treinta.

No se incluirán en el citado anuncio aquellos bienes muebles que, habiendo sido asignados provisionalmente durante el correspondiente proceso judicial a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o al Servicio de Vigilancia Aduanera, éstos hubiesen solicitado de la Mesa su asignación definitiva, una vez firme la sentencia en que se declaró el decomiso.

3. En las solicitudes de asignación que formulen a la Mesa los organismos e instituciones, unos y otras deberán hacer constar el destino o finalidad a los que se aplicarán los bienes, procediéndose, en caso de omisión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No serán tomadas en consideración aquellas solicitudes en las que se especifique un destino o finalidad que no sea concordante con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre. A las solicitudes que formulen las entidades privadas sin ánimo de lucro se deberá acompañar certificación acreditativa de la autorización de funcionamiento de dichas entidades y en su caso, acreditación, expedida por el órgano competente de la Comunidad o Comunidades Autónomas donde estén situados sus centros.

Si no se acompañase tal certificación, el Presidente de la Mesa lo comunicará a la entidad, con apercibimiento de que, de no acompañar la citada certificación en el plazo máximo de diez días, se procederá al archivo de la solicitud, sin más trámite.

No serán estimadas aquellas solicitudes presentadas por entidades privadas sin ánimo de lucro de ámbito estatal que no tengan autorizadas, y, en su caso, homologados, todos los centros donde desarrollen sus actividades.

4. La Mesa resolverá sobre las solicitudes presentadas en el plazo máximo de seis meses, contados a partir de la fecha de publicación de la correspondiente convocatoria, entendiéndose desestimadas aquellas que no hubiesen sido expresamente resueltas en dicho plazo.

5. Los bienes muebles asignados no podrán ser enajenados, arrendados, cedidos ni gravados por los beneficiarios, salvo autorización expresa de la Mesa y en las condiciones que establezca ésta, ingresándose, en tal supuesto, el producto de las operaciones de enajenación arrendamiento en el Fondo, siendo nulo cualquier pacto o acuerdo al respecto sin aquella autorización. Las operaciones realizadas con bienes incluidos en el régimen de depósito aduanero estarán sujetas, además, a lo previsto en relación con las mercancías incluidas en dicho régimen aduanero en los Reglamentos (CEE) números 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario, y 2454/93 de la Comisión, de 2 de julio, por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento anterior.

Art. 15. Asignación de bienes inmuebles.—1. No obstante lo establecido en el artículo 6.3, último párrafo, de este Reglamento, en casos determinados, y de forma motivada, la Mesa podrá acordar que los bienes inmuebles no enajenados sean destinados a la instalación, ampliación o reubicación de dispositivos dedicados a la prevención, asistencia e inserción social y laboral de drogodependientes, así como a la mejora de la ejecución de los servicios de represión, investigación y persecución de los delitos previstos en los artículos 301.1, segundo párrafo, y 368 a 372 del Código Penal, conforme a los criterios aprobados por el Consejo de Ministros, a iniciativa de dicha Mesa.

2. Para el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado anterior, la Mesa anunciará, mediante inserción gratuita en el «Boletín Oficial del Estado», conjunta o separadamente con el anuncio al que alude el artículo 14.2 de este Reglamento, convocatoria para la asignación de los bienes reseñados, en la que se contendrá, además de otros requisitos, una sucinta descripción de los bienes que pretendan asignarse comprensiva de su naturaleza, situación y superficie. El plazo de solicitud de estos bienes no podrá ser inferior a veinte días ni superior a cuarenta, contados a partir del siguiente a la fecha de publicación de la convocatoria.

No se incluirán en tal convocatoria aquellos bienes inmuebles que habiendo sido asignados provisionalmente, durante el correspondiente proceso judicial, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, o al Servicio de Vigilancia Aduanera, éstos hubiesen solicitado de la Mesa su asignación definitiva, una vez firme la sentencia en que se declaró el decomiso.

3. En las solicitudes de asignación que formulen a la Mesa los organismos o entidades, éstos deberán hacer constar el destino o finalidad a los que serán destinados los inmuebles, procediéndose, en caso de omisión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 71.1 de la Ley 39/1992, de 26 de noviembre. No serán tomadas en consideración las solicitudes en las que se especifique un destino o finalidad que no sea concordante con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre.

A las solicitudes que formulen las entidades privadas sin ánimo de lucro de ámbito estatal, deberá acompañarse la certificación a la que se alude en el artículo 14.3 de este Reglamento, con los efectos establecidos en el mismo, en caso de no acompañarse.

No serán estimadas aquellas solicitudes formuladas por tales entidades privadas que no tengan autorizados y, en su caso, homologados todos los centros donde desarrollen sus actividades.

4. En los casos a que se refiere el apartado 2, aunque la titularidad de los inmuebles corresponda al Estado, su uso podrá ser cedido por la Mesa a cualquiera de los destinatarios a que alude el artículo 3.1 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, siempre que lo soliciten, y en los términos y condiciones que se prevean en el acuerdo de cesión y, en su caso, en el convenio suscrito al efecto. Los beneficiarios deberán acreditar ante la Mesa estar en posesión de las correspondientes autorizaciones para realizar en el inmueble las actividades previstas, quedando condicionada la efectiva cesión al cumplimiento de este requisito. El período de cesión de bienes inmuebles a organismos o entidades beneficiarios no integrados en la Administración General del Estado ni dependientes de la misma tendrá una duración máxima de cincuenta años, revirtiéndose a su finalización al Fondo, o, en su defecto, al Patrimonio del Estado.

5. La Mesa resolverá sobre las solicitudes presentadas en el plazo máximo de seis meses, contados a partir de la fecha de publicación de la correspondiente convocatoria, entendiéndose desestimadas aquellas que no hubiesen sido expresamente resueltas en dicho plazo.

6. Las Comunidades Autónomas podrán proponer a la Mesa ceder el uso de inmuebles a entes locales radicados en su territorio o a entidades privadas sin ánimo de lucro que desarrollen sus actividades en su ámbito territorial. A tal fin, la Mesa, una vez estimado la solicitud, presentada ante la misma, propondrá al Ministro del Interior la suscripción del convenio que regulará la cesión con el correspondiente ente local, o suscribirá el mismo, a través de su Presidente, si se trata de entidades privadas sin ánimo de lucro, previo informe favorable en cualquier caso, de la Comunidad Autónoma donde está situado el inmueble, informe que deberá ser emitido en un plazo no superior a diez días hábiles, entendiéndose favorable el mismo si no se emite en el citado plazo.

7. Los bienes inmuebles asignados no podrán ser enajenados, arrendados, cedidos ni gravados por los beneficiarios, siendo nulo cualquier pacto o acuerdo al respecto, estándose, a tal efecto, a lo establecido en el artículo 26 de la Ley Hipotecaria y en el artículo 10.2 de este Reglamento.

8. La Mesa, con la colaboración de las Delegaciones Provinciales del Ministerio de Economía y Hacienda, adoptará las medidas que estime oportunas para vigilar la aplicación efectiva de los bienes inmuebles cedidos a los fines expresados en el acuerdo de cesión y, en su caso, en el convenio, en los términos y condiciones expresados en los mismos.

Si los bienes inmuebles cedidos no fuesen destinados al uso previsto en el acuerdo de cesión, o dejaran de serlo posteriormente, se considerará resuelta la misma y revertirán aquéllos al Fondo regulado por la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, pudiendo la Mesa exigir al cesionario de los mismos, previa tasación pericial, el valor de los detrimentos o deterioros experimentados por los mismos.

La resolución del convenio de cesión será adoptada por acuerdo del Ministro del Interior, a propuesta de la Mesa, en los supuestos en que el mismo hubiese suscrito dicho convenio, y por la Mesa en los demás casos.

Art. 16. *Adscripción definitiva de bienes cedidos provisionalmente.*—1. La Dirección General de la Policía, la Dirección General de la Guardia Civil y la Agencia Estatal de Administración Tributaria que, de conformidad con lo establecido en el artículo 374.2 del Código Penal, viniesen utilizando provisionalmente, en virtud de resolución judicial, bienes muebles o inmuebles, posteriormente decomisados por sentencia firme, solicitarán a la Mesa su adscripción definitiva en el plazo de treinta días contados a partir del siguiente a la fecha en que se les hubiese dado traslado por el Presidente de la Mesa de copia de la sentencia firme dictada.

2. La falta de la citada solicitud en el plazo reseñado facultará a la Mesa para poder asignar a otros beneficiarios los referidos bienes, o bien enajenar con la colaboración de las Delegaciones del Ministerio de Economía y Hacienda, o proponer al Consejo de Ministros su enajenación en los términos establecidos en el artículo 17.2 y 17.4 de este Reglamento. Formulada solicitud expresa en plazo, la Mesa asignará los bienes con carácter definitivo a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado o al Servicio de Vigilancia Aduanera, que los viniesen usando y poseyendo, en los términos que se establezcan en el acuerdo de cesión.

Art. 17. Destino de los bienes y recursos no adjudicados.—1. Aquellas cantidades de dinero existentes en el Fondo, que se hubieran materializado en los correspondientes créditos presupuestarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de este Reglamento, al finalizar el ejercicio tendrán el tratamiento que el texto refundido de la Ley General Presupuestaria, o la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada ejercicio, determinen para los remanentes de crédito.

Si los saldos existentes en el Fondo al finalizar el ejercicio no hubieran sido ingresados en el Tesoro Público y, en consecuencia, no hubieran sido aplicados al Presupuesto de Ingresos del Estado, su ingreso en el ejercicio posterior se someterá igualmente a lo establecido en el artículo 23. Si dichos saldos hubieran sido ingresados en el Tesoro Público y aplicado su importe al Presupuesto, la realización de la ampliación de créditos en el ejercicio siguiente se registrará por lo que disponga la Ley de Presupuestos del correspondiente ejercicio.

2. Los bienes que, de conformidad con lo establecido en este Reglamento, no hubiesen sido asignados en una o más convocatorias sucesivas a beneficiario alguno, de los legalmente establecidos en el artículo 3.1 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, se enajenarán, mediante subasta pública, por la Mesa, con la colaboración de la Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda correspondiente, si su valor unitario de tasación no supera los tres mil millones de pesetas, y por el Consejo de Ministros, a propuesta de la Mesa, si el citado valor excede de tal cantidad. El procedimiento de enajenación mediante subasta pública se ajustará a lo establecido en el apartado siguiente, y podrá desarrollarse en dos convocatorias. No se admitirán en las mismas aquellas ofertas de licitadores que no igualen, al menos, el precio o valor de licitación establecido en cada una de las referidas convocatorias, pudiendo exigirse a dichos licitadores las garantías previas que se estimen precisas.

Las subastas se declararán desiertas cuando no concorra propuesta alguna que reúna todos los requisitos establecidos en la correspondiente convocatoria. En estos casos la Mesa podrá abandonar los bienes muebles correspondientes, si aprecia que concurren circunstancias especiales de las que se deduzca que el abandono resulta más beneficioso para el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, ya sea por su escaso valor o por los elevados gastos de conservación y administración asociados a los mismos, o por cualquier otra causa que estime pertinente. Asimismo, podrá abandonar los referidos bienes sin previa convocatoria de subasta si, por las características inherentes a un bien concreto y demás circunstancias, discrecionalmente apreciadas por la Mesa sobre su situación, puede deducirse que dicha subasta quedará presumiblemente desierta, y concurren las demás circunstancias previstas para el abandono.

Si la Mesa no optase por el abandono de los bienes muebles, de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior, podrán ser enajenados por el procedimiento de enajenación directa a alguno de los adquirentes a los que se refieren los párrafos *a)*, *b)* y *c)* del apartado 4 de este artículo.

3. Las convocatorias de subastas se anunciarán en el «Boletín Oficial del Estado», con al menos quince días de antelación a la fecha, de finalización del plazo de presentación de propuestas, si su objeto está constituido exclusivamente por bienes muebles, y con, al menos, veinte días de antelación a la fecha de finalización del plazo de presentación de propuestas, si su objeto incluye bienes inmuebles. Las propuestas deberán formularse por escrito, designando con claridad el bien o bienes cuya adjudicación se solicita, y la oferta económica se realiza por cada uno de ellos, haciendo igualmente de la fecha de la convocatoria en la que los bienes se hayan ofertado, así como la de la publicación de la misma en el «Boletín Oficial del Estado».

Durante los citados plazos podrán ser examinados unos y otros bienes por quienes estén interesados en su adquisición.

La adjudicación de los bienes subastados se realizará en la primera convocatoria, en favor de la propuesta presentada que iguale o supere el tipo o valor de licitación, el cual se corresponderá con el de tasación del bien o bienes, siempre que dicha propuesta sea la única presentada y reúna todos los requisitos de la convocatoria.

Habiéndose presentado en primera convocatoria dos o más propuestas que reúnan todos los requisitos de la misma. Y que igualen o superen el tipo o valor de licitación establecido, se enajenará el bien o bienes en favor de aquella que contenga la oferta económica más elevada con respecto a dicho tipo o valor de licitación. En caso de igualdad entre dos o más propuestas que contengan las ofertas más elevadas, así como cuando la igualdad de propuestas lo sea respecto al tipo o valor mínimo de licitación, la enajenación se efectuará en favor de la que se hubiese presentado en fecha anterior, y en caso de igualdad en este supuesto el órgano competente para la enajenación resolverá de forma discrecional.

Si no se adjudicare un bien o bienes en la primera convocatoria, se celebrará una segunda y definitiva subasta, en un plazo no superior a treinta días, con una rebaja del 40 por 100 en el tipo o valor de licitación inicialmente fijado, en la cual se adjudicará el bien o bienes en favor de la propuesta económica que, reuniendo todos los requisitos de la convocatoria, iguale o supere dicho tipo o valor de licitación, siempre que sea la única presentada.

Si fuesen dos o más las propuestas presentadas en la segunda convocatoria, se enajenarán el bien o bienes en favor de la que contenga la oferta económica más elevada con respecto al tipo o valor de licitación. En caso de igualdad entre dos o más propuestas que contengan las ofertas más elevadas, así como cuando la igualdad de las mismas lo sea respecto al tipo o valor mínimo de licitación establecido en la segunda convocatoria, el bien o bienes se enajenarán en favor de la propuesta que se hubiese presentado en fecha anterior, y, en caso de igualdad en este supuesto, el órgano competente para efectuar la enajenación resolverá de forma discrecional.

La Mesa podrá admitir propuestas de adjudicación efectuadas por el sistema de pujas a la llana cuando así lo determine en la convocatoria, con los requisitos que se establezcan en la misma.

4. La Mesa, en colaboración con la Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda correspondiente al lugar donde se encuentren, podrá utilizar el procedimiento de enajenación directa de los bienes, en lugar de la subasta pública a la que se refiere el apartado 2, en los supuestos siguientes:

a) Cuando el adquirente sea una Administración pública, organismo autónomo, ente público, o sociedad pública de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales.

b) Cuando el adquirente sea una entidad de carácter asistencial sin ánimo de lucro, o una iglesia o confesión religiosa legalmente constituida.

c) Tras la celebración de la segunda convocatoria de una subasta pública, cuando la misma se haya declarado desierta, y un adquirente solicite con posterioridad la adquisición del bien o bienes por el tipo o valor de licitación establecido en dicha convocatoria.

d) Cuando por las características inherentes a un bien concreto, y demás circunstancias sobre su situación, discrecionalmente apreciadas por la Mesa, se pueda presumir por ésta que la subasta quedaría desierta.

e) Cuando por razones excepcionales, debidamente justificadas, resulte el procedimiento de enajenación directa más aconsejable, a juicio de la Mesa, para el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, teniendo en cuenta el deterioro de los bienes o su obsolescencia, el escaso valor de los mismos y los elevados gastos de conservación y administración que conlleven, siempre que, tales circunstancias no determinasen su abandono, y no se trate de bienes inmuebles.

Cuando concurren dos o más sujetos adquirentes de los descritos en los apartados anteriores se enajenarán con carácter preferente al adquirente establecido en el párrafo c), si lo hubiese solicitado y no hubiese sido ya adjudicado el bien, y de no solicitarlo éste, a los establecidos en los párrafos a) y b), por su respectivo orden.

5. El producto de la enajenación se ingresará en el Tesoro Público integrándose en los estados de gastos del presupuesto de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas en la forma establecida en el artículo 23. Cuando dicho producto proceda de la enajenación de mercancías no comunitarias se notificará a la correspondiente unidad de contabilidad de la Administración de Aduanas e Impuestos Especiales o de la Sección de Aduanas e Impuestos Especiales de la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a los efectos de la constatación de los recursos propios comunitarios, debiéndose proceder al cálculo y a la contracción de los derechos de importación.

Una vez deducidos, en su caso, los recursos propios comunitarios, el producto de la enajenación se integrará en los estados de gastos del presupuesto de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas en la forma indicada en el párrafo anterior.

La venta o abandono de los indicados bienes conllevará la baja en el Inventario, así como su desafectación al cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 2 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre. Además, si los bienes fueran mercancías no comunitarias, la venta tendrá la consideración de despacho a consumo de las mercancías, implicará el cumplimiento de todos los trámites previstos para su importación, e incluirá en su precio los tributos devengados con motivo de la importación.

Art. 18. Obligaciones de los beneficiarios y adjudicatarios.—1. Los beneficiarios de caudales provenientes del Fondo regulado por la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, y por el presente Reglamento, estarán obligados a aplicar los mismos al fin para cuyo cumplimiento les fueron concedidos, así como también al cumplimiento de las demás obligaciones previstas en el artículo 81.4 de la Ley General Presupuestaria.

2. Los beneficiarios y cesionarios de otros bienes muebles o de bienes inmuebles dedicarán los mismos al fin para cuyo cumplimiento les hubieran sido cedidos, sometiéndose a las obligaciones establecidas en el acuerdo de cesión, así como, en su caso, en el correspondiente convenio y, en particular, a la de facilitar cuanta información relativa a la situación, utilización y demás circunstancias de los bienes les sea requerida por los servicios del Patrimonio del Estado o por la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones.

El convenio de cesión, que tendrá naturaleza administrativa, será suscrito por el Ministro del Interior, a propuesta de la Mesa, cuando los beneficiarios de los bienes sean Comunidades Autónomas, Entes locales u Organismos internacionales, y por el Presidente de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones cuando sean beneficiarias organizaciones no gubernamentales de ámbito estatal o entidades privadas. En caso de dudas o lagunas que pudieran presentarse en la aplicación e interpretación de dicho convenio, serán de aplicación los principios de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. El citado convenio deberá ser informado favorablemente por el Servicio Jurídico del Estado y por la Intervención General de la Administración del Estado.

3. El incumplimiento por los beneficiarios de caudales provenientes del Fondo de las obligaciones establecidas en este artículo conllevará el reintegro de aquéllos, en los términos previstos en el artículo 81.9 de la Ley General Presupuestaria, así como las sanciones previstas en el artículo 82.3 de la misma Ley.

El incumplimiento de las obligaciones previstas en este artículo por parte de los adjudicatarios de bienes muebles o inmuebles, determinará la revocación del acuerdo de cesión, y, en los casos correspondientes, la resolución del convenio de cesión, así como la reversión de aquéllos al Fondo, pudiendo la Mesa exigir igualmente el reintegro de los beneficios obtenidos indebidamente y el resarcimiento de los daños que tal incumplimiento hubiera implicado para los bienes adjudicados, previa tasación pericial.

Sección 4.ª Destino de bienes decomisados integrantes del Patrimonio Histórico Artístico

Art. 19. Notificación de sentencias.—1. Declarada la firmeza de una sentencia por el órgano jurisdiccional que la hubiese pronunciado, en la cual se declare el comiso y adjudicación definitiva al Estado de bienes que pudieran ser integrantes del Patrimonio Histórico Español, será notificada a la Mesa en el plazo establecido en el artículo 5.1, procediendo la misma a recepcionarlos en la forma establecida en el artículo 5.3 de este Reglamento. La Mesa trasladará de forma inmediata copia de la citada sentencia al Ministerio de Educación y Cultura, el cual procederá a establecer la adecuada protección jurídica y determinar el valor económico que debe otorgarse a los indicados bienes, de conformidad con la Ley 16/1985, de 25 de junio, notificando en un plazo máximo de tres meses a aquélla sus estimaciones en informe al respecto.

2. La Mesa acordará o en su caso, instará la colaboración de la Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda correspondiente al lugar donde se encuentren, o propondrá al Consejo de Ministros, en los términos establecidos en el artículo 17.2 y 17.4 de este Reglamento, la enajenación de aquellos bienes que, de acuerdo con el informe al que se alude en el apartado anterior, no hubiesen sido considerados como integrantes del Patrimonio Histórico Español, o del Patrimonio Histórico de alguna Comunidad Autónoma, previa audiencia de éstas. En caso contrario, se estará a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Art. 20. Destino de los bienes.—1. El destino definitivo de los bienes decomisados integrantes del Patrimonio Histórico Español quedará sometido a lo dispuesto en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, y en su normativa reglamentaria de desarrollo. El Ministerio de Educación y Cultura pondrá en conocimiento de la Mesa el destino al que quedarán afectados los referidos bienes.

2. Los bienes muebles o inmuebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnológico, científico o técnico, que integren el Patrimonio Histó-

rico de una Comunidad Autónoma, quedarán sometidos, en cuanto a su destino definitivo, a lo que dispongan las normas reguladoras del Patrimonio Histórico de la Comunidad Autónoma correspondiente.

3. A los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el apartado anterior, el Ministerio de Educación y Cultura trasladará al Departamento competente de la Comunidad Autónoma donde se encuentren o radiquen los bienes decomisados, y, si tuviesen un origen histórico-artístico conocido en otra Comunidad Autónoma distinta, también al Departamento competente de esta última, copia de la sentencia en la que se decretó el comiso, al objeto de que en el plazo máximo de treinta días, contados a partir de la recepción de la misma, se pronuncie expresamente sobre su disposición a hacerse cargo de tales bienes.

Recibida por el Ministerio de Educación y Cultura comunicación del Órgano competente de una Comunidad Autónoma en la que ésta exprese su disposición a recibir los bienes referidos, lo pondrá en conocimiento de la Mesa antes de la finalización del plazo establecido en el párrafo anterior, a los efectos de que por la misma se proceda a formalizar la oportuna asignación, mediante la suscripción del correspondiente convenio, que efectuará, a propuesta de la Mesa, el Ministro del Interior con el representante de dicha Comunidad Autónoma. Este convenio será notificado por la Mesa a la Delegación del Ministerio de Economía y Hacienda que tuviese en depósito los bienes, la cual llevará a cabo la transmisión, extendiéndose el documento público o acta que corresponda al efecto.

De no recibirse en el plazo establecido en el primer párrafo de este apartado la comunicación referida en el párrafo anterior, siendo la misma negativa, o suscitándose conflicto positivo entre dos o más Comunidades Autónomas sobre el destino que deben tener los bienes, el Ministerio de Educación y Cultura dictará resolución sobre dicho destino, que será notificada a la Mesa. La resolución citada pondrá fin a la vía administrativa, siendo recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

CAPÍTULO IV

INTEGRACIÓN EN EL FONDO DEL PRODUCTO DE SANCIONES IMPUESTAS POR INFRACCIONES DE LA LEY 3/1996, DE 10 DE ENERO, SOBRE MEDIDAS DE CONTROL DE SUSTANCIAS QUÍMICAS CATALOGADAS SUSCEPTIBLES DE DESVÍO PARA LA FABRICACIÓN ILÍCITA DE DROGAS

Art. 21. Procedimiento.—El producto de las sanciones administrativas impuestas por infracciones de la Ley 3/1996, de 10 de enero, se integrarán en el Fondo creado por la Ley 36/1995, de 10 de diciembre, para el cumplimiento de los fines previstos en su artículo 2, de acuerdo con las normas recogidas en el presente capítulo.

Art. 22. Aplicación del producto de sanciones.—1. Una vez firme la resolución administrativa por la que se imponga una sanción pecuniaria por cualquiera de las infracciones previstas en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, o se decrete el comiso del beneficio ilícitamente obtenido como consecuencia de dichas infracciones, será notificada a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones creada por el artículo 6 de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, por el órgano competente que la dictó.

2. Ingresada la sanción por la persona física o jurídica responsable de la infracción en período voluntario o en procedimiento de apremio, el órgano de recaudación notificará a la indicada Mesa el correspondiente ingreso, especificando que el mismo proviene de la imposición de una sanción por infracción de la Ley 3/1996, de 10 de

enero. De igual modo, efectuada la oportuna transferencia por dicho órgano recaudador al Tesoro Público, éste contabilizará el ingreso por dicho concepto junto a las correspondientes cantidades obrantes en el Fondo creado por la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, poniéndolo, al mismo tiempo, a disposición de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones mediante la oportuna comunicación.

3. Las resoluciones administrativas sancionadoras firmes en las que el órgano competente haya declarado el decomiso de las sustancias relacionadas en los anexos I, II y III de la Ley 3/1996, de 10 de enero, por aplicación de su artículo 21, serán notificadas también a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones. Tales sustancias serán enajenadas en concurso-subasta público, o destruidas, por el órgano del Ministerio del Interior o de Economía y Hacienda que hubiere impuesto la sanción, ingresando a continuación, en su caso, el producto de la enajenación en el Tesoro Público, en los términos expuestos en el apartado anterior. Cuando dicho producto proceda de la enajenación de mercancías no comunitarias, se notificará a las unidades de la Administración Aduanera, previstas en el apartado 5 del artículo 17 de este Reglamento, a los mismos efectos allí previstos.

Una vez deducidos, en su caso, los recursos propios comunitarios, el Tesoro Público contabilizará el ingreso, en los términos expuestos en el apartado anterior.

CAPÍTULO V

INTEGRACIÓN PRESUPUESTARIA Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD DEL FONDO

Art. 23. *Integración de los recursos del Fondo en los Presupuestos Generales del Estado.*—1. Los recursos que nutren el Fondo de titularidad estatal que se crea en virtud de lo establecido en el artículo 1.2 de la Ley 36/1995, de 10 de diciembre, se aplicarán al Presupuesto de ingresos del Estado, quedando afectados a la financiación de los créditos del Presupuesto de Gastos de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas que tengan el carácter de ampliables en cada ejercicio, para su ulterior distribución en los términos previstos en la citada Ley y en el presente Reglamento.

2. Los créditos presupuestarios de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, a los que se confiera el carácter de ampliables en virtud de lo establecido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio correspondiente, serán ampliados hasta el límite de los ingresos que constituyen el Fondo, en cada ejercicio anual.

Distribuidos los ingresos del Fondo por la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, conforme a los criterios que, anualmente, acuerde el Consejo de Ministros, a iniciativa de dicha Mesa, se efectuarán con cargo a los créditos citados en el párrafo anterior las transferencias de crédito oportunas a favor de los distintos beneficiarios.

Art. 24. *Control de la actividad del Fondo.*—1. Dentro del primer trimestre de cada ejercicio, el Presidente de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones remitirá a las Cortes Generales, a través de los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado un informe completo sobre la actividad del Fondo, en donde se recogerán tanto el detalle de las principales operaciones como los datos económicos más destacados que permitan conocer el alcance de sus actividades en relación a los fines legalmente atribuidos.

En el citado informe se incluirán también datos relativos al número de procedimientos instruidos, así como de las sanciones más graves impuestas, por infracciones a la Ley 3/1996, de 10 de enero, conteniendo expresión del volumen global de las

cantidades ingresadas en el Fondo por aplicación de las sanciones previstas en la misma.

2. La Dirección General del Tesoro y Política Financiera, del Ministerio de Economía y Hacienda, informará trimestralmente a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones de los ingresos que se hayan realizado en el Tesoro Público, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, y en las disposiciones del presente Reglamento.

Los órganos competentes de los Ministerios del Interior y de Economía y Hacienda facilitarán a la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, con igual periodicidad trimestral, la información relativa al número de procedimientos instruidos y de las sanciones firmes impuestas por infracciones de la Ley 3/1996, de 10 de enero.

3. Con independencia de lo establecido en el apartado 1 de este artículo, el Fondo estará sometido al control propio de la Intervención General del Estado, en el ámbito de sus competencias, y al del Tribunal de Cuentas.

CAPÍTULO VI

GASTOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA MESA DE COORDINACIÓN DE ADJUDICACIONES

Art. 25. *Gastos de constitución y funcionamiento de la Mesa.*—1. La constitución y funcionamiento ordinario de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones no supondrá, en ningún caso, incremento del gasto ni asignación presupuestaria específica.

2. Los gastos derivados del asesoramiento técnico que precise la Mesa en el ejercicio de sus funciones, y los demás gastos que se puedan originar desde su integración en el Fondo por la conservación de los bienes y los producidos en el desarrollo de los procedimientos de asignación y enajenación regulados en los artículos 13, 14, 15, 16 y 17, serán satisfechos con cargo a los créditos presupuestarios de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas que tengan el carácter de ampliables de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de este Reglamento.

Art. 26. *Habilitación presupuestaria.*—En el Presupuesto de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas se habilitarán, financiados con ingresos procedentes del Fondo, los créditos necesarios para atender, a propuesta de la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, los gastos que se originen por la propia administración y gestión del Fondo, entre los que se incluirán los correspondientes a la conservación y mantenimiento de bienes muebles o inmuebles decomisados, desde su ingreso en el Fondo hasta que se produzca su adjudicación o enajenación. La habilitación se realizará mediante transferencia de crédito con cargo a los créditos citados en el artículo 23.2, primer párrafo, de este Reglamento.

REAL DECRETO 865/1997, DE 6 DE JUNIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LEY 3/1996, DE 10 DE ENERO, SOBRE MEDIDAS DE CONTROL DE SUSTANCIAS QUÍMICAS CATALOGADAS SUSCEPTIBLES DE DESVÍO PARA LA FABRICACIÓN ILÍCITA DE DROGAS

(BOE n.º 138, de 10 de junio de 1997)

Con la aprobación por las Cortes Generales de la Ley 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, se transponen al ordenamiento jurídico español las disposiciones contenidas en la Directiva 92/109, del Consejo de la CEE, de 14 de diciembre, relativa a la fabricación y puesta en el mercado de determinadas sustancias utilizadas para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que tiene como objetivo establecer un control dentro de la Comunidad de aquellas sustancias químicas que con frecuencia son utilizadas para la fabricación ilícita de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas.

No obstante lo anterior, hay que resaltar el hecho de que el control de actividades relacionadas con las sustancias químicas catalogadas que introduce la referida Ley no es del todo nuevo en el ordenamiento español, ya que, primero la Orden de 10 de diciembre de 1991, del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, y después la Orden de 15 de noviembre de 1994 (derogatoria de la anterior) fijaron algunos aspectos competenciales, como los referidos a la designación de la autoridad competente para el otorgamiento y supervisión de las autorizaciones de exportación, y también de tramitación administrativa, necesarios para la plena aplicación en España del Reglamento (CEE) 3677/90, de 13 de diciembre, y sus modificaciones ulteriores introducidas por el Reglamento (CEE) 900/92, modificado a su vez por los Reglamentos (CEE) 3769/92 y 2959/93, si bien uno y otras regulaban la materia de forma parcial, al tener por objeto exclusivo el control del comercio de las sustancias químicas catalogadas (importación, exportación y tránsito) entre la Comunidad y los países terceros.

La Ley 3/1996, de 10 de enero, y el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto en ejecución de la misma, establecen un régimen jurídico aplicable a cualquier tipo de actividad que tenga por objeto las sustancias químicas catalogadas, incluyéndose, por tanto, en el mismo las operaciones de importación, exportación y tránsito —de carácter extracomunitario— de aquéllas, sin perjuicio de la aplicación directa de los referidos Reglamentos comunitarios.

El Reglamento de desarrollo de la Ley 3/1996, de 10 de enero, que se aprueba por el presente Real Decreto, consta de cuatro títulos.

En el título I, bajo el epígrafe «Disposiciones generales», se desarrollan específicamente las exclusiones de la aplicación de las normas de la Ley y del Reglamento.

En el título II, que tiene el título de «Obligaciones en relación con las Sustancias Químicas Catalogadas», y está dividido en once capítulos, se desarrollan las distintas obligaciones que establecen los artículos 3 a 9 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, teniendo en cuenta, en cada caso, las particularidades determinadas en la Ley citada con respecto a las actividades de importación, exportación y tránsito.

A tal efecto se desarrollan las previsiones legales sobre creación de dos Registros, uno General y otro Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas. El primero adscrito al Ministerio del Interior, y el segundo adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, estableciéndose, a tal efecto, los organismos de ellos dependientes encarnados de los respectivos Registros.

Se determinan también las autoridades competentes para el otorgamiento de las licencias de actividad necesarias para la realización de operaciones que tienen por objeto las referidas sustancias, siempre que éstas estén incluidas en la categoría I del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero.

En el desarrollo de las disposiciones legales relativas a las obligaciones de registro y posesión de licencias de actividad, así como de las licencias de exportación (tanto individuales como genéricas), importación y tránsito, se ha pretendido facilitar el cumplimiento de las mismas, por una parte, con la creación de Registros Delegados del Registro General de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas en las Delegaciones de Gobierno en todas las Comunidades Autónomas y en las Ciudades de Ceuta y Melilla, coexistiendo y dependiendo del Registro General Central que se crea en la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, a efectos de inscripción de operadores con implantación supracomunitaria, siendo también dichos organismos, en los respectivos casos, los competentes para otorgar la licencia de actividad, a excepción de aquéllas referidas a la importación, exportación y tránsito, que, como ya venía ocurriendo hasta la fecha, siguen siendo de la competencia del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria; y, por otra parte, permitiendo que los sujetos obligados a inscripción tanto en el Registro General, como en el Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, así como obligados a poseer Licencias de Actividad que deban otorgar diferentes autoridades, puedan cumplir tales obligaciones acudiendo exclusivamente ante uno sólo de los centros administrativos regulados en la norma.

En el Reglamento se desarrollan también las obligaciones tanto de notificación de operaciones sospechosas relativas a sustancias químicas catalogadas, como las referidas a facilitar informaciones genéricas y concretas sobre cualquier otra actividad llevada a cabo con dichas sustancias, e igualmente las condiciones y registros para el acceso a los locales profesionales. A tales efectos, se determinan las autoridades competentes, tanto para recibir como para exigir informaciones, se objetivan algunos indicios que permitan facilitar la notificación de operaciones sospechosas, y se fijan los contenidos de la información que los sujetos obligados deben conocer a efectos de posibles requerimientos de las autoridades competentes.

En cuanto a las previsiones relativas a la concesión de licencias, en los casos en que su posesión es necesaria, el Reglamento pretende objetivar en lo posible las causas que determinen la denegación, suspensión o revocación, regulándolas de forma unitaria para cualquier tipo de actividad a desarrollar con las sustancias químicas catalogadas de la categoría I del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, y en los demás casos, en que se requiere la posesión de licencia, individual o genérica, de exportación.

Igualmente, se determinan los sujetos responsables del cumplimiento de las obligaciones de etiquetado e identificación de las sustancias químicas catalogadas, no concretados en la Ley 3/1996, de 10 de enero.

Finalmente, en cuanto al régimen aplicable específicamente a las operaciones de exportación, importación y tránsito, se mantiene el régimen ya establecido en la Orden del Ministerio de la Presidencia de 15 de noviembre de 1994, cuyos contenidos se incorporan al Reglamento aprobado por este Real Decreto, por lo que, en consecuencia, se procede en virtud de éste a su derogación.

En el título III se contienen las normas de procedimiento que regulan la inscripción en los Registros, General y Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, y la concesión de licencias, la suspensión y revocación de las mismas.

Finalmente, en el título IV, además de atribuir la función inspectora relativa a la comprobación del cumplimiento de la Ley 3/1996, de 10 de enero, y del Reglamento

de la misma, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y a los Servicios de Aduanas (de conformidad con las competencias que la Constitución atribuye al Estado), se desarrollan algunas disposiciones relativas al procedimiento sancionador, tal como la determinación de los órganos instructores y la regulación de las distintas fases de aquél, estableciéndose también una graduación de las sanciones previstas en la Ley 3/1996, de 10 de enero, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 22.

Recientemente, se ha procedido a completar, en el ámbito comunitario el régimen jurídico, el control de las operaciones que tienen por objeto sustancias químicas catalogadas con la aprobación del Reglamento CEE 1485/1996, de la Comisión, por el que se establecen normas detalladas para las declaraciones de los clientes relativas al uso específico de determinadas sustancias utilizadas para la fabricación ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, recogidas en la Directiva 92/109/CEE, del Consejo, y que el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto viene también a transponer en su artículo 34.

Se da cumplimiento, igualmente, a lo establecido en las Directivas 83/189 (CEE) del Consejo, de 28 de marzo y 94/10 (CEE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de marzo, así como en el Real Decreto 1168/1995, de 7 de julio, sobre remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas a las Comunidades Europeas.

El Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto, se dicta al amparo de las competencias que en materias de «Régimen Aduanero», «Comercio Exterior» y «Seguridad Pública» atribuye al Estado el artículo 149.1.10.^a y 29.^a de la Constitución Española.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Economía y Hacienda y del Interior, con la aprobación del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 6 de junio de 1997, dispongo:

Artículo único. *Aprobación.*—Por el presente Real Decreto se aprueba el Reglamento de la Ley 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas, susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, que se inserta a continuación, en el ejercicio de la competencia de desarrollo reglamentario que atribuye al Gobierno la disposición final segunda de dicha Ley.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Única. *Gasto.*—La aplicación de lo dispuesto en el Reglamento no conllevará incremento del gasto público sobre los créditos presupuestados actualmente aprobados para los distintos centros gestores competentes para su aplicación, de forma que cualquier incremento de gasto público no cubierto por la actual dotación, será financiado con bajas en otros créditos o partidas, o con recursos adicionales derivados de mayores ingresos.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. *Período de adaptación.*—1. Los sujetos obligados a los que se refiere el artículo 2 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, dispondrán de un plazo máximo de seis meses, contados a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto, para adaptarse a las disposiciones contenidas en dicha Ley y en su Reglamento, en relación con las sustancias químicas catalogadas en las categorías 2 y 3 del anexo I de la Ley mencionada.

2. Los sujetos obligados a los que se refiere el artículo 2 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, que a la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto viniesen realizando cualquiera de las actividades referidas en dicho precepto legal, que tengan por objeto sustancias químicas catalogadas incluidas en la categoría 1 del anexo I de dicha Ley, deberán adaptarse a las disposiciones contenidas en ella, y en el Reglamento aprobado en desarrollo de la misma, en el plazo máximo de tres meses contados a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto.

3. Lo establecido en los apartados anteriores, se entenderá sin perjuicio del cumplimiento por todos los sujetos a que se refiere el artículo 2 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, de las obligaciones establecidas en el artículo 3 de dicha Ley, desarrolladas en los artículos 6 a 13 del Reglamento aprobado por este Real Decreto, las cuales serán inmediatamente exigibles desde la fecha de entrada en vigor del mismo, y, sin perjuicio, igualmente, de lo establecido en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segunda. Inscripciones ya existentes.—A la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto las inscripciones que se hubiesen practicado, relativas a operaciones de importación, exportación, tránsito de sustancias químicas catalogadas, y de las mezclas que las contengan, de las categorías 2 y 3 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, en el Registro al que se alude en el apartado segundo de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 15 de noviembre de 1994, por la que se regula el control de sustancias catalogadas susceptibles de desviación, se integrarán de oficio, sin necesidad de previa petición deducida al efecto por parte de los correspondientes sujetos obligados, en el Registro Especial al que se refieren los artículos 4.1 y 10.2 de la Ley referida, pasando a denominarse tal Registro, desde entonces «Registro Especial de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, en Importación, Exportación y Tránsito», siendo aplicable a dichas inscripciones a partir del citado momento el régimen de cancelación establecido en el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto.

Tercera. Licencias en vigor.—Las licencias de actividad, así como las licencias individuales o genéricas de exportación, importación y tránsito otorgadas de conformidad con lo establecido en los apartados primero, y tercero a sexto, de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 15 de noviembre de 1994, que no hubiesen agotado su vigencia en la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto, serán válidas hasta el agotamiento del plazo o la ejecución de la operación para los cuales fueron otorgadas, sin perjuicio de ser de aplicación a las mismas, desde ese momento, las disposiciones sobre suspensión y renovación contenidas en el Reglamento aprobado por dicho Real Decreto.

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

Única. Derogación normativa.—En la fecha de entrada en vigor del Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto quedará derogada la Orden del Ministerio de la Presidencia de 15 de noviembre de 1994, por la que se regula el control de sustancias catalogadas susceptibles de desviación.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Habilitación normativa.—1. Se habilita a los Ministros de Economía y Hacienda, y del Interior, en el ámbito de sus respectivas competencias, para que dicten, previo cumplimiento de los trámites legales oportunos, cuantas disposi-

ciones sean necesarias para el desarrollo de lo establecido en el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto.

2. Se habilita a los Ministros de Economía y Hacienda, y del Interior, en el ámbito de sus respectivas competencias, para que, mediante Orden Ministerial modifiquen la forma y el contenido de los modelos que se contienen en los anexos que se acompañan al Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto.

Segunda. *Entrada en vigor.*—El presente Real Decreto y el Reglamento que se aprueba por el mismo entrarán en vigor a los treinta días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LEY SOBRE MEDIDAS DE CONTROL DE SUSTANCIAS QUÍMICAS CATALOGADAS SUSCEPTIBLES DE DESVÍO PARA LA FABRICACIÓN ILÍCITA DE DROGAS

TÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.º *Ámbito de aplicación.*—1. El presente Reglamento regula, en desarrollo de la Ley 3/1996, de 10 de enero, las medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, a las que se someterán los sujetos obligados u operadores que realicen o pretendan realizar actividades sujetas que tengan por objeto las referidas sustancias químicas catalogadas.

2. Las obligaciones y sanciones establecidas en la Ley citada en el apartado anterior, en la forma establecida en este Reglamento, se entenderán sin perjuicio de las obligaciones y sanciones previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de las acciones y omisiones tipificadas y de las penas previstas en el Código Penal así como en la Ley Orgánica de Represión del Contrabando.

Art. 2.º *Definiciones.*—A los efectos establecidos en el presente Reglamento, y de acuerdo con el Reglamento CEE 3677/90, del Consejo, de 13 de diciembre, y la Directiva 92/109/CEE, del Consejo, de 14 de diciembre, se entenderán por:

a) «Sujetos obligados u operadores»: todas las personas físicas o jurídicas residentes en España que se dediquen habitual u ocasionalmente, a título gratuito u oneroso, a realizar cualquier actividad sujeta que tenga por objeto sustancias químicas catalogadas, así como también las personas o entidades no residentes que a través de sucursales o mediante prestación de servicios, sin establecimiento permanente, desarrollen en España dichas actividades sujetas.

b) «Actividades sujetas»: la fabricación, transformación, procesamiento, almacenamiento, distribución, corretaje, transporte, comercialización, importación, exportación, tránsito, o cualquier otra actividad conexa con las mismas, de sustancias químicas catalogadas, o de mezclas que las contengan, así como el ejercicio de la actividad no asalariada de la profesión consistente en hacer declaraciones aduaneras, bien sea a título principal o accesorio de otra actividad, incluyendo las realizadas desde zonas y depósitos francos o depósitos aduaneros.

c) «Sustancias químicas catalogadas»: cualquier sustancia química incluida en el anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, así como las mezclas que contengan dichas sustancias.

d) «Importación»: la entrada de mercancías no comunitarias en el territorio español comprendido en el territorio aduanero de la Unión Europea, así como la entrada de mercancías, cualquiera que sea su procedencia, en el ámbito territorial de Ceuta y Melilla. Se asimila a la importación la entrada de mercancías desde las áreas exentas.

A los efectos establecidos en este apartado, se entiende por «áreas exentas»: las zonas y depósitos francos y los depósitos aduaneros definidos en los artículos 166 y 98, apartado 2, del Reglamento (CEE) número 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre.

e) «Exportación»: la salida de mercancías del territorio español. No se considerará exportación la salida de mercancías comunitarias del territorio español comprendido en el territorio aduanero de la Unión Europea, con destino al resto de dicho territorio aduanero.

f) «Tránsito»: el régimen aduanero regulado por el Reglamento (CEE) número 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre, y sus disposiciones de aplicación y en el Convenio TIR del 14 de noviembre de 1975.

Art. 3.º Exclusiones.—1. Quedan excluidos del régimen jurídico establecido en la Ley 3/1996, de 10 de enero, y en el presente Reglamento, los medicamentos legalmente reconocidos. Tendrán la consideración de tales, siempre que cumplan las normas establecidas en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, y en su normativa reglamentaria de desarrollo, los siguientes:

- a) Las especialidades farmacéuticas.
- b) Las fórmulas magistrales.
- c) Los preparados o fórmulas oficinales.
- d) Los medicamentos prefabricados.

2. También quedan excluidos del régimen jurídico establecido en la Ley 3/1996, de 10 de enero, y en el presente Reglamento, siempre que cumplan las normas establecidas en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, y en su normativa reglamentaria de desarrollo:

a) Las vacunas y demás productos biológicos utilizables como medicamentos.

b) Los derivados de la sangre, del plasma y de los demás fluidos, glándulas y tejidos humanos, cuando se utilicen con finalidad terapéutica.

c) Las sustancias medicinales estupefacientes incluidas en la «Convención Unica sobre Estupefacientes» de la ONU, de 1971, así como los medicamentos que las contengan.

d) Las plantas y sus mezclas, así como los preparados obtenidos de plantas en forma de extractos, liofilizados, destilados, tinturas, cocimientos o cualquier otra preparación galénica, que se presenten con utilidad terapéutica, diagnóstica o preventiva.

e) Los medicamentos veterinarios.

f) Los productos que, cuando están preparados para su uso con finalidad terapéutica o diagnóstica, contengan uno o más radionúclidos (isótopos radiactivos).

g) Los productos homeopáticos preparados industrialmente, y que se comercialicen con o sin indicación terapéutica.

h) Las sustancias o combinaciones de sustancias especialmente calificadas como «productos en fase de investigación clínica» autorizadas para su empleo en ensayos clínicos o para investigación en animales.

3. Las exclusiones citadas en los apartados anteriores se entienden aun cuando los medicamentos, en las distintas modalidades citadas, u otros productos cualquiera

que sea su naturaleza, contengan una o más sustancias químicas catalogadas, siempre que la composición de unos y otros sea tal que la misma o las mismas no puedan ser utilizadas fácilmente o recuperadas con medios de fácil aplicación.

Art. 4.º *Cumplimiento de obligaciones en el extranjero.*—Aun cuando no lo exijan las correspondientes disposiciones de otros Estados, las personas físicas o jurídicas españolas sujetas a la Ley 3/1996, de 10 de enero, velarán para que sus sucursales y filiales en el extranjero tengan establecidos procedimientos internos adecuados para prevenir e impedir la realización de operaciones con sustancias químicas catalogadas, o con mezclas que las contengan, sobre las que haya indicios de que puedan servir para su desvío a la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, comunicando a las autoridades administrativas o judiciales competentes las operaciones de las que tengan certeza o indicios fundados de su ilicitud.

TÍTULO II

Obligaciones en relación con las sustancias químicas catalogadas

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES COMUNES

Art. 5.º *Aplicación.*—1. Las obligaciones establecidas en el artículo 6 y en los capítulos II a IV y IX del presente título serán exigibles a todos los sujetos obligados u operadores que realicen actividades sujetas cuyo objeto esté constituido por sustancias químicas catalogadas.

2. Las obligaciones establecidas en los capítulos V a VIII, y X a XI del presente título sólo serán exigibles a aquellos sujetos obligados que pretendan realizar o realicen las actividades sujetas descritas en los mismos, y que tengan por objeto las sustancias químicas catalogadas en las categorías citadas en dichos capítulos.

Art. 6.º *Deber de confidencialidad.*—Los sujetos obligados no revelarán a los clientes ni a terceros las actuaciones que hayan realizado en relación con las obligaciones contenidas en los capítulos II, III y IV del presente título.

CAPÍTULO II

RELATIVAS AL CONOCIMIENTO DE OPERACIONES SOSPECHOSAS

Art. 7.º *Notificación.*—1. Los sujetos obligados deberán notificar inmediatamente a la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, a la Delegación del Gobierno en su Comunidad Autónoma, al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, si se trata de operaciones de importación, exportación y tránsito, a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, o bien a la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, cualquier operación sobre la que tengan certeza o indicio de que cualquiera de las sustancias químicas catalogadas puedan ser desviadas para la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Cuando la notificación se haya efectuado a la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, a la Delegación del Gobierno en una Comunidad Autónoma, o al Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y existiesen indicios racionales o certeza de que los

hechos pudieran ser ciertos y constitutivos de delito, los referidos órganos los pondrán de inmediato en conocimiento de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, del Juzgado de Instrucción o de la Policía judicial.

2. Los sujetos obligados se abstendrán de ejecutar cualquier operación de las señaladas en el primer párrafo del apartado anterior sin haber efectuado previamente la notificación prevista en el mismo.

No obstante, cuando la abstención no sea posible o pueda dificultar la persecución de los beneficiarios de una operación ilícita, los sujetos obligados podrán llevarla a cabo, efectuando la comunicación inmediatamente después de la ejecución.

3. Los directivos o empleados de los sujetos obligados deberán comunicar, igualmente, a los órganos competentes referidos en el apartado 1, si no lo hubiesen hecho los mismos, las operaciones que, en el ejercicio de sus cargos, conocieran y respecto de los cuales existan indicios o certeza de estar relacionadas con el desvío de sustancias químicas catalogadas a la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

4. La notificación a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se entenderá también efectuada cuando se haya actuado según lo dispuesto en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Art. 8.º Operaciones que deberán ser notificadas.—En particular, y a los efectos de lo establecido en el artículo 7.1 de este Reglamento, en todo caso los sujetos obligados deberán notificar a los órganos referidos en dicho artículo las operaciones que tengan por objeto sustancias químicas catalogadas, o mezclas que las contengan, siempre que concorra una o más de las siguientes circunstancias:

- a) Cuando el suministro se haya de efectuar por transporte aéreo.
- b) Cuando el suministro solicitado se deba realizar de forma inmediata a cambio de un sobreprecio, que exceda en más de un diez por ciento el valor normal de la mercancía.
- c) Cuando el pago se realice en efectivo en la compra de grandes cantidades.
- d) En caso de adquisición de grandes cantidades, cuando el transporte de la mercancía se realice con el vehículo propio, o cuando en la entrega de las mismas esté físicamente presente el ordenante ante el suministrador.
- e) Cuando exista una petición de carga de las sustancias dentro de contenedores.
- f) Cuando exista petición de entrega o envío de una cantidad inusual.
- g) Cuando la orden de compra se efectúe por personas físicas o jurídicas que no puedan ser identificadas.
- h) Cuando la entrega se haya de efectuar a través de rutas de tránsito inusuales.
- i) Cuando el cliente desconozca el motivo o finalidad del negocio, o muestre reticencia o rechazo para darlo a conocer.
- j) Cuando el cliente muestre reticencia o rechazo para facilitar su identidad y/o su dirección.
- k) Cuando concurren otras circunstancias que se deriven de la operación o del adquirente distintas de las anteriores, que permitan sospechar fundadamente que las sustancias químicas catalogadas serán objeto de desvío a fines ilícitos.

Art. 9.º Forma y contenido de las notificaciones.—1. La notificación se efectuará por escrito, personalmente o por medio de representante con poder especial, y contendrá, 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 la operación y de la fecha a las que se refieren, con indicación de su naturaleza y de la sustancia o sustancias químicas catalogadas objeto de aquéllas, o de las mezclas que contengan tales sustancias.

c) Exposición de las circunstancias de toda índole de las que pueda inferirse la certeza o el indicio de vinculación al destino ilícito de las sustancias químicas catalogadas, o de las mezclas que las contengan.

2. En supuestos de razonada urgencia, la notificación podrá realizarse mediante la utilización por los sujetos obligados de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, siempre que quede constancia de la identidad de dichos sujetos, de su dirección, de la remisión y de la recepción de aquélla, y se remita el escrito correspondiente al órgano destinatario en el plazo máximo de quince días hábiles a contar desde el momento en que se efectuó la notificación inicial.

Art. 10. Exención de responsabilidad contractual.—La notificación de buena fe por el sujeto obligado, o excepcionalmente por sus directivos o empleados, a las autoridades competentes de la información a que se refieren los artículos 7.1, 8 y 9.1 de este Reglamento, no constituirá violación de las restricciones sobre revelación de información impuestas por vía contractual o reglamentaria.

CAPÍTULO III

DE INFORMACIÓN SOBRE ACTIVIDADES RELACIONADAS CON SUSTANCIAS QUÍMICAS CATALOGADAS

Art. 11. Informaciones globales.—1. Con independencia de las obligaciones reguladas en los capítulos I y II del presente título, los sujetos obligados deberán facilitar, además, previo requerimiento al efecto, a los órganos relacionados en los artículos 7.1 y 64 de este Reglamento, toda la información de la que dispongan sobre las actividades que lleven a cabo y que tengan por objeto sustancias químicas catalogadas.

2. Entre otras informaciones deberán facilitar, si así les fuese requerido, las referidas a los siguientes datos: identidad y domicilio de clientes con los que hayan realizado operaciones comerciales habitual u ocasionalmente, a título oneroso o gratuito, en los últimos cinco años; tipos y cantidades de sustancias químicas catalogadas, o de mezclas que las contengan, con las que hayan realizado habitual u ocasionalmente operaciones en dicho período; cantidades pagadas, en su caso, y formas de pago utilizadas en las referidas operaciones; las vías utilizadas habitual u ocasionalmente para la comercialización o distribución de las sustancias químicas con las que operan, o de las mezclas que las contengan, así como de los procesos industriales en los cuales se han utilizado las mismas; y, usos habituales a los que se destinan dichas sustancias o mezclas.

Art. 12. Información sobre transacciones concretas.—1. Además de la información que deban facilitar en virtud de los artículos 7.1, 8 y 11 de este Reglamento, cuando lo requieran expresamente los órganos y autoridades citados en los artículos 7.1 y 64 de dicho Reglamento, los sujetos obligados deberán facilitar también a los mismos órganos y autoridades cuanta información estimen oportuna en relación a transacciones concretas relacionadas con sustancias químicas catalogadas, o mezclas que las contengan, llevadas a cabo en los cinco años anteriores a la fecha en que se efectúe el requerimiento.

2. El requerimiento podrá referirse, entre otros datos, a: la identidad del cliente; la dirección o sede social del mismo; la fecha y lugar de la transacción; la sustancia o

sustancias químicas catalogadas objeto de la transacción, o la mezcla que contenga las mismas; la cantidad pagada en su caso; la forma de pago utilizada; el medio de transporte utilizado, si se tratase de grandes cantidades; la identidad y dirección del transportista; y el uso dado a las sustancias químicas catalogadas o a las mezclas que las contengan.

CAPÍTULO IV

SOBRE EL ACCESO A LOCALES PROFESIONALES

Art. 13. Personal legitimado y extensión.—1. A los efectos establecidos en el artículo 3.1 y 2 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, desarrollados en los capítulos II y III del presente título, así como para analizar los documentos y registros que tengan obligación de conservar o llevar de acuerdo con lo previsto en la mencionada Ley, y en el presente Reglamento, los sujetos obligados deberán permitir a los funcionarios de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de los Servicios de Aduanas, debidamente acreditados, el acceso a sus locales profesionales, aun sin previa comunicación y en cualquier momento. El citado deber incluye no sólo el acceso a aquellos locales donde se lleven a cabo las tareas de administración, dirección y control de las actividades, sino también a aquellos otros donde se ejecuten las operaciones materiales de fabricación, transformación, procesamiento, almacenamiento, distribución, correteaje, transporte, comercialización, importación, exportación, o tránsito, o cualquier otra actividad conexas con las anteriores, que tengan por objeto sustancias químicas catalogadas, o mezclas que las contengan, así como a los lugares donde se hagan declaraciones aduaneras, bien sea a título principal o accesorio de otra actividad, incluyendo las realizadas desde zonas francas, depósitos francos o depósitos aduaneros.

2. Los sujetos obligados, igualmente, y si así les fuese requerido por los funcionarios indicados en el apartado anterior, deberán:

- a) Presentarles los documentos y registros que de conformidad con la Ley 3/1996, de 10 de enero, y con este Reglamento estén obligados a llevar.
- b) Facilitarles copia de los documentos o registros que deban llevar.
- c) Permitirles la toma de muestras, y sacarlas fuera de los locales expresados en el apartado 1.
- d) Permitirles llevar a cabo recuentos de existencias de sustancias químicas catalogadas, o verificar la ejecución de las operaciones descritas en el apartado 1.

3. De las actuaciones llevadas a cabo al amparo, de lo establecido en este artículo, los funcionarios que las hubiesen realizado levantarán acta, por duplicado, ajustada en cada caso, y de acuerdo con las respectivas competencias, a los modelos que se acompañan como anexos I y II de este Reglamento, en la que harán constar las circunstancias de lugar y tiempo en las que aquéllas se hubiesen efectuado, la identidad de los intervinientes, la descripción de dichas actuaciones, y las demás circunstancias de hecho que el sujeto obligado y los referidos funcionarios estimen oportuno consignar en la misma. La citada acta deberá ser firmada por el sujeto obligado, o por su representante legal con poder suficiente, y por los funcionarios presentes que hubiesen realizado las actuaciones, entregándose por éstos mismos una copia de la misma al sujeto obligado o a su representante legal.

Si el sujeto obligado, o su representante legal, se negasen a firmar el acta, los funcionarios actuantes dejarán constancia expresa de ello en la misma.

Los hechos consignados en el acta gozarán de presunción de certeza, salvo prueba en contrario.

CAPÍTULO V

DEL REGISTRO DE OPERADORES

Sección 1.ª Disposiciones comunes

Art. 14. *Órganos encargados, estructura y contenido.*—Los órganos administrativos encargados de los Registros citados en los artículos 4.1 y 10 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, así como la estructura y contenido de dichos Registros serán los que se determinan en las secciones 2.ª y 3.ª del presente capítulo.

Art. 15. *Inadmisión y cancelación de inscripciones.*—1. Las autoridades competentes establecidas en el artículo 18 de este Reglamento o, en su caso, el Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en el caso de actividades sujetas de importación, exportación y tránsito, inadmitirán las solicitudes de inscripción que se les hubiesen presentado, cuando no contengan los datos o informaciones a que se alude en el artículo 20.2 de este Reglamento, en los respectivos casos, siempre que hubiesen requerido a los solicitantes la subsanación de las omisiones apreciadas, de acuerdo con el artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 50.4 de este Reglamento.

2. Por las autoridades referidas en el apartado anterior, se procederá a cancelar la inscripción del sujeto obligado en el Registro, General o Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, cuando se acredite su cese definitivo en la realización de actividades sujetas, cuyo objeto sean sustancias químicas catalogadas.

Art. 16. *Interconexión de Registros.*—Los Ministerios de Economía y Hacienda y del Interior establecerán el procedimiento y los medios que aseguren el intercambio y conocimiento recíproco de los órganos competentes de los datos obrantes en los Registros a los que se alude en los artículos 18 y 21 de este Reglamento.

Art. 17. *Protección de datos y acceso a los Registros.*—1. Los Registros, General y Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas quedarán sometidos a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, y en su normativa reglamentaria de desarrollo.

2. Los ciudadanos que lo soliciten previamente podrán acceder a los Registros, General y Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, en la forma, en las condiciones y con las limitaciones establecidas en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Sección 2.ª Registro General de Operadores

Art. 18. *Órganos administrativos encargados.*—1. Se crea en la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, adscrita al Ministerio del Interior, el «Registro General Central de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas», en cumplimiento de lo establecido en los artículos 4.1 y 10.1 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, con la estructura y contenido que se determinan en el artículo 20 de este Reglamento.

2. En la sede de la Delegación del Gobierno en cada Comunidad Autónoma y en las Delegaciones del Gobierno en Ceuta y Melilla se crea un Registro Delegado del Registro General Central de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, al que se añadirá, en cada caso, el nombre de la respectiva Comunidad Autónoma.

3. Cuando la elevada concentración de sujetos o entidades que lleven a cabo actividades sujetas, u otras circunstancias, lo hagan aconsejable, el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma correspondiente podrá proponer al Ministro del Interior la creación, mediante Orden Ministerial, de un Registro, Delegado del Registro General de Operadores de Sustancias Químicas de ámbito provincial en la provincia o provincias en que concurren tales circunstancias, al que se añadirá el nombre de la respectiva provincia. El citado Registro dependerá del Subdelegado del Gobierno en la misma.

Art. 19. Inscripción en el Registro General.-1. De conformidad con lo establecido en los artículos 4.1 y 10, de la Ley 3/1996, de 10 de enero, los sujetos obligados, deberán inscribirse, antes de realizar cualquiera de las actividades sujetas, a excepción de las actividades de importación, exportación y tránsito, en el Registro General de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, a que se alude en el artículo anterior, cuando dichas actividades tengan por objeto alguna de las sustancias químicas catalogadas de las categorías 1 y 2 del anexo I de la Ley referida, o mezclas que las contengan.

2. En el Registro General Central se inscribirán los sujetos obligados u operadores que, a través o desde centros, fábricas, establecimientos u otros locales situados en dos o más Comunidades Autónomas, desarrollen una o más de las actividades sujetas, a excepción de las actividades de importación, exportación y tránsito, ya sea habitual u ocasionalmente, siempre que dichas actividades tengan por objeto sustancias químicas catalogadas incluidas en las categorías 1 y 2 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, o mezclas que las contengan.

También se inscribirán en el indicado registro los sujetos obligados u operadores que, pretendan desarrollar una o más actividades sujetas a excepción de la actividades de importación, exportación o tránsito, a través o desde centros, fábricas, establecimientos u otros locales situados en el territorio de una sola Comunidad Autónoma, si el domicilio de la persona física, o la sede social de la persona jurídica obligada están situados en una Comunidad Autónoma distinta de la anterior.

3. En el Registro-Delegado se inscribirán los sujetos obligados u operadores que pretendan desarrollar en dicha Comunidad Autónoma una o más de las actividades sujetas, a excepción de las actividades de exportación, importación o tránsito, y que tengan por objeto sustancias químicas catalogadas, incluidas en las categorías 1 y/o 2 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, o mezclas que las contengan.

4. El cumplimiento de la obligación regulada en este artículo se entenderá sin perjuicio del cumplimiento de la obligación de inscripción en otros Registros administrativos a que están sometidos los sujetos obligados u operadores de acuerdo con otra normativa distinta de la contenida en la Ley 3/1996, de 10 de enero, y en el presente Reglamento.

Art. 20. Estructura y contenido.-1. El Registro General de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, tanto Central como los Delegados, estará compuesto por dos libros:

A) En el libro I se inscribirán las personas físicas que desarrollen una o más de las actividades sujetas y constará de dos secciones:

a) En la sección 1.ª se inscribirán las personas físicas que desarrollen de modo habitual una o más de las actividades, referidas en el párrafo anterior. Se entiende a estos efectos por actividades desarrolladas de modo habitual aquellas que se realicen de forma continua o discontinua durante un período superior a treinta días a lo largo de un año natural.

b) En la sección 2.^a se inscribirán las personas físicas que desarrollen de modo ocasional las actividades referidas en el párrafo A). Se entiende a estos efectos por actividades desarrolladas de modo ocasional aquellas que se realicen de forma continua o discontinua durante un período igual o inferior a treinta días a lo largo de un año natural.

B) En el libro II se inscribirán las personas jurídicas que desarrollen una o más de las actividades sujetas y constará de dos secciones:

a) En la sección 1.^a se inscribirán las personas jurídicas que desarrollen de modo habitual una o más de las actividades referidas en el párrafo anterior. Se entiende a estos efectos por actividades desarrolladas de modo habitual aquellas que se realicen de forma continua o discontinua durante un período superior a treinta días a lo largo de un año natural.

b) En la sección 2.^a se inscribirán las personas jurídicas que desarrollen de modo ocasional una o más de las actividades referidas en el párrafo B). Se entiende a estos efectos por actividades desarrolladas de modo ocasional aquellas que se realicen de forma continua o discontinua durante un período igual o inferior a treinta días a lo largo de un año natural.

2. En la hoja abierta a cada persona física o jurídica en el Registro General de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, tanto en el Central como en los Delegados, se inscribirán los datos, y sus modificaciones (si las hubiese), que a continuación se indican por su respectivo orden:

a) En el libro I:

1.º Nombre, apellidos, y domicilio particular del sujeto obligado. Cuando se trate de menores o incapacitados, se expresará, además, la identidad y domicilio particular de quien ostente su guarda o representación legal.

2.º Número de identificación fiscal.

3.º Número de identificación de extranjeros, si ésta es la condición del sujeto obligado.

4.º La dirección de las fábricas, establecimientos, almacenes u otros locales donde se lleven a cabo actividades con sustancias químicas catalogadas, o con mezclas que las contengan, así como la apertura, cierre o reapertura de los mismos. En caso de que la gestión, administración y/o dirección de las actividades referidas no se lleven a cabo en el domicilio particular o en dichas fábricas, establecimientos, almacenes u oficinas se inscribirá, además, la dirección del local o locales donde se lleven a cabo tales funciones.

5.º Número de teléfono y telefax si se poseyeran, de las fábricas, establecimientos, almacenes, u otros locales expresados en el párrafo anterior y, en caso de ser distintos, también de los locales donde se lleve a cabo la gestión, administración y/o dirección de las actividades.

6.º Especificación de la sustancia o sustancias químicas catalogadas (incluyendo mezclas) de las categorías 1 y/o 2 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, con las cuales se realizan actividades sometidas a inscripción.

7.º Tipo de actividad o actividades, de las descritas sujetas que se realizan, a excepción de las de importación, exportación o tránsito.

8.º Especificación de los usos comerciales en los que se emplean, o a los que se destinan, las sustancias químicas catalogadas o de las mezclas que las contengan.

9.º Cantidades anuales de las sustancias químicas catalogadas, o de mezclas que las contengan, con las cuales se realizan o se van a realizar actividades sometidas a inscripción.

10.º Número y fecha de concesión, período de vigencia, y autoridad que concedió la licencia de actividad, cuando la posesión de la misma sea obligatoria, así como, en su caso, el motivo y la fecha de su revocación o suspensión provisional, y de la fecha y motivo, por el que se acordó dejar sin efecto dicha suspensión.

b) En el libro II del Registro General, tanto Central como Delegados, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, se inscribirán los datos, y sus modificaciones (si las hubiese), que a continuación se indican, por su respectivo orden:

- 1.º Razón social de la entidad.
- 2.º Código de identificación fiscal.
- 3.º Fecha de constitución de la entidad.
- 4.º Nombre y apellidos de los administradores, directores, gerentes, y de cuantas personas tengan reconocida capacidad para llevar a cabo operaciones comerciales o no en representación de la entidad.
- 5.º Dirección de la sede social de la entidad.
- 6.º La transformación, fusión, emisión, disolución y liquidación de la entidad, si se llevan a cabo.
- 7.º Los demás datos que se aluden en el apartado 2, a), párrafos 4.º a 10.º de este artículo.

3. Los encargados de los Registros-Delegados en las Comunidades Autónomas, y, en su caso, los encargados de los Registros-Delegados provinciales que se constituyan, comunicarán a la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se hubiesen efectuado, las inscripciones que hubiesen practicado en el respectivo Registro procediéndose por aquélla de inmediato a su incorporación al Registro General Central de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas.

Sección 3.ª Registro Especial de Operadores

Art. 21. *Órgano administrativo encargado.*—Se crea en el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el «Registro Especial de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas en Importación, Exportación y Tránsito», en el que se inscribirán los sujetos obligados a los que se refiere el artículo siguiente.

Art. 22. *Inscripción en el Registro Especial.*—1. De conformidad con lo establecido en los artículos 4.1 y 10 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, los sujetos obligados que pretendan realizar cualesquiera de las actividades de exportación, importación y tránsito cuyo objeto sea alguna de las sustancias químicas catalogadas de las categorías 1 y 2 del anexo I de la Ley referida, y de la categoría 3 del mismo anexo, siempre que, en este último caso, se destinen a la exportación y superen dentro del año natural anterior las cantidades señaladas en el anexo II de la misma Ley, así como mezclas que contengan unas y otras, deberán inscribirse en el «Registro Especial de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas en Importación, Exportación y Tránsito». En el último supuesto, tan pronto como se superen dichas cantidades, durante el año natural en curso, la obligación de registro deberá cumplirse a partir del momento en que se superen las mismas.

2. El cumplimiento de la obligación regulada en el apartado anterior se entenderá sin perjuicio del cumplimiento de la obligación de inscripción en otros Registros administrativos a que estén sometidos los sujetos obligados u operadores de acuerdo con otra normativa distinta de la contenida en la Ley 3/1996, de 10 de enero, y en el presente Reglamento.

Art. 23. Sujetos excluidos.—No obstante lo establecido en el artículo anterior, quedan excluidos de la obligación establecida en el mismo los agentes de aduanas, los almacenistas y los transportistas que actúen únicamente en condición de tales.

Art. 24. Realización del despacho aduanero.—No podrán realizarse despachos de importación, de exportación o de tránsito, según proceda, sin dejar constancia en la declaración del número del Registro Especial atribuido a aquellos que estén obligados a disponer del mismo para poder realizar dichas operaciones.

Art. 25. Contenido.—En la hoja abierta a cada persona física o jurídica en el Registro Especial de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas se inscribirán los datos que se mencionan en el artículo 20.2 de este Reglamento, según corresponda, a excepción de lo dispuesto en el apartado 6, párrafo a), de dicho artículo, en cuyo lugar se especificará que la actividad a desarrollar se refiere a importación, a exportación o a tránsito de sustancias químicas catalogadas en las categorías 1 y 2 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, o a la exportación de sustancias químicas catalogadas en la categoría 3 del mismo anexo en el supuesto previsto en el artículo 22 de este Reglamento.

CAPÍTULO VI

LICENCIAS DE ACTIVIDAD

Art. 26. Posesión.—1. Los sujetos obligados que pretendan realizar actividades sujetas, cuyo objeto esté constituido por sustancias químicas catalogadas en la categoría 1 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, o mezclas que las contengan, deberán estar en posesión de una licencia de actividad, a los solos efectos de lo prevenido en esta reglamentación y sin perjuicio de otras licencias que corresponda otorgar a las Administraciones públicas competentes. Para la concesión de la misma se requerirá, con carácter previo, que el sujeto obligado esté inscrito, o haya solicitado la inscripción, en el correspondiente Registro, General o Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, quedan excluidos de la obligación indicada en el mismo los agentes de aduanas, los almacenistas y los transportistas que actúen únicamente en su condición de tales.

Art. 27. Órganos competentes para su otorgamiento.—1. La licencia a que se refiere el artículo anterior será otorgada por el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, cuando la actividad o actividades sujetas, a excepción de las de importación, exportación y tránsito, se pretendan realizar simultáneamente en centros, fábricas, establecimientos, almacenes u otros locales pertenecientes al sujeto obligado que estén situados en dos o más Comunidades Autónomas, o cuando la actividad o actividades sujetas a la posesión de licencia se pretendan realizar en tal supuesto solamente en uno o varios de los referidos centros, fábricas, establecimientos, almacenes u otros locales del sujeto obligado, aun cuando los mismos estuviesen situados en una sola Comunidad Autónoma.

Igualmente dicha autoridad será la competente para otorgar la licencia de actividad a los sujetos obligados en los supuestos en que, aun realizándose dicha actividad o actividades en una sola Comunidad Autónoma, la administración y/o la dirección de la misma o las mismas se lleven a cabo en locales situados en una Comunidad Autónoma distinta de aquella en la que se realice la actividad sometida a posesión de licencia.

2. La licencia de actividad será otorgada por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma correspondiente o por los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla, cuando la actividad o actividades sujetas a excepción de las de importación, exportación y tránsito, se pretendan realizar por los sujetos obligados a través de centros, fábricas, establecimientos, almacenes u otros locales, cuya titularidad corresponda a los mismos, situados exclusivamente en una sola Comunidad Autónoma o tengan en ella su domicilio o sede social, aunque los destinatarios o receptores de las sustancias químicas catalogadas, o de las mezclas que las contengan, residan o estén situados en una Comunidad Autónoma diferente.

3. La licencia de actividad será otorgada por el Subdelegado del Gobierno en la provincia cuando se haya creado en la misma un Registro Delegado del Registro General Central de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, y todos los centros, fábricas, establecimientos, almacenes, u otros locales, incluidos aquellos donde se lleven a cabo la gestión y/o administración estén situados en dicha provincia. En otro caso, se estará a lo dispuesto en los apartados 1 y 2.

4. La Delegación del Gobierno en cada Comunidad Autónoma las Delegaciones del Gobierno en Ceuta y Melilla, y en su caso, la Subdelegación del Gobierno, en el supuesto del apartado 3, comunicarán a la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas en el plazo de los cinco días siguientes a la fecha en que así lo hubiesen acordado las resoluciones relativas a la concesión, suspensión, o revocación de las licencias de actividad de su competencia, remitiendo a tal efecto copia de dichas resoluciones.

5. Cuando las actividades a realizar sean las de importación, exportación o tránsito, la licencia de actividad será otorgada por el Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

Art. 28. Vigencia.—1. La licencia de actividad a la que se alude en el artículo 26 de este Reglamento será otorgada por un período de cuatro años.

2. La licencia de actividad podrá renovarse por períodos iguales a los establecidos en el apartado 1 de este artículo, siempre que los sujetos obligados lo soliciten por escrito ante el órgano competente, con, al menos, tres meses de antelación respecto a la fecha de finalización de la vigencia de la licencia de actividad que se pretenda renovar. El órgano competente distará resolución concediendo o denegando la renovación de la licencia en un plazo no superior a dos meses. Si en el citado plazo el órgano competente no hubiese dictado resolución expresa, podrá entenderse estimada la petición de renovación presentada, siempre que se haya solicitado y emitido la certificación a que se refiere el artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o haya transcurrido el plazo de veinte días establecido en dicho artículo.

Art. 29. Denegación, suspensión y revocación de licencias.—1. Las autoridades competentes establecidas en el artículo 27 de este Reglamento, estimarán o desestimarán las solicitudes de licencias de actividad que se les hubiesen presentado, o revocarán o suspenderán las licencias por ellas otorgadas y en vigor, en función de la solvencia profesional y de la integridad de los sujetos obligados a su posesión.

2. A tales efectos, podrán considerarse motivos, entre otros, de desestimación de las solicitudes de licencia de actividad, o de revocación de la ya otorgada, la concurrencia de alguna o algunas de las siguientes circunstancias:

a) Que el sujeto obligado haya sido sancionado en firme, en los diez años anteriores, en dos o más ocasiones, por el Tribunal de Defensa de la Competencia, por la realización de cualquiera de las conductas prohibidas previstas en el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

b) Que el sujeto obligado haya sido condenado en firme en los diez años anteriores, en dos o más ocasiones por el órgano jurisdiccional competente por la realización de actos de competencia desleal descritos en los artículos 5 a 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

c) Que el sujeto obligado haya sido sancionado en firme, en los diez años anteriores, por una infracción muy grave o por dos graves en materia de industria, de las previstas en los artículos 31.1 y 31.2 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria.

d) Que el sujeto obligado haya sido sancionado en firme, en los diez años anteriores, por una infracción muy grave, o por dos o más infracciones graves de las previstas en el artículo 34 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

e) Que el sujeto obligado haya sido condenado en firme, en los diez años anteriores, en dos o más ocasiones, por publicidad ilícita, de conformidad con la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

f) Que el sujeto obligado haya sido sancionado en firme por infracción de las normas o acuerdos que impongan restricciones comerciales con determinados Estados impuestas por el Gobierno español, por la Comunidad Europea o por organismos internacionales de los que España forme parte.

g) Cuando la persona física o los propietarios, directores, gerentes, o administradores de las personas jurídicas, en el ejercicio de sus funciones, vigente su cargo o representación y en beneficio de dichas personas jurídicas, hayan sido condenados por sentencia firme, en los quince años anteriores, por cualquiera de los delitos siguientes: de insolvencia punible; relativos a la propiedad industrial; relativos al mercado y a los consumidores; societarios; por receptación u otras conductas afines, a excepción de los referidos en el apartado 3 de este artículo; contra la Hacienda pública o contra la Seguridad Social; contra los recursos naturales y el medio ambiente; contra la salud pública, a excepción de los referidos en el apartado 3 de este artículo; de falsificación de documento público, oficial o mercantil; o de contrabando a excepción del supuesto referido en el apartado 3 de este artículo.

h) Cuando la información facilitada se presuma razonablemente que es falsa o incorrecta.

i) Hasta que recaiga sentencia absolutoria firme, o auto de sobreseimiento firme, provisional o definitivo, cuando se produzca el procesamiento de las personas indicadas, y en las condiciones previstas, en el apartado 3 de este artículo, por cualquiera de los delitos relacionados en el mismo.

j) Cuando concurren otras circunstancias objetivas, debidamente acreditadas, en el sujeto obligado, de las que se deduzca su falta de solvencia profesional o de integridad para realizar actividades cuyo objeto sean sustancias químicas catalogadas.

3. En todo caso, será motivo de denegación o revocación de la licencia solicitada o ya concedida la condena por sentencia judicial firme de la persona física, o de los directores, administradores, gerentes o encargados de las personas jurídicas en el ejercicio de tales funciones, por cualquiera de los delitos siguientes:

- a) De blanqueo de bienes, tipificado en los artículos 301 y 302 del Código Penal.
- b) Contra la salud pública, de los tipificados en los artículos 368 a 371 del Código Penal.
- c) De contrabando, tipificado en el artículo 2.3.a) de la Ley de Represión del Contrabando.

4. También serán motivos de denegación o revocación, en todo caso, de la licencia solicitada o ya concedida la existencia de motivos objetivos de los que se pueda deducir que las sustancias químicas catalogadas, o las mezclas que las contengan, se destinarán a la fabricación ilícita de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, así como la falta de autorización de la importación de la sustancia por parte del país de destino, cuando la misma sea necesaria.

5. La autoridad competente que otorgó la licencia de actividad podrá decretar la suspensión provisional de la vigencia de la misma, cuando se instruya procedimiento administrativo sancionador contra la persona física o jurídica obligada, o sea demandada o procesada la primera o cualquier director, gerente, administrador o encargado de la persona jurídica, por alguna de las infracciones o delitos que se relacionan en los apartados anteriores. La suspensión podrá mantenerse hasta la fecha en que se dicte resolución o se archiven las actuaciones del procedimiento administrativo, o hasta que se dicte sentencia judicial o auto de sobreseimiento, según los correspondientes supuestos. Cuando la resolución o resoluciones, o la sentencia, sean sancionadoras o condenatorias, la autoridad competente podrá acordar o acordará, teniendo en cuenta lo dispuesto en los apartados 2 a 4 anteriores, la denegación o revocación; y, si se dictase acuerdo de archivo o de sobreseimiento firmes, o resolución o sentencia absolutoria firmes, dejará sin efecto la suspensión acordada.

CAPÍTULO VII

IDENTIFICACIÓN DE LAS SUSTANCIAS QUÍMICAS CATALOGADAS Y DE SUS USOS

Art. 30. *Etiquetado.*—1. De conformidad con el artículo 5.1 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, sin perjuicio de la colocación de las etiquetas comerciales habituales y de las menciones a ellas exigidas por las restantes disposiciones legales que les sean de aplicación, los depósitos, envases, cisternas, contenedores, u otros recipientes que contengan sustancias químicas catalogadas de las categorías 1 y 2 del anexo I, de la Ley citada o las mezclas que las contengan, deberán expresar en su etiquetado, al menos en lengua castellana, en lugar perfectamente visible y de forma clara, la denominación de dichas sustancias, tal como se indica en el referido anexo I, su cantidad y peso, y, si consistiere en una mezcla, la cantidad y peso de la mezcla, así como la cantidad y peso o porcentaje de la sustancia o sustancias químicas catalogadas de las categorías 1 y 2 que contenga la mezcla.

2. En las operaciones de importación, exportación y tránsito la obligación establecida en el apartado anterior será aplicable respecto a todas las sustancias químicas catalogadas sin distinción de categorías, y a las mezclas que las contengan.

Art. 31. *Identificación de sustancias en la documentación.*—1. En la documentación comercial y de transporte a que se alude en el artículo 33.1.a) y c) deberá expresarse de forma clara y detallada, al menos en lengua castellana, la denominación de las sustancias químicas catalogadas, su cantidad y peso, y, si ésta consistiere en una mezcla, la cantidad y el peso de la mezcla así como la cantidad y el peso o porcentaje de la sustancia o sustancias químicas catalogadas.

2. Los datos expresados en el apartado anterior deberán constar de igual manera, en la documentación administrativa a que se alude en el artículo 33.1.b).

Art. 32. Sujetos responsables.—1. Serán responsables principales del cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 30.1, quienes realicen la fabricación, transformación, procesado de las sustancias químicas catalogadas o de las mezclas que las contengan, si tales operaciones se llevan a cabo en España, y subsidiariamente, de forma solidaria, si fuesen distintos de los anteriores, quienes almacenen, distribuyan, efectúen corretaje, transporten, comercialicen al por mayor o al por menor, o realicen cualquier otra actividad conexas con dichas sustancias y mezclas.

2. En las actividades establecidas en el apartado 2 del artículo 30 serán responsables principales de su cumplimiento los importadores, exportadores, quienes lleven a cabo el tránsito, y quienes ejerzan como actividad asalariada o no la profesión consistente en hacer declaraciones aduaneras con relación a las sustancias y las mezclas, y, subsidiariamente, y de forma solidaria, quienes transporten, procesen, almacenen, distribuyan, lleven a cabo el corretaje, transporte, comercien al por mayor y al por menor, y quienes realicen otro tipo de actividad relacionada con las anteriores.

3. Serán responsables del cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 31.1 los sujetos obligados que sean parte de los contratos y los que emitan o expidan las facturas, declaraciones de carga, documentos de transporte u otros documentos de envío, en los respectivos casos.

CAPÍTULO VIII

DOCUMENTACIÓN DE OPERACIONES

Art. 33. Acompañamiento.—1. En todas las transacciones que conduzcan a la comercialización, al por mayor o al por menor, de las sustancias químicas catalogadas de las categorías 1 y 2 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, siempre y cuando en las de la última categoría citada las cantidades superen el año natural anterior la cantidad señalada en el anexo III de la Ley 3/1996, de 10 de enero, respecto a cada sustancia, o se superen dichas cantidades durante el año natural en curso, se acompañará la documentación pertinente, y en particular la siguiente:

a) Documentos comerciales, tales como: contratos, facturas y declaraciones de carga.

b) Documentos administrativos, tales como: licencia de actividad, cuando el objeto de la actividad sean exclusivamente sustancias de la categoría 1, o mezclas que las contengan; la resolución administrativa por la que se procede a la inscripción de los sujetos obligados en el correspondiente Registro, General o Especial, en los casos respectivos, cuando se trate de sustancias de cualesquiera de las categorías 1 ó 2, o de la categoría 3, en los supuestos del artículo 24.2 de este Reglamento, licencia individual o genérica de exportación, en los supuestos que así lo exijan los artículos 9.2 y 9.3 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, y, la notificación y autorización previas, en su caso, en los casos en que se requiera de conformidad con el artículo 9.4 de la misma Ley.

c) Documentos de transporte y demás documentos de envío.

2. Tanto en la documentación comercial y de transporte a que se alude en los párrafos a) y c) del apartado 1, como en las licencias individuales de exportación a que se alude en el artículo 9.2 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, como en la notificación y petición de autorización previa a las que se refiere el artículo 9.4 de la misma Ley, se deberá consignar necesariamente el número de licencia de actividad de la per-

sona o entidad con las que se establezca la relación, cuando el objeto de la actividad lo constituyan sustancias químicas catalogadas de la categoría 1 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, o mezclas que las contengan. También se consignarán en dicha documentación el nombre, dirección y denominación del proveedor, distribuidor y destinatario.

3. En todo caso, tanto en la documentación mercantil como administrativa, a las que se refiere el apartado 1 de este artículo, deberá consignarse el número de inscripción correspondiente en el Registro, General o Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas.

Art. 34. Declaración de usos por clientes.-1. En todas las transacciones que conduzcan a la comercialización, al por mayor o al por menor, de las sustancias químicas catalogadas de las categorías 1 y 2 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, siempre y cuando en las de la última categoría citada las cantidades superen durante el año natural anterior la cantidad señalada en el anexo III de la Ley 3/1996, de 10 de enero, respecto a cada sustancia, se acompañará, además, una declaración del cliente en la que se especificarán los usos a los que se destinarán las sustancias, o las mezclas que las contengan, realizando a tal efecto una declaración separada para cada sustancia química catalogada.

La declaración citada incluirá la información que figura en el modelo recogido en el anexo VII de este Reglamento. Cuando se trate de empresas, la declaración se efectuará en papel con membrete.

2. No obstante lo establecido en el apartado anterior, los sujetos obligados que proporcionen regularmente a un cliente una sustancia catalogada en la categoría 2 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, podrán aceptar, en lugar de la declaración de transacción única, una sola declaración relativa a varias transacciones realizadas durante un período máximo de un año, siempre que el proveedor se asegure de que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que el cliente ha recibido la sustancia del proveedor al menos en tres ocasiones durante los doce meses anteriores.
- b) Que nada hace suponer al proveedor que la sustancia vaya a utilizarse para fines ilícitos.
- c) Que las cantidades encargadas no resultan inusuales para ese cliente.

Esta declaración de transacciones múltiples incluirá la información que figura en el modelo recogido en el anexo VIII de este Reglamento. Cuando se trate de empresas, la declaración se efectuará en papel con membrete.

3. En las operaciones de importación, exportación y tránsito, la obligación desarrollada en este artículo será aplicable en todos los casos de sustancias químicas catalogadas incluidas en el anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero. En estos casos la mención al proveedor deberá entenderse referida al exportador o importador.

CAPÍTULO IX

CONSERVACIÓN DE DOCUMENTOS

Art. 35. Plazo.-1. Los sujetos obligados deberán conservar durante cinco años, contados a partir del día en que finalicen las relaciones con un cliente, o a partir de la ejecución de cada operación, la documentación mercantil y administrativa, a que se refieren los artículos 6.2 de la Ley 3/1996, de 10 de enero y 33 y 34 de este

Reglamento, así como aquella otra que permita conocer los datos a los que se alude en los artículos 11.2 y 12.2 de este Reglamento.

No obstante lo anterior, la resolución de inscripción en el correspondiente Registro, General o Especial, de Sustancias Químicas Catalogadas y, en su caso, la posesión de la licencia de actividad, deberán ser conservadas de forma permanente mientras el sujeto obligado realice actividades sujetas que conlleven el cumplimiento de tales obligaciones.

2. La documentación referida en el apartado anterior deberá encontrarse disponible al objeto de poder ser presentada inmediatamente, para un posible control, a las autoridades establecidas en los artículos 7.1 y 64 de este Reglamento, cuando las mismas lo soliciten.

CAPÍTULO X

SUMINISTRO DE SUSTANCIAS DE LA CATEGORÍA I

Art. 36. Exclusividad.—Los sujetos obligados que estén en posesión de licencia de actividad en los términos establecidos en el artículo 4.2 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, y en el artículo 26 de este Reglamento, sólo podrán suministrar las sustancias químicas catalogadas en la categoría I del anexo I de la Ley citada a otros sujetos que estén en posesión de dicha licencia.

CAPÍTULO XI

OBLIGACIONES ESPECÍFICAS PARA IMPORTACIONES, EXPORTACIONES Y TRÁNSITO

Sección 1.ª Disposición común

Art. 37. Obligaciones adicionales.—Además de las obligaciones impuestas a todos los operadores en los capítulos anteriores del presente título, los sujetos obligados que realicen actividades sujetas de importación, exportación y tránsito de sustancias químicas catalogadas, quedan sometidos al cumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos siguientes del presente capítulo, sin perjuicio del cumplimiento de las que establece el Reglamento (CEE) 3677/90, del Consejo, de 13 de diciembre.

Sección 2.ª Registro de operaciones

Art. 38. Anotaciones.—Todos los sujetos obligados que participen en la importación, exportación y tránsito de las sustancias químicas catalogadas llevarán un registro detallado de dichas actividades, en el cual se contendrá, al menos, la siguiente información:

- a) Tipo de operación realizada.
- b) Sustancia o sustancias químicas catalogadas, o mezclas que las contengan, objeto de la actividad.
- c) Cantidad de tales sustancias.
- d) Fecha de la operación, país de procedencia y/o de destino.
- e) Identidad de los operadores que participan en la actividad.
- f) Número de licencia de exportación, cuando sea necesaria su posesión.

Sección 3.ª Licencias individuales

Art. 39. *Exportación de sustancias catalogadas en la categoría 1.-1.* La exportación de las sustancias químicas catalogadas en la categoría 1 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, estará sujeta también a la previa obtención de una «Licencia individual de Exportación de sustancias químicas catalogadas», expedida, previa solicitud del exportador, para cada operación, por el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en función de los criterios de solvencia profesional e integridad establecidos en el artículo 29.2 a 4 de este Reglamento.

2. La licencia a que se alude en el apartado anterior se ajustará al modelo que figura en el anexo IX de este Reglamento, agotando su vigencia con la realización de la operación correspondiente y, en todo caso, transcurridos quince días de la fecha prevista para la misma.

Art. 40. *Exportación de sustancias catalogadas en la categoría 2.-1.* La exportación de las sustancias químicas catalogadas en la categoría 2 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, estará sujeta también a la previa obtención de una «Licencia individual de exportación de sustancias químicas catalogadas», expedida, previa solicitud del exportador, para cada operación, por el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en función de los criterios de solvencia profesional e integridad establecidos en el artículo 29.2 a 4 de este Reglamento, cuando las citadas sustancias estén dirigidas directa o indirectamente a un destinatario establecido en un Estado que figure en la lista del anexo IV de la citada Ley.

2. La licencia a que se alude en el apartado anterior se ajustará al modelo que figura en el anexo IX de este Reglamento, agotando su vigencia con la realización de la operación correspondiente, y, en todo caso, transcurridos quince días de la fecha prevista para la misma.

Art. 41. *Exportación de sustancias catalogadas en la categoría 3.-1.* La exportación de las sustancias químicas catalogadas en la categoría 3 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, estará sujeta igualmente a la previa obtención de una «Licencia individual de exportación de sustancias químicas catalogadas», expedida, previa solicitud del exportador, para cada operación, por el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en función de los criterios de solvencia profesional e integridad establecidos en el artículo 29.2 a 4 de este Reglamento, cuando las referidas sustancias se remitan, directa o indirectamente, a un destinatario establecido en un Estado con el que la Comunidad Europea haya celebrado un acuerdo en virtud del cual se prohíbe cualquier exportación de la Comunidad a ese Estado, a menos que las autoridades competentes del mismo expidan una autorización de importación para el envío de que se trate; cuando en virtud de dichos acuerdos se exija una autorización de exportación individual o a alguno de los Estados enumerados en el anexo V de la referida Ley.

2. La licencia a que se alude en el apartado anterior se ajustará al modelo que figura en el anexo IX de este Reglamento, agotando su vigencia con la realización de la operación correspondiente, y, en todo caso, transcurridos quince días de la fecha prevista para la misma.

Art. 42. *Imposibilidad de expedición de licencias genéricas.-1.* La exportación de las sustancias químicas catalogadas en las categorías 2 y 3 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, estará sujeta también a la previa obtención de una

«Licencia individual de exportación de sustancias químicas catalogadas», expedida, previa solicitud del exportador, para cada operación, por el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en función de los criterios de solvencia profesional e integridad establecidos en el artículo 29.2 a 4 de este Reglamento, siempre que no se pueda expedir una licencia genérica de exportación de sustancias químicas catalogadas en los términos establecidos en el artículo 9.3 de la Ley 3/1996, de 10 de enero.

2. La licencia a que se alude en el apartado anterior se ajustará al modelo que figura en el anexo IX de este Reglamento, agotando su vigencia con la realización de la operación correspondiente, y, en todo caso, transcurridos quince días de la fecha prevista para la misma.

Sección 4.ª Licencia genérica

Art. 43. Posesión.—1. La exportación de las sustancias químicas catalogadas estará sujeta a la previa obtención de una «Licencia genérica de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas», expedida, previa solicitud del exportador, por el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en función de los criterios de solvencia profesional y de la integridad del solicitante determinados en el artículo 29.2 a 4 de este Reglamento, cuando las sustancias químicas catalogadas de las categorías 2 y 3 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, no sean exportadas a ninguno de los Estados mencionados en los párrafos b) y c) del artículo 9.2 de la indicada Ley, y cuando por el destino de las mismas, el volumen de las corrientes de intercambio que se produzcan u otras circunstancias no haya sospechas del desvío de dichas sustancias químicas catalogadas a la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

2. La licencia que se alude en el apartado anterior se ajustará al modelo que se adjunta como anexo X de este Reglamento.

Art. 44. Vigencia.—La licencia a la que se refiere el artículo anterior se concederá por un período de cuatro años, pudiendo ser renovada, previa solicitud del exportador, con al menos tres meses de anticipación a la finalización del citado período, en la forma y por el procedimiento establecidos en el artículo 28.2 de este Reglamento.

Art. 45. Suspensión o revocación.—El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales estará facultado para suspender o anular la «Licencia genérica de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas», por las circunstancias establecidas en el artículo 29.2 a 4 de este Reglamento, o por cualquiera de las siguientes:

a) Cuando las medidas adoptadas para evitar el destino para fines ilícitos de las sustancias no se considerasen suficientes.

b) Cuando no se suministren los resúmenes trimestrales a que se hace referencia en el párrafo e) del artículo siguiente.

Art. 46. Obligaciones de los titulares.—El titular de una «Licencia genérica de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas» estará obligado a:

a) Indicar el número de licencia genérica en cada declaración de exportación.

b) Inscribir la operación en su registro tan pronto como la sustancia salga de sus locales con destino a la exportación.

c) Inscribir en ese registro los datos de la autorización de importación de la sustancia en el país de destino, si ésta fuese exigida.

d) Acompañar cada exportación con una copia de la licencia genérica hasta su salida del territorio aduanero de la Comunidad.

e) Entregar en el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales un resumen trimestral de las exportaciones realizadas con cargo a dicha licencia genérica. Este resumen contendrá, al menos el siguiente detalle:

- 1.º Número de exportaciones.
- 2.º Sustancias exportadas: denominación y cantidad.
- 3.º Países de destino.

Sección 5.ª Notificaciones y autorizaciones previas

Art. 47. *Notificaciones previas de exportación.*—1. En los casos en que así lo hayan comunicado los Estados de destino a la Comisión Europea o lo tuvieran con ella convenido, la exportación de sustancias químicas catalogadas exigirá una notificación previa a las autoridades competentes del tercer Estado de destino.

2. El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria no expedirá la correspondiente Licencia de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas en tanto no haya realizado previamente dicha notificación.

Art. 48. *Autorizaciones previas de importación.*—1. En los casos en que así lo hayan comunicado los Estados de destino a la Comisión Europea o lo tuvieran con ella convenido, no se expedirá la Licencia de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas, en tanto no se haya presentado en el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales copia de la autorización de importación en aquél, de la que se podrá solicitar confirmación.

2. A los efectos previstos en el apartado anterior, el citado Departamento publicará la relación de países que exijan la previa concesión de autorización de importación.

TÍTULO III

Procedimiento de inscripción en registros, y de concesión, revocación y suspensión de licencias

CAPÍTULO I

REGISTRO GENERAL Y ESPECIAL DE OPERADORES

Art. 49. *Procedimiento aplicable.*—El procedimiento de inscripción en los Registros, General o Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas se ajustará a las normas de procedimiento establecidas en el presente capítulo y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Art. 50. *Solicitud de inscripción y contenido.*—1. La solicitud de inscripción en el Registro General de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, ajustada al modelo que se contiene en el anexo III de este Reglamento, deberá dirigirse al Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas en los supuestos contemplados en el artículo 19.2 de este Reglamento, y al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma correspondiente o a los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla en los supuestos contemplados en el artículo 19.3 de este Reglamento. En el caso previsto en el artículo 18.3 de este Reglamento, la solicitud se dirigirá al Subdelegado del Gobierno en la provincia correspondiente.

En el caso del «Registro Especial de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas en Importación, Exportación y Tránsito», la solicitud, ajustada al modelo que se contiene en el anexo IV de este Reglamento, deberá dirigirse al Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

2. Las solicitudes podrán presentarse, en el caso respectivo, en cualquiera de los lugares previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. La solicitud de registro de los sujetos obligados deberá contener los datos expresados en los artículos 20.2.a), y 20.2.b), en los respectivos casos de personas físicas y personas jurídicas, y petición expresa en la que se concretará la solicitud de inscripción en el Registro General, Central o Delegado, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, bien de personas físicas o jurídicas, en su libro I o en el II, y, en las secciones 1.ª o 2.ª de cada uno de ellos, o en el Registro Especial de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas de Importación, Exportación y Tránsito, conforme a los criterios que se expresan en el artículo 20 de este Reglamento, de acuerdo con las previsiones del solicitante.

4. Cuando la solicitud de inscripción no contenga cualquiera de los datos referidos en el apartado anterior el órgano competente lo pondrá en conocimiento del interesado al objeto de que subsane las deficiencias en un plazo no superior a diez días, bajo apercibimiento de archivo. Transcurrido el citado plazo, sin haberse completado por el sujeto obligado la solicitud correspondiente, el órgano competente la archivará sin más trámite.

5. Toda modificación de los datos ya inscritos deberá comunicarse, al Registro General o Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas en un plazo máximo de quince días desde que se produjo la circunstancia que dio lugar a la misma.

Art. 51. Resolución del expediente.—1. El órgano administrativo dictará resolución en el plazo máximo de dos meses contados a partir de la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente. Podrá entenderse desestimada la misma de no recaer resolución expresa en el plazo anteriormente citado.

2. La resolución del expediente de forma favorable y la inscripción en el correspondiente Registro, General o Especial de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas dará lugar a la expedición y entrega al interesado de un «Certificado de Inscripción en el Registro, General o Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas», ajustado a los modelos que se acompañan como anexos XI y XII de este Reglamento, en el que se hará constar:

- a) El número de registro.
- b) La identificación del sujeto obligado (nombre y apellidos o razón social, y el DNI, en su caso).
- c) El número o código de identificación fiscal.
- d) La actividad o actividades en relación a las sustancias químicas catalogadas, o mezclas que las contengan, que se desarrollarán.
- e) La autoridad competente que acuerda la inscripción.

Art. 52. Inscripciones en el Registro General y Especial.—1. Cuando un mismo sujeto obligado pretenda realizar varias actividades sujetas, cuya realización esté sometida al cumplimiento de la obligación de inscripción en el Registro, General y Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, podrá presentar las solicitudes respectivas, dirigidas a las autoridades competentes, bien en la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, Delegación del Gobierno en la

Comunidad Autónoma, Delegaciones del Gobierno en Ceuta y Melilla (en los supuestos determinados en el artículo 18.3 de este Reglamento), o en el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, los cuales remitirán al órgano competente, dentro de los dos días hábiles siguientes a su recepción, la solicitud que no les corresponda resolver por razón de la actividad sujeta a desarrollar.

2. Las referidas solicitudes también podrán ser presentadas en los demás lugares a que se alude en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debiendo ser remitidas en el plazo establecido en el apartado 1 a los órganos competentes a los que se dirijan.

Art. 53. Impugnación de resoluciones.—1. Contra las resoluciones denegatorias de inscripción, y contra las que denieguen la cancelación de las inscripciones ya practicadas, cabe interponer recurso administrativo ordinario ante el Ministro del Interior o ante el Director general de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, según proceda, en el plazo, forma, y con los efectos establecidos en los artículos 114 a 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

2. Contra la desestimación del recurso administrativo ordinario, cabe interponer recurso contencioso-administrativo.

CAPÍTULO II

LICENCIAS

Sección 1.ª Disposición común

Art. 54. Procedimiento aplicable.—El procedimiento de concesión, suspensión y revocación de licencias de actividad, de licencias individuales y de licencias genéricas de exportación, a los que se alude en los artículos 4.1 y 9.2 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, se someterá a las normas establecidas en el presente capítulo y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Sección 2.ª Licencias de actividad

Art. 55. Solicitud.—1. Los sujetos obligados deberán dirigir una solicitud, ajustada al modelo que se contiene en el anexo V de este Reglamento, al Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, en los supuestos del artículo 27.1 de este Reglamento, al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma correspondiente o Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla, en los casos del artículo 27.2 de este Reglamento, o, en su caso, al Subdelegado del Gobierno en la provincia, en los supuestos previstos en el artículo 27.3, en la que harán constar:

- a) El número de inscripción en el Registro correspondiente, o, en su defecto, fecha en la que hubiese sido solicitada la inscripción.
- b) El nombre y apellidos o razón social del operador.
- c) El código de identificación fiscal o número de identificación fiscal.
- d) El número de identificación de extranjeros, si ésta es la condición del sujeto obligado y se trata de una persona física.
- e) La actividad sujeta que pretenden llevar a cabo.
- f) La dirección y localización del centro o centros, establecimientos, almacenes u otros locales donde se llevarán a cabo tales actividades, así como, la identidad del

encargado de dicho centro o centros, establecimientos, fábricas, almacenes u otros locales.

- g) El uso dado a las sustancias químicas catalogadas.
- h) Compromiso de destinar dichas sustancias a fines lícitos.

En el caso de actividades de importación, exportación o tránsito la solicitud, ajustada al modelo que se acompaña como anexo VI de este Reglamento, se formulará ante el Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, y contendrá, además de los datos expresados en el párrafo anterior, los siguientes:

- a) Especificación de la actividad de importación, exportación o tránsito que se pretenda desarrollar.
- b) El destino de las mismas en los supuestos de exportación y tránsito.
- c) Además, en las actividades de exportación, memoria de las operaciones de comercio exterior realizadas con dichas sustancias en el año natural anterior.

2. La solicitud se presentará en alguno de los lugares previstos en el artículo 38.4 de la Ley de 30/1992, de 26 de noviembre.

3. Cuando la solicitud carezca de alguno de los datos fijados en el apartado 1, el órgano competente lo comunicará al solicitante, bajo apercibimiento de archivo de la misma, para que subsane la deficiencia advertida en el plazo de diez días. De no hacerlo así, el órgano competente archivará sin más trámites la solicitud.

Art. 56. Solicitud de licencias a varias autoridades.—1. Cuando el sujeto obligado pretenda realizar actividades sujetas sometidas a posesión de licencia de actividad cuyo otorgamiento corresponda a distintas autoridades de las establecidas en el presente Reglamento, podrá aquél presentar sus solicitudes, dirigida cada una de ellas a la autoridad competente, en la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, en la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma, en las Delegaciones del Gobierno en Ceuta y Melilla, en la Subdelegación del Gobierno en la provincia (en los supuestos previstos en el artículo 7.3 de este Reglamento), o en el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, los cuales remitirán la correspondiente solicitud al órgano competente para resolver sobre la misma, por razón de la actividad sujeta, en el plazo de los dos días hábiles siguientes.

2. Las referidas solicitudes también podrán ser presentadas en los demás lugares a que se alude en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debiendo ser remitidas en el plazo establecido en el apartado anterior a los órganos competentes a los que se dirijan.

Art. 57. Instrucción y resolución.—1. El órgano competente solicitará aquellos informes que estime oportunos para resolver, y preceptivamente el de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Los informes citados deberán emitirse en un plazo no superior a diez días, siguientes al de recepción de la petición.

2. El órgano competente dictará resolución otorgando la licencia solicitada en el plazo máximo de dos meses, si no concurre cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 29.2 a 4 de este Reglamento para su denegación. En la licencia, que deberá ajustarse a los modelos que se acompañan como anexos XIII y XIV de este Reglamento, deberá constar: su número, el número de inscripción en el Registro, General o Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas: nombre y

apellidos o razón social del titular; vigencia; tipo de actividad; sustancia o sustancias químicas catalogadas y la autoridad que la otorga.

3. Podrá entenderse desestimada la solicitud a los efectos oportunos, si el órgano competente no dictase resolución expresa en el plazo señalado en el apartado anterior, siempre que se haya solicitado y emitido la certificación a que se refiere el artículo 44 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o haya transcurrido el plazo de veinte días establecido en dicho artículo.

Art. 58. *Realización del despacho aduanero.*—No podrán realizarse despachos de importación, exportación o tránsito de sustancias químicas catalogadas, sin dejar constancia en la declaración del número de licencia de actividad de aquellos operadores que estén obligados a disponer del mismo para poder realizar dichas operaciones.

Art. 59. *Suspensión y revocación de licencias de actividad.*—1. Los órganos competentes determinados en el artículo 27 de este Reglamento podrán revocar o suspender las licencias que hubiesen otorgado, cuando concurra alguna de las causas y circunstancias previstas en el artículo 29.2 a 5 de este Reglamento.

2. A tales efectos, el órgano competente pondrá en conocimiento del titular de la licencia los hechos o circunstancias determinantes, disponiendo éste de un plazo, no inferior a diez días ni superior a quince, para efectuar cuantas alegaciones estime oportunas en su defensa. Transcurrido dicho plazo, sin haberse formulado alegaciones o careciendo las mismas de fundamento suficiente para desvirtuar los hechos, el órgano competente dictará la resolución que proceda.

3. Las revocaciones o suspensiones provisionales acordadas deberán hacerse constar expresamente en el Registro, General o Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, con expresión del motivo que determinó el correspondiente acuerdo, y en su caso, del acuerdo por el que se deje sin efecto la citada suspensión.

Sección 3.ª Licencias de exportación, importación y tránsito

Art. 60. *Solicitud.*—1. Los sujetos obligados a proveerse de la «Licencia individual o genérica, de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas» de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 a 43 de este Reglamento, dirigirán la correspondiente solicitud de las mismas al Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

2. La solicitud de «Licencia individual de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas» deberá contener los siguientes datos:

a) Nombre, razón social y domicilio de:

- 1.º Exportador.
- 2.º Importador.
- 3.º Destinatario final.
- 4.º Agentes de Aduanas.
- 5.º Otros operadores.

b) Designación de la sustancia, ajustada a la denominación que figura en el anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero.

c) Cantidad y peso. Si se trata de preparaciones no excluidas en el Reglamento (CEE) 3677/90, del Consejo, de 13 de diciembre, la cantidad y peso de la sustancia o sustancias del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, que figuren en su composición.

d) Datos del envío:

- 1.º Aduana de despacho.
- 2.º Fecha prevista de despacho.
- 3.º Medio de transporte.
- 4.º Itinerario.
- 5.º Punto de salida del territorio aduanero de la Comunidad.
- 6.º Punto de entrada en el país de importación.
- 7.º Copia de la autorización de importación, en su caso.
- 8.º Otros.

3. La solicitud de «Licencia genérica de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas» deberá contener los siguientes datos:

a) Acreditación de la cualificación y experiencia profesional del operador.
b) Resumen de exportaciones de sustancias químicas catalogadas realizadas en los doce meses anteriores detallando:

- 1.º Sustancia exportada.
- 2.º Número total de expediciones efectuadas.
- 3.º Cantidades exportadas globalizadas por países de destino.

c) Descripción de las medidas adoptadas para evitar la utilización ilícita de las sustancias químicas catalogadas.

d) Compromiso de notificar los cambios que se produzcan en la información aportada.

Art. 61. Despacho de exportación.—1. La solicitud del despacho de exportación de las sustancias de la categoría 1 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, requerirá la presentación, junto a la declaración de despacho y de la documentación exigida reglamentariamente, del ejemplar número 2 de la Licencia individual de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas.

La Aduana de Exportación, realizadas las comprobaciones oportunas, cumplimentará su casilla 20 y unirá copia de dicho ejemplar número 2 a la declaración de despacho.

2. Si la salida del territorio aduanero de la Comunidad se efectuase en Aduana distinta de aquella por la que se ha efectuado el despacho de exportación, la Aduana de salida, realizadas las comprobaciones oportunas, cumplimentará la casilla 21, y remitirá el ejemplar número 2 a la Aduana de exportación.

3. Si transcurridos dos meses, a contar de la fecha del despacho de exportación, la Aduana de exportación no hubiera recibido el ejemplar número dos debidamente cumplimentados por la Aduana de salida lo pondrá en conocimiento del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales.

Art. 62. Instrucción y resolución.—1. El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales podrá solicitar cuantos informes estime convenientes para el otorgamiento de las licencias reguladas en la presente sección, y preceptivamente el de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

2. El plazo para la emisión de los informes referidos en el apartado anterior será de diez días, contados a partir de la recepción de la correspondiente petición.

3. El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales dictará resolución en el plazo de quince días hábiles, contados a partir de la recepción de la solicitud en el registro de dicho Departamento.

4. La resolución del expediente de forma favorable dará lugar a la expedición y entrega al interesado de la correspondiente Licencia, que se ajustará a los modelos que se acompañan como anexos IX y X de este Reglamento, según corresponda en cada caso.

5. Podrá entenderse desestimada la solicitud de no recaer resolución expresa en el plazo indicado en el apartado 3.

Sección 4.ª Impugnación

Art. 63. *Resoluciones denegatorias, de suspensión o revocación.*—Contra las resoluciones denegatorias de las licencias reguladas en las anteriores secciones de este capítulo, así como contra aquellas que acuerden la suspensión o revocación de las licencias ya otorgadas, todas ellas debidamente motivadas, cabe interponer recurso administrativo ordinario ante el Ministro del Interior o ante el Director general de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, según proceda, en el plazo, forma, y con los efectos, establecidos en los artículos 114 a 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

TÍTULO IV

CAPÍTULO I

RÉGIMEN SANCIONADOR

Sección 1.ª Acción inspectora

Art. 64. *Competencia.*—Corresponde a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y a los Servicios de Aduanas, de acuerdo con las competencias atribuidas legalmente a cada uno de ellos, el ejercicio de la acción inspectora, al objeto de comprobar el cumplimiento del régimen establecido en la Ley 3/1996, de 10 de enero, y en el presente Reglamento.

Art. 65. *Extensión.*—Además de las facultades reconocidas por el artículo 13.1 del presente Reglamento, los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y de los Servicios de Aduanas, debidamente acreditados, podrán proceder a la realización de cuantas actuaciones sean precisas para el cumplimiento de lo establecido en el artículo anterior, pudiendo tener acceso y conocimiento de los datos contenidos en los Registros, General o Especial, de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas, y denunciar a las autoridades competentes las infracciones que, como consecuencia de aquellas actuaciones, hubiesen comprobado.

Sección 2.ª Infracciones y sanciones

Art. 66. *Infracciones muy graves y sus sanciones.*—Serán consideradas infracciones muy graves y sancionadas:

1. Con la suspensión de la Licencia de Actividad o de la Licencia genérica de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas por un período de entre cinco años a siete años y seis meses, y una multa de 15.000.001 a 57.500.000 pesetas:

a) Las remisiones de información defectuosa, inexacta o incompleta a los requerimientos escritos solicitados por las autoridades competentes, según lo previsto en el artículo 3.2 de la Ley 3/1996, de 10 de enero.

b) La realización de operaciones de sustancias químicas catalogadas en la categoría 1 del anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, con sujetos no expresamente autorizados para ello.

c) La realización de operaciones de importación, exportación y tránsito sin llevar el registro a que se refiere el artículo 9.1, de la Ley 3/1996, de 10 de enero, o cuando se produzcan falsedades o inexactitudes en el mismo.

d) La comisión de infracciones tipificadas como graves cuando durante los cinco años anteriores el sujeto infractor hubiera sido condenado en sentencia firme por un delito contra el tráfico ilícito de drogas, tipificado en los artículos 368, 369, 370 y 371 del Código Penal o sancionado en firme al menos por dos infracciones administrativas graves de las establecidas en el artículo 15 de la Ley 3/1996, de 10 de enero. En este supuesto en ningún caso se podrá tener en cuenta la reincidencia como criterio para graduar la sanción a imponer.

2. Con la retirada de la Licencia de Actividad o de la Licencia genérica de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas o la suspensión de las mismas, por un período de entre siete años y seis meses a diez años, y multa de 57.500.001 a 100.000.000 de pesetas:

a) La negativa o resistencia a proporcionar la información solicitada por las autoridades competentes, mediante requerimiento escrito según lo previsto en el artículo 3.2 de la Ley 3/1996, de 10 de enero.

b) La negativa o resistencia a permitir que las autoridades competentes accedan a sus locales profesionales y analicen los documentos y registros que tengan obligación de conservar o llevar de acuerdo con lo previsto en la Ley 3/1996, de 10 de enero.

c) La realización de cualquier actividad sin estar en posesión de licencia de actividad o sin haberse dado de alta en el Registro de Operadores cuando así venga exigido conforme al artículo 4 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, o la alegación de causa falsa o inexacta en la solicitud de las mismas.

d) La exportación de sustancias químicas catalogadas sin la correspondiente licencia de exportación o la alegación de causa falsa o inexacta en la solicitud de la misma.

e) Si se produjera la comisión de tres o más infracciones de entre cualquiera de las contenidas en el párrafo a), por un mismo sujeto obligado, en el término de un año.

Art. 67. Infracciones graves y sus sanciones.—Serán consideradas infracciones graves y sancionadas:

1. Con la suspensión de la Licencia de Actividad o de la Licencia genérica de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas por un período máximo de hasta dos años y seis meses y multa de 1.000.001 a 7.500.000 pesetas:

a) La falta de notificación a las autoridades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículos 3.1 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, y 7 de este Reglamento de cualquier operación en la que se presenten las circunstancias o indicios señalados en el artículo 8 del presente Reglamento.

b) El incumplimiento de las obligaciones de etiquetado recogidas en el artículo 5 de la Ley 3/1996, de 10 de enero.

c) El incumplimiento de la obligación de acompañamiento en cada transacción de la documentación mercantil y administrativa exigida en el artículo 6 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, con los requisitos establecidos en el mismo y en el presente Reglamento.

d) El incumplimiento de la obligación de conservación de la documentación mercantil y administrativa, exigida en el artículo 7 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, durante el plazo de cinco años.

e) La falta de notificación inmediata de cualquier cambio en alguno de los datos referidos a la Licencia de actividad o a los Registros de Operadores.

2. Con la suspensión de la Licencia de Actividad o de la Licencia genérica de Exportación de Sustancias Químicas Catalogadas por un período de entre dos años y seis meses a cinco años y multa de 7.500.001 a 15.000.000 de pesetas:

a) La no notificación inmediata a las autoridades competentes de cualquier operación sobre la que se tenga certeza de que dichas Sustancias Químicas Catalogadas puedan ser desviadas para la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

b) El incumplimiento de la obligación de hacer constar en la documentación exigida en el artículo 6.1 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, el número de Licencia de Actividad de la persona o entidad con la que se establezca la relación.

c) Si se produjera la comisión de tres o más infracciones de entre cualquiera de las contenidas en el párrafo a), por un mismo sujeto obligado, en el término de un año.

Art. 68. *Comiso de sustancias y de beneficios.*—Sin perjuicio de la multa que proceda imponer conforme a los artículos anteriores, las infracciones serán sancionadas con el comiso de las sustancias químicas catalogadas y del beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la infracción. La resolución de la Administración determinará razonadamente, a estos efectos, la cuantía del beneficio ilícito obtenido.

Art. 69. *Criterios de graduación de las sanciones.*—1. Los criterios a tener en cuenta para la graduación de las sanciones a aplicar conforme al artículo 22 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, son:

a) La existencia de intencionalidad o reiteración.

b) La naturaleza de los perjuicios causados, que habrá de tener en cuenta la categoría en la que se incluye la sustancia química catalogada relacionada con la infracción del sujeto obligado, según el anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, y su cantidad y peso.

c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

d) El beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la infracción.

e) Las sanciones firmes por infracciones graves o muy graves impuestas al sujeto obligado en los últimos cinco años.

2. La imposición a un mismo sujeto obligado de tres o más sanciones firmes por infracciones muy graves o graves en los últimos cinco años implicará la aplicación de la sanción correspondiente en su grado máximo.

3. La determinación del beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción se calculará teniendo en cuenta la sustancia química catalogada, su cantidad y peso, y su precio estimado en el mercado, y la documentación contable del infractor.

Art. 70. *Sujetos responsables.*—1. Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa tipificada en la Ley 3/1996, de 10 de enero, las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.

2. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en la Ley 3/1996, de 10 de enero, y en el presente Reglamento, corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

CAPÍTULO II

PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Sección 1.ª Disposiciones generales

Art. 71. Régimen jurídico.—1. El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora a la que se refieren los capítulos IV y V de la Ley 3/1996, de 10 de enero, será el regulado por el presente capítulo.

2. En lo no previsto en los artículos 24 a 28 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, y en el presente capítulo, los procedimientos sancionadores por incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley citada se ajustarán a lo dispuesto sobre la potestad sancionadora en el título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

Sección 2.ª Iniciación

Art. 72. Órgano competente.—La competencia para iniciar el procedimiento sancionador por la comisión de infracciones previstas en la Ley 3/1996, de 10 de enero, corresponderá al Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma correspondiente, a los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla, o al Subdelegado del Gobierno en la provincia, en su caso, de acuerdo con la distribución competencial que se establece en este Reglamento, excepto en el caso de procedimientos sancionadores en materia de operaciones de importación, exportación o tránsito, que corresponderá al Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Art. 73. Actuaciones previas.—El órgano competente para la iniciación del procedimiento sancionador podrá, como fase previa, recabar información, a través de los órganos administrativos que designe, para conocer las acciones u omisiones presuntamente cometidas, sus circunstancias y cuantos datos se estimen necesarios a los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora.

Art. 74. Prescripción y archivo de las actuaciones.—1. Cuando de las actuaciones previas se concluya que ha prescrito la infracción, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, el órgano competente para ello acordará la no procedencia de iniciar el procedimiento sancionador.

2. Si iniciado el procedimiento se concluyera, en cualquier momento, que hubiera prescrito la infracción, el órgano competente resolverá la conclusión del procedimiento con el archivo de las actuaciones.

3. En ambos casos se notificará a los interesados el acuerdo o la resolución adoptados.

Art. 75. Infracción continuada.—No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la Ley 3/1996, de 10 de enero, en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos.

Art. 76. *Pluralidad de infracciones.*—El órgano administrativo competente para la iniciación o tramitación del procedimiento sancionador, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión.

Art. 77. *Formas de iniciación.*—1. El acuerdo de iniciación se dictará de oficio, bien por propia iniciativa del Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, de los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla, del Subdelegado del Gobierno en la provincia, en su caso, o del Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales, según el caso, bien como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.

2. La orden emitida por el superior jerárquico obliga al órgano competente a la iniciación del procedimiento sancionador, y la petición razonada de iniciación formulada por cualquier otro órgano o autoridad administrativa, sin competencia para iniciar el procedimiento, especificarán, siempre que fuera posible, la persona o personas presuntamente responsables, los hechos que pudieran constituir infracción administrativa conforme a la Ley 3/1996, de 10 de enero, y el lugar, la fecha y el período de tiempo en que los hechos se produjeron.

3. La denuncia deberá expresar el nombre, apellidos, número de documento nacional de identidad o pasaporte de la persona o personas a que se refieren los hechos que pudieran constituir infracción conforme a la Ley 3/1996, de 10 de enero, y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables.

4. La presentación de una petición razonada o denuncia no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, si bien deberá comunicar a los autores de aquéllas los motivos por los que, en su caso, no proceda la iniciación del procedimiento.

Art. 78. *Acuerdo de iniciación.*—El acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador contendrá, al menos, las especificaciones establecidas por el artículo 13 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, y en todo caso, las siguientes:

- a) Hechos imputados, con expresión del tipo o tipos de infracción, conforme a lo dispuesto en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley 3/1996, de 10 de enero.
- b) Las sanciones que podrían imponerse por la comisión de las indicadas infracciones, conforme a los artículos 18 a 21 de la Ley 3/1996 de 10 de enero.
- c) En su caso, la cuantía del beneficio ilícito presuntamente obtenido.

Sección 3.^a Instrucción

Art. 79. *Designación.*—Será competente para la instrucción del procedimiento sancionador el funcionario que designe el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla y, en su caso, el Subdelegado del Gobierno en la provincia, o, en el supuesto de operaciones de importación, exportación o tránsito, el funcionario que designe el Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Art. 80. *Colaboración.*—Los órganos de la Administración del Estado y, en particular, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como el Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, facilitarán al instructor la información que requiera para la realización de la función instructora.

Art. 81. *Trámite de audiencia.*—Instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, salvo lo que afecte a las informaciones y datos a que se refiere el artículo 37.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al objeto de que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

Art. 82. *Propuesta de resolución.*—El instructor formulará propuesta motivada de resolución en la que hará constar los hechos, la infracción, la persona responsable y la sanción que propone, conforme a lo dispuesto en la Ley 3/1996, de 10 de enero, o en su caso, la no existencia de infracción o responsabilidad.

Sección 4.^a Resolución

Art. 83. *Órgano competente.*—1. En el supuesto de proponer el instructor una sanción por una infracción muy grave de las reguladas en el artículo 14 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, la propuesta de resolución, junto con todos los documentos que obren en el procedimiento sancionador, se cursarán por el Ministro del Interior, o por el Ministro de Economía y Hacienda, en caso de infracciones en materia de importación, exportación o tránsito, al Consejo de Ministros. El Consejo de Ministros decidirá sobre la imposición de una sanción por infracción muy grave, en el marco de lo dispuesto en los artículos 18, 21 y 22 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, y en los artículos 66 y 68 del presente Reglamento.

2. Si la sanción propuesta derivara de una infracción grave o leve de las reguladas en los artículos 15 y 16 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, la propuesta de resolución, junto con todos los documentos que obren en el procedimiento sancionador, se cursará por el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, el Delegado de Gobierno en la Comunidad Autónoma, los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla, o el Subdelegado del Gobierno en la provincia, en su caso, al Ministro del Interior. En caso de infracciones relativas a actividades de importación, exportación o tránsito, el Director del Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales de la Agencia Estatal de Administración Tributaria elevará aquella propuesta, junto con los documentos que obren en el procedimiento sancionador, al Ministro de Economía y Hacienda. El Ministro del Interior o, en su caso, el Ministro de Economía y Hacienda, decidirán sobre la imposición de una sanción de las previstas en los artículos 19, 20 y 21 de la Ley 3/1996, de 10 de enero, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 de dicha Ley y en los artículos 67 y 68 del presente Reglamento.

Art. 84. *Resolución.*—1. La resolución declarará la infracción o infracciones cometidas y la sanción o sanciones que se imponen, o bien la no existencia de infracción o responsabilidad.

2. La resolución será siempre motivada y contendrá los elementos previstos en el artículo 89.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 20.4 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

Art. 85. *Plazo de resolución y caducidad.*—1. El plazo máximo para la tramitación del procedimiento sancionador será de seis meses, contados a partir de la fecha del acuerdo de iniciación.

2. Si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la iniciación, teniendo en cuenta las posibles interrupciones de su cómputo por causas imputables a los interesados o por la suspensión del procedimiento al que se refieren los artículos 5 y 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, se iniciará el cómputo del

plazo de caducidad establecido en el artículo 43.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del interesado o de oficio, certificación en la que conste que ha caducado el procedimiento y se ha procedido al archivo de las actuaciones.

Art. 86. *Efectos de la resolución e impugnación.*—La resolución que ultime el procedimiento sancionador pone fin a la vía administrativa y es inmediatamente ejecutiva. Contra la misma podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

Art. 87. *Publicidad de las sanciones.*—1. El Consejo de Ministros, el Ministro del Interior o el de Economía y Hacienda, según el caso, incluirán en las resoluciones sancionadoras por infracción muy grave o grave la decisión de hacer pública o no la sanción impuesta.

2. El órgano competente para dictar las resoluciones sancionadoras muy graves y graves decidirá el medio a utilizar para dar publicidad a la sanción. Los medios podrán ser tanto públicos como privados («Boletín Oficial del Estado», periódicos de tirada nacional o regional, boletines de industria, colegios profesionales, asociaciones, cámaras de comercio, etc.).

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. *Suspensión de importaciones o exportaciones.*—El Departamento de Aduanas e Impuestos Especiales podrá suspender la importación en nuestro país de sustancias químicas catalogadas en el anexo I de la Ley 3/1996, de 10 de enero, o su exportación, cuando existan motivos razonables para creer que dichas sustancias están destinadas a la fabricación ilícita de estupefacientes o de sustancias psicotrópicas.

Segunda. *Incorporación del producto de sanciones al fondo regulado en la Ley 36/1995, de 11 de diciembre.*—El producto líquido obtenido de la venta de las sustancias químicas catalogadas decomisadas y el beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la comisión de la infracción así como también el producto de las sanciones económicas, serán incorporados al fondo de titularidad estatal regulado en la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, en la forma y mediante el procedimiento establecidos en la normativa reglamentaria de desarrollo de la misma.

INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DEL CONVENIO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA DE NICARAGUA PARA EL CUMPLIMIENTO DE CONDENAS PENALES, HECHO EN MANAGUA EL 18 DE FEBRERO DE 1995

(BOE n.º 140, de 12 de junio de 1997)

Por cuanto el día 18 de febrero de 1995, el Plenipotenciario de España firmó en Managua, juntamente con el Plenipotenciario de Nicaragua, nombrados ambos en buena y debida forma al efecto, el Convenio entre el Reino de España y la República de Nicaragua para el cumplimiento de condenas penales,

Vistos y examinados los doce artículos del Convenio,
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.

CONVENIO ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPUBLICA DE NICARAGUA PARA EL CUMPLIMIENTO DE CONDENAS PENALES

El Reino de España y la República de Nicaragua, en adelante denominados las Partes, inspirados por sus vínculos históricos;

Deseosos de promover y mejorar la colaboración mutua en materia de Administración de Justicia,

Animados por la voluntad de contribuir a la plena rehabilitación social de las personas condenadas;

Han acordado lo siguiente:

Artículo 1.º *Definiciones.*—Para los fines del presente Convenio:

1. Estado trasladante: Significa la Parte desde el cual la persona condenada deba ser trasladada.

2. Estado receptor: Significa la Parte a la cual la persona condenada deba ser trasladada.

3. Sentencia condenatoria: Significa la decisión judicial definitiva que se impone a una persona, como pena por la comisión de un delito. Se entiende que una sentencia es firme y definitiva cuando no esté pendiente recurso legal contra ella o que el término previsto para dicho recurso haya vencido.

4. Persona condenada: Significa la persona que en el territorio de una de las Partes vaya a cumplir o está cumpliendo una sentencia condenatoria.

Art. 2.º *Principios generales.*—De conformidad con las disposiciones del presente Convenio:

a) Las penas impuestas en una de las Partes, a nacionales de la otra, podrán ser cumplidas por la persona condenada en el Estado del cual sea nacional; y

b) Las Partes se comprometen a brindarse la más amplia cooperación con respecto a la transferencia de personas condenadas.

Art. 3.º *Condiciones para la aplicación del Convenio.*—El presente Convenio se aplicará únicamente bajo las siguientes condiciones:

1. Que exista sentencia firme y definitiva como ha sido definida en el artículo 1, ordinal 3, del presente Convenio.

2. Que la persona condenada otorgue expresamente su consentimiento al traslado, habiendo sido informada previamente de las consecuencias legales del mismo.

3. Que el hecho por el que la persona haya sido condenada constituya también delito en el Estado receptor. A tal efecto, no se tendrán en cuenta las diferencias de denominación o las que no afecten a la naturaleza del delito.

4. Que la persona condenada sea nacional del Estado receptor.
5. Que el tiempo de la condena por cumplirse al momento de hacerse la solicitud sea de, por lo menos, un año.
6. Que la aplicación de la pena no sea contraria al ordenamiento jurídico interno del Estado receptor.
7. Que las demás disposiciones de la sentencia, fuera de la privación de libertad e incluidas las relativas a la responsabilidad civil, hayan sido cumplidas, salvo que el penado haya sido declarado insolvente.
8. Que la condena a cumplirse no sea pena de muerte.

Art. 4.º *Suministro de información.*—1. Cada una de las Partes informará del contenido de este Convenio a cualquier persona condenada que pudiera acogerse a lo dispuesto en este Instrumento.

2. Las Partes mantendrán informada a la persona condenada del trámite de su traslado.

Art. 5.º *Procedimiento para el traslado.*—El traslado de la persona condenada, de un Estado a otro, se sujetará al siguiente procedimiento:

1. El trámite podrá ser promovido por el Estado trasladante o por el Estado receptor. En ambos casos se requiere que la persona condenada haya expresado su consentimiento o, en su caso, formulado la petición.

2. La solicitud de traslado se gestionará por intermedio de las autoridades centrales indicadas en el artículo X.

3. En la solicitud de traslado se deberá suministrar la información pertinente que acredite el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo III.

4. Antes de efectuarse el traslado, el Estado trasladante permitirá al Estado receptor verificar, si lo desea y mediante un funcionario designado por éste, que la persona condenada haya dado su consentimiento con pleno conocimiento de las consecuencias legales del mismo.

5. Al tomar la decisión relativa al traslado de una persona condenada, las Partes podrán considerar, entre otros factores, la posibilidad de contribuir a su rehabilitación social; la gravedad del delito; en cada caso, sus antecedentes penales, su estado de salud; y los vínculos familiares, sociales o de otra índole que tuviere en el Estado trasladante y en el Estado receptor.

6. El Estado trasladante suministrará al Estado receptor copia autenticada de la sentencia condenatoria, incluyendo información sobre el tiempo ya cumplido por la persona condenada y el que pueda computársele por motivos tales como trabajo, buena conducta o prisión preventiva. El Estado receptor podrá solicitar cualquier información adicional que considere pertinente.

7. La entrega de la persona condenada por el Estado trasladante al Estado receptor se efectuará en el lugar en que convengan las autoridades centrales. El Estado receptor será responsable de la custodia de la persona condenada desde el momento en que le fuere entregada.

8. Todos los gastos relacionados con el traslado de la persona condenada hasta el lugar de entrega para su custodia al Estado receptor serán por cuenta del Estado trasladante.

9. El Estado receptor será responsable de todos los gastos ocasionados por el traslado de la persona condenada desde el momento en que ésta quede bajo su custodia.

Art. 6.º *Negativa de traslado.*—Cuando una de las Partes no apruebe el traslado de una persona condenada, comunicará su decisión de inmediato al Estado solicitante explicando el motivo de su negativa, cuando esto sea posible y conveniente.

Art. 7.º *Derechos de la persona condenada y cumplimiento de la pena.*

1. La persona condenada que fuere trasladada conforme a lo previsto en el presente Convenio no podrá ser detenida, enjuiciada o condenada nuevamente en el Estado receptor por el mismo delito que motivó la sentencia impuesta por el Estado trasladante.

2. Salvo lo dispuesto en el artículo VIII del presente Convenio, la condena de una persona trasladada se cumplirá conforme a las leyes y procedimientos del Estado receptor, inclusive la aplicación de cualesquiera disposiciones relativas a la reducción de períodos de encarcelamiento o de cumplimiento alternativo de las condenas.

Ninguna sentencia será ejecutada por el Estado receptor de modo tal que prolongue la duración de la condena más allá de la fecha en que concluiría, según los términos de la sentencia del Tribunal del Estado trasladante.

3. Las autoridades del Estado trasladante podrán solicitar, por medio de las autoridades centrales, informes sobre la situación en que se halle el cumplimiento de la condena de cualquier persona trasladada al Estado receptor conforme al presente Convenio.

Art. 8.º *Revisión de la sentencia y efectos en el Estado receptor.*—El Estado trasladante conservará su plena jurisdicción para la revisión de las sentencias dictadas por sus Tribunales. Asimismo, conservará la facultad de conceder indulto, amnistía o gracia a la persona condenada, pudiendo el Estado receptor hacer llegar solicitudes fundadas y orientadas a tal fin. El Estado receptor, al recibir notificación de cualquier decisión al respecto, deberá adoptar de inmediato las medidas correspondientes.

Art. 9.º *Aplicación del Convenio en casos especiales.*—El presente Convenio también podrá aplicarse a personas sujetas a vigilancia u otras medidas, de acuerdo con las leyes de una de las Partes relacionadas con infractores menores de edad. Para el traslado deberá obtenerse el consentimiento de quien esté legalmente facultado para otorgarlo.

El presente Convenio podrá aplicarse a personas a las cuales la autoridad competente hubiere declarado incapaces. Las Partes acordarán, de conformidad con su derecho interno, el tipo de tratamiento a darse a las personas trasladadas. Para el traslado deberá obtenerse el consentimiento de quien legalmente esté facultado para otorgarlo.

Art. 10. *Autoridades centrales.*—Las Partes se comunicarán por vía diplomática, antes de la entrada en vigor del Convenio, la designación de sus respectivas autoridades centrales encargadas de su aplicación.

Art. 11. El presente Convenio entrará en vigor en la fecha del intercambio de los Instrumentos de Ratificación.

Art. 12. El presente Convenio tendrá una duración indefinida y podrá ser denunciado por vía diplomática, denuncia que surtirá efecto seis meses después de recibida.

No obstante, sus disposiciones continuarán en vigor en lo atinente a las personas condenadas que hubieran sido trasladadas hasta el término de las respectivas condenas, al amparo de dichas disposiciones.

Las solicitudes de traslado que se encuentren en trámite al momento de la denuncia del presente Convenio serán completadas hasta su total ejecución, a menos que las Partes acuerden lo contrario.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados para ello por sus Gobiernos respectivos, firman el presente Convenio.

Hecho en Managua, a 18 de febrero de 1995, en dos ejemplares en lengua española, siendo ambos textos igualmente auténticos.

El presente Convenio, según establece en su artículo 11, entró en vigor el 15 de mayo de 1997, fecha en la que tuvo lugar en Managua el intercambio de los Instrumentos de Ratificación.

REAL DECRETO 1211/1997, DE 18 DE JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE AYUDAS Y RESARCIMIENTOS A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS DE TERRORISMO

(BOE n.º 182, de 31 de julio de 1997)

A pesar de las limitaciones presupuestarias, eje de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997, el Gobierno ha pretendido dar una mayor respuesta al sector de la sociedad que de forma más directa viene padeciendo la violencia terrorista. En este contexto, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, representa por sí misma una sustantiva mejora al ampliar el ámbito de protección no sólo para los daños personales y materiales, sino que trasciende a otras circunstancias de carácter socio-asistencial, para las que se prevén ayudas psicológicas, psicopedagógicas, y de subvenciones, de forma tal que supone un notable avance en el campo tuitivo en orden a optimizar en el área socio-asistencial el tratamiento de la problemática que se genera después de un atentado terrorista.

En este marco normativo, el presente Real Decreto deroga el Real Decreto 673/1992, de 19 de junio, que regulaba los resarcimientos por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, y viene a desarrollar el capítulo III del Título II, ayudas a los afectados por delitos de terrorismo, artículos 93 a 96 inclusive, de la precitada Ley, con un doble objetivo: mejorar cuantitativa y cualitativamente este tipo de ayudas, y acercar la Administración a la sociedad, impulsando «la asistencia integral personalizada» a las víctimas de delitos de terrorismo. Consecuentemente con estos dos objetivos, la norma regula y desarrolla los aspectos que, a modo de resumen, se enumeran a continuación, actualizando y mejorando la anterior, que se deroga: se revalorizan en 10 mensualidades del salario mínimo interprofesional las prestaciones a percibir por todas y cada una de las situaciones que se contemplaban sobre la base de las cuantías que el Ministerio del Interior abonaba por daños personales, bien fueran por fallecimiento, o por las distintas clases de incapacidad, derivadas todas ellas de lesiones invalidantes; se procura ofrecer una interpretación amplia en cuanto al carácter y exigencias acerca de los elementos esenciales de la vivienda habitual, a fin de poder atender en mayor medida al contenido de los daños materiales padecidos con motivo de un atentado terrorista; esta acción se extiende a los establecimientos mercantiles e industriales, con un límite en su cuantía de hasta 15.000.000

de pesetas, al tiempo que se prevén ayudas a los titulares de vehículos que se dediquen al transporte de personas o mercancías o se utilicen con fines laborales o profesionales, situaciones éstas que antes se encontraban fuera del marco legal de resarcimiento y que a partir de 1997 tienen cobertura normativa.

Especial novedad ofrece la regulación de posibles préstamos dirigidos a facilitar la reanudación de las actividades empresariales, cuando éstas hayan sido interrumpidas, como consecuencia de atentado. Igualmente, destacan dentro de la nueva regulación, las ayudas al estudio, que se dirigen a paliar las necesidades en este campo de los estudiantes víctimas de delitos terroristas, o de sus familiares, con el fin de facilitar a aquéllos el acceso económico y social al estudio y posteriormente al puesto en la sociedad que podría corresponderles. El Real Decreto regula la asistencia psicológica o psicopedagógica de carácter inmediato, a través de un equipo de especialistas adecuados, y cuya intervención, después de un atentado, resulta necesaria o conveniente, coadyuvando en estos campos a fin de que las personas afectadas o sus familiares puedan volver al entorno social en que desarrollaban sus actividades.

Cerrando el círculo de cobertura normativa, la presente legislación desarrolla una amplia política de subvenciones que, de alguna forma, se canaliza a través de las asociaciones que prioritariamente dirigen sus actividades a las personas afectadas en este sector, en defensa de sus intereses, en un afán de orientar y alcanzar en este tipo de acciones la máxima rentabilidad moral, social, económica y asistencial.

Así pues, el Reglamento es la expresión de una voluntad política que se traduce en auténticos incrementos en la cuantificación de los resarcimientos y ayudas, ampliando y mejorando las anteriores, atendiendo nuevas contingencias no previstas en la anterior, flexibilizando criterios en orden a conseguir mayores beneficios y, en definitiva, tratando de dar la más amplia respuesta a las situaciones de las personas en su doble condición de administrados y afectados, reduciendo en lo posible, las actuaciones administrativas, de tal manera que se consiga una relación permanente, directa y personal entre la Administración y la persona o familiar afectados por la violencia terrorista, en su más amplio sentido.

En su virtud, a propuesta del Ministro del Interior, con la aprobación del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 18 de julio de 1997, dispongo:

Artículo único. Se aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo, cuyo texto se inserta a continuación.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Única. El apartado 2.º) del artículo 9 del Real Decreto 1885/1996, de 2 de agosto, de estructura orgánica básica del Ministerio del Interior, queda redactado en los siguientes términos:

«La atención a las víctimas del terrorismo, facilitando información relativa a posibilidades y procedimientos para solicitar ayudas públicas y para la obtención, en su caso, del beneficio de justicia gratuita. La tramitación y propuesta de resolución de los expedientes de ayudas y resarcimientos a los afectados por delitos de terrorismo. La colaboración con las oficinas de asistencia a las víctimas de delitos violentos que se establezcan en Tribunales y Fiscalías, así como la relación con las asociaciones de víctimas de terrorismo y sus familiares, y con las unidades de otras administraciones encargadas también de la tramitación de las ayudas públicas».

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Única. Las ayudas y resarcimientos contenidos en el presente Reglamento serán de aplicación a los hechos acaecidos a partir del día 1 de enero de 1997.

Los procedimientos de resarcimiento de daños corporales y materiales causados por actividades delictivas de bandas armadas y elementos terroristas, que se encuentren en tramitación en la fecha de entrada en vigor del presente Real Decreto, siempre que los hechos que los motivan sean anteriores al 1 de enero de 1997, se completarán y resolverán de acuerdo con la normativa anterior.

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

Única. Queda derogado el Real Decreto 673/1992, de 19 de junio, por el que se regulan los resarcimientos por daños a víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, modificado por el Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, y cualesquiera otras disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo establecido en el presente Real Decreto.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Por el Ministerio de Economía y Hacienda se habilitarán los créditos necesarios con cargo a los Presupuestos Generales del Estado para hacer efectivas las previsiones del Reglamento que se aprueba por este Real Decreto.

Segunda. Se habilita a los distintos Departamentos ministeriales, en el ámbito de sus respectivas competencias, a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en el Reglamento que se aprueba por el presente Real Decreto.

Tercera. El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

REGLAMENTO DE AYUDAS Y RESARCIMIENTOS A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS DE TERRORISMO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.º *Objeto: concepto y alcance.*-1. Serán resarcibles por el Estado, con el alcance y condiciones previstas en este Reglamento, los daños corporales (físicos y psíquicos), los gastos en razón de tratamiento médico, y los daños materiales causados como consecuencia o con ocasión de delitos de terrorismo cometidos por bandas armadas, elementos terroristas, o por persona o personas que alteren gravemente la paz y seguridad ciudadana, a quienes no fueran responsables de dichas actividades delictivas.

2. Los daños resarcibles serán los siguientes:

a) Daños corporales, tanto físicos como psíquicos, así como los gastos por su tratamiento médico. Estos últimos se abonarán a la persona afectada, sólo en el

supuesto de que no tengan cobertura total o parcial por sistema de previsión público o privado.

- b) Daños materiales ocasionados en la vivienda habitual de las personas físicas.
- c) Los producidos en establecimientos mercantiles e industriales, que se establecen en el presente Reglamento.
- d) Los causados en vehículos cuando éstos se dediquen al transporte de personas o mercancías, o constituyan elemento necesario para el ejercicio de una profesión, o actividad mercantil o laboral.

3. Se concederán, asimismo, en la forma prevista en este Reglamento las siguientes ayudas:

- a) De estudio, cuando, como consecuencia de un acto terrorista se deriven para el propio estudiante, o para sus padres, tutores o guardadores, daños personales que sean de especial trascendencia, o los inhabiliten para el ejercicio de su profesión habitual.
- b) Asistencia psicológica y psicopedagógica, con carácter inmediato, tanto para las víctimas como para los familiares.
- c) Subvenciones, a las asociaciones que representan y defienden intereses de las víctimas del terrorismo.

Art. 2.º *Determinación del nexo causal.*—1. Para la determinación del nexo causal entre las actividades delictivas y el resultado lesivo producido, se estará a lo que resulte del expediente administrativo instruido al efecto.

2. Sin embargo, el interesado podrá instar la revisión de la resolución administrativa dictada en el expediente a que se refiere el apartado anterior, cuando exista sentencia penal firme que determine dicho nexo, dentro del plazo de un año, a contar desde la notificación de la sentencia o desde la fecha en que hubiere tenido conocimiento efectivo de ella.

Art. 3.º *Carácter subsidiario.*—Los resarcimientos por daños regulados en el presente Reglamento, a excepción de los corporales, tendrán carácter subsidiario respecto a los establecidos para los mismos supuestos por cualquier otro organismo público o a los derivados de contratos de seguros.

Las restantes ayudas serán incompatibles con las percibidas por el mismo concepto de otras Administraciones públicas.

En estos supuestos, únicamente se resarcirán aquellas cantidades que pudieran resultar de la diferencia entre lo abonado por dichas Administraciones públicas o entidades de seguro y la valoración oficialmente efectuada.

Art. 4.º *Procedimiento y competencia.*—1. Las solicitudes presentadas al amparo de esta normativa serán tramitadas y resueltas por el Ministerio del Interior.

2. Los procedimientos se ajustarán a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especialidades que se establecen en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, y en el presente Real Decreto.

La incoación e instrucción de actuaciones judiciales por razón de los hechos a que se refiere el presente Real Decreto no impedirá la iniciación y tramitación de dichos procedimientos.

3. Los plazos para resolver dichos procedimientos serán:

- a) Resarcimientos por muertes: dos meses.
- b) Resarcimientos por lesiones y por incapacidad temporal: cuatro meses.

- c) Resarcimientos por gastos derivados de tratamientos médicos y ayudas al estudio y de asistencias psicológicas y psicopedagógicas: dos meses.
- d) Resarcimientos por daños materiales: seis meses.
- e) Subvenciones: el previsto en las correspondientes convocatorias.

Los plazos de resolución de los procedimientos se computarán desde el día de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del órgano competente.

4. Se podrán entender desestimadas las solicitudes cuando transcurrido el plazo máximo para resolver no haya recaído resolución expresa.

5. La tasación pericial de los daños materiales se efectuará por los servicios competentes del Consorcio de Compensación de Seguros.

6. A los efectos de determinar la concurrencia de otras ayudas o indemnizaciones, se requerirá al interesado para que aporte, si no la hubiere presentado con anterioridad, declaración sobre percepción de indemnizaciones derivadas de contrato de seguro o de ayudas reconocidas por las Administraciones públicas; y se interesará igualmente informe de la Comunidad Autónoma y Corporación local correspondientes, así como del Consorcio de Compensación de Seguros.

7. Las resoluciones del Ministerio del Interior podrán ser impugnadas ante la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, prevista en el artículo 11 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, cuyos acuerdos pondrán fin a la vía administrativa.

8. El procedimiento impugnatorio ante la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual se iniciará mediante escrito de impugnación, que habrá de presentarse en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución.

El escrito de impugnación, que podrá fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, deberá expresar:

- a) El nombre y apellidos del interesado o interesados y el medio y lugar a efectos de notificaciones.
- b) La resolución que se impugna y la razón de su impugnación.
- c) El lugar y fecha de la impugnación y la firma o identificación personal del interesado o interesados.
- d) El órgano al que se dirige.

El escrito de impugnación podrá dirigirse, indistintamente, al Ministerio del Interior o a la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Si el escrito de impugnación se dirigiera al Ministerio del Interior, la unidad administrativa competente lo remitirá, junto con su informe y una copia completa y ordenada del expediente inicial, a la Secretaría General de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, en el plazo de diez días.

Si el escrito de impugnación se dirigiese a la Comisión Nacional, el Secretario general reclamará, en el día siguiente al de su recepción, la copia del expediente y el informe de la unidad administrativa competente del Ministerio del Interior, que habrá de remitirlo en el plazo de diez días.

9. El procedimiento impugnatorio se tramitará con arreglo a lo previsto en los artículos 81 al 88 del Reglamento de Ayudas a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, aprobado por Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo.

10. Transcurridos tres meses desde la formulación de la impugnación sin que se adopte acuerdo por la Comisión Nacional, se podrá entender desestimada aquélla, salvo en el supuesto previsto en el artículo 43.3.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y quedará expedita la vía del recurso contencioso-administrativo.

Art. 5.º *Plazo de prescripción de la acción.*—1. La acción para reclamar prescribe por el transcurso del plazo de un año, computado a partir del hecho que la motivó. No obstante, para el resarcimiento de las lesiones, dicho plazo comenzará a correr a partir de la fecha en que la víctima esté totalmente curada de sus lesiones o de la fecha en que se establezcan los efectos lesivos, según los casos.

2. En los supuestos en que, por consecuencia directa de las lesiones, se produjese el fallecimiento, se abrirá un nuevo plazo de igual duración para solicitar el resarcimiento o, en su caso, la diferencia que procediese entre la cuantía satisfecha por tales lesiones y la que corresponda por el fallecimiento. De igual modo se procederá cuando, como consecuencia directa de las lesiones, se produjese una situación de mayor gravedad a la que corresponda una cantidad superior.

3. El plazo de prescripción quedará interrumpido desde que se inicien actuaciones judiciales por razón de los hechos delictivos a que se refiere el presente Reglamento, volviendo a correr desde que aquéllas terminen.

CAPÍTULO II

DAÑOS CORPORALES

Art. 6.º *Compatibilidad de resarcimiento.*—Los resarcimientos que procedan por daños corporales serán compatibles con cualesquiera otros a que tuvieran derecho las víctimas o sus causahabientes. Sin embargo, los gastos por razón de tratamiento médico sólo serán resarcidos en la cuantía no cubierta por cualquier sistema de previsión al que la víctima estuviese acogida.

Art. 7.º *Titulares del derecho de resarcimiento.*—Serán titulares del derecho de resarcimiento por daños corporales:

1. En caso de lesiones, la persona o personas que las hubieren padecido; respecto de los gastos médicos por tratamiento, en el caso de que no estén cubiertos total o parcialmente por algún sistema de previsión, los propios lesionados o la persona o entidad que los haya sufragado.

2. En caso de muerte, y siempre con referencia a la fecha de ésta, las personas que reúnan las condiciones que se indican a continuación:

a) El cónyuge de la persona fallecida, si no estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con ella de forma permanente con análoga relación de afectividad a la del cónyuge, cualquiera que sea su orientación sexual, durante al menos los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia; y los hijos de la persona fallecida, o de la persona conviviente, siempre que dependieran económicamente de ella, con independencia de su filiación y edad, o de su condición de póstumos.

b) En el caso de inexistencia de los anteriores, los padres de la persona fallecida si dependieran económicamente de ella.

c) En defecto de los padres, y siempre que dependieran económicamente de la persona fallecida, y por orden sucesivo y excluyente, los nietos de ésta, cualquiera que sea su filiación, los hermanos y los abuelos de la misma.

d) De no existir ninguna de las personas reseñadas en los apartados anteriores, los hijos, cualquiera que fuera su filiación y edad, y los padres, siempre que tanto unos como otros no dependieran económicamente del fallecido.

3. De concurrir dentro de alguno de los supuestos previstos en el apartado anterior varios beneficiarios, la distribución de la cantidad a que asciende el resarcimiento se efectuará de la siguiente manera:

a) En el caso del párrafo a), dicha cantidad se repartirá por mitades, correspondiendo una al cónyuge o conviviente y la otra a los hijos, distribuyéndose esta última entre ellos por partes iguales.

No obstante, cuando concurren el cónyuge no separado legalmente y la persona que hubiere venido conviviendo con el fallecido, la condición de beneficiario sólo la ostentará dicho cónyuge.

b) En los casos de los párrafos b), c) y d), por partes iguales entre los beneficiarios concurrentes.

4. A los efectos de este artículo, se entenderá que una persona depende económicamente del fallecido, cuando en el momento del fallecimiento aquélla viviera total o parcialmente a expensas de éste y no percibiera, en cómputo anual, rentas o ingresos de cualquier naturaleza, superiores al 150 por 100 del salario mínimo interprofesional vigente en dicho momento, también en cómputo anual.

Art. 8.º *Criterios para determinar el importe del resarcimiento.*—El importe del resarcimiento se determinará por aplicación de las siguientes reglas:

1.º De producirse situación de incapacidad temporal, la cantidad a percibir será la equivalente al duplo del salario mínimo interprofesional diario vigente, durante el tiempo en que el afectado se encuentre en tal situación, con un límite máximo de dieciocho mensualidades.

A estos efectos, se entenderá por incapacidad temporal la producida como consecuencia de una lesión, enfermedad o accidente, que tenga un nexo causal directo o derivado de un acto terrorista, mientras la víctima reciba asistencia sanitaria y esté impedida para el ejercicio de sus actividades habituales.

Criterio idéntico al señalado en el párrafo primero de este apartado, se seguirá para determinar el resarcimiento correspondiente, en caso de incapacidad temporal de personas que no se encuentren prestando servicios profesionales en virtud de relación laboral o administrativa, y queden impedidas para hacer su vida habitual.

En caso de vigencia sucesiva de salarios mínimos interprofesionales durante el tiempo en que el afectado se encuentre en esta situación, dichos salarios se aplicarán según el tiempo de vigencia respectiva.

2.º De producirse lesiones, mutilaciones o deformaciones de carácter definitivo y no invalidante, las cantidades a percibir serán fijadas con arreglo al baremo resultante de la aplicación de la legislación de la Seguridad Social sobre cuantías de las indemnizaciones de las lesiones, mutilaciones y deformaciones, definitivas y no invalidantes, derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

3.º De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a percibir se referirá al salario mínimo interprofesional vigente en la fecha en que se consoliden los daños corporales y dependerá del grado de incapacitación, con arreglo a la siguiente escala:

- a) Incapacidad permanente parcial: cincuenta mensualidades.
- b) Incapacidad permanente total: setenta mensualidades.
- c) Incapacidad permanente absoluta: cien mensualidades.
- d) Gran invalidez: ciento cuarenta mensualidades.

4.ª En los casos de muerte, el resarcimiento será de ciento treinta mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente en la fecha en que se produzca aquella, salvo en los casos de resarcimiento previo por las lesiones, en los que se estará a lo dispuesto en el artículo 5.2, efectuándose la correspondiente deducción.

5.ª A los resarcimientos fijados en las reglas 2.ª, 3.ª y 4.ª de este artículo, se sumarán los que correspondan, en su caso, por incapacidad temporal, con un máximo por este último concepto de dieciocho mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente.

6.ª A las cantidades que resulten de la aplicación de las reglas 3.ª y 4.ª anteriores, se añadirá una cantidad fija de veinte mensualidades del salario mínimo interprofesional que corresponda por cada uno de los hijos que dependan económicamente de la víctima.

7.ª Las cantidades que resulten de aplicar las reglas anteriores, podrán incrementarse hasta en un 30 por 100, teniendo en cuenta las circunstancias o situaciones de especial dificultad o necesidad, personales, familiares, económicas y profesionales de la víctima.

Art. 9.º *Calificación de las lesiones.*—Para la calificación de las lesiones será necesario, en todo caso, el dictamen médico emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de la residencia del interesado.

En aquellas provincias en que no se haya constituido el Equipo de Valoración de Incapacidades del Instituto Nacional de la Seguridad Social, los dictámenes médicos serán emitidos por las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades u órgano equivalente del servicio público de la salud de la Comunidad Autónoma correspondiente.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, la calificación de las lesiones, en los supuestos de militares, miembros del Cuerpo de la Guardia Civil o funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, también podrá efectuarse por sus respectivos tribunales médicos.

Art. 10. *Pagos a cuenta.*—1. El sistema de pagos a cuenta se aplicará únicamente para los supuestos de incapacidad temporal y de lesiones invalidantes.

En tales casos, a instancia de parte, o de oficio por la Administración en aquellos supuestos en que el afectado se viera imposibilitado para ello, las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno correspondientes al lugar del hecho delictivo o de residencia de la víctima, instruirán un expediente con carácter de urgencia en el que, acreditado y determinado el hecho delictivo como terrorista, y la titularidad del derecho al resarcimiento, emitirán informe sobre reconocimiento del derecho a la concesión de ayuda a cuenta de la que definitivamente proceda. Dicho expediente se remitirá a la Subdirección General de Atención al Ciudadano y de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo del Ministerio del Interior, a efectos de determinación de la procedencia de la concesión del pago a cuenta.

2. Dicha unidad, previo trámite de audiencia a los interesados, propondrá al Secretario general técnico del Ministerio del Interior la resolución correspondiente, que pondrá término a la vía administrativa.

3. Las cantidades adelantadas se abonarán por trimestres vencidos, y en cuantía no inferior a la resultante de multiplicar por cien el salario mínimo interprofesional diario vigente, en la fecha en que se produjo la lesión.

4. El primer abono tendrá lugar una vez transcurridos cien días desde que se produjo el hecho terrorista, siempre que se hubiera dictado la resolución que acuerde la concesión de los pagos, y estará supeditado a la presentación del documento que

acredite la situación de baja o incapacidad. Para los sucesivos abonos, de periodicidad trimestral, será igualmente necesaria la acreditación de dicha situación.

5. El plazo máximo por el que se podrán conceder los pagos a cuenta será de dieciocho meses.

6. Una vez concedida el alta y con informe de los Equipos de Valoración de Incapacidades del INSS o, en su caso, de las Unidades de Valoración Médica de Incapacidades u organismo equivalente de los servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas a que hace referencia el artículo 9 y, en todo caso, transcurrido el plazo de dieciocho meses previsto en el apartado anterior, se tramitará expediente para el pago total del resarcimiento que proceda del que, previamente, se descontarán aquellas cantidades que fueron abonadas a cuenta.

CAPÍTULO III

AYUDAS DE ESTUDIO

Art. 11. Beneficiarios. Contenido y clases de ayudas.—1. Se concederán ayudas de estudio cuando, como consecuencia de un acto terrorista, se deriven para el propio estudiante, o para sus padres, tutores o guardadores, daños personales que sean de especial trascendencia, o los inhabiliten para el ejercicio de su profesión habitual. La especial trascendencia de los daños será valorada por el Ministerio del Interior, atendiendo a la repercusión de las lesiones sufridas, en la vida y en la economía familiar de la víctima, y en los supuestos de muerte y de lesiones invalidantes.

2. Las ayudas de estudio podrán comprender tanto las destinadas a sufragar los precios de los servicios académicos y material escolar, como los de transporte, residencia fuera del domicilio familiar y atención compensatoria a la familia por la dedicación al estudio de alguno de sus miembros.

3. Las ayudas serán de dos clases: ordinarias y extraordinarias.

Art. 12. Ayudas ordinarias.—1. La concesión y renovación de estas ayudas se ajustará, con las particularidades que más adelante se señalan, al sistema establecido en las convocatorias anuales de becas de carácter general del Ministerio de Educación y Cultura.

Los tipos de estudios cubiertos por las ayudas, las clases y cuantías de las mismas, los requisitos económicos y académicos, y las obligaciones de sus beneficiarios, serán las determinadas en las citadas convocatorias, que en todo caso comprenderán las especialidades siguientes:

a) Para computar el umbral de renta y patrimonio familiar permitido al beneficiario, se aplicará el coeficiente multiplicador 1,75 a los niveles máximos autorizados para cada curso académico por el Ministerio de Educación y Cultura.

b) Para calcular los rendimientos académicos mínimos admitidos a los beneficiarios de estas ayudas se corregirán las calificaciones medias señaladas en las referidas convocatorias con la multiplicación por un coeficiente reductor del 0,60.

c) Para conceder las ayudas correspondientes a los niveles obligatorios de enseñanza, que no aparezcan comprendidas en las convocatorias de becas de carácter general, se establecerá una percepción única equivalente a la cuantía señalada anualmente por el Ministerio de Educación y Cultura para las ayudas otorgadas en razón del carácter y régimen de centro a los alumnos de enseñanzas medias.

Art. 13. Presentación y plazos.—1. Los peticionarios de las ayudas deberán cumplimentar el impreso de solicitud y acompañar la documentación que establezca

al efecto el Ministerio de Educación y Cultura para cada convocatoria general de becas. Además, el citado impreso deberá ir acompañado de una certificación del Ministerio del Interior, acreditativa de la cualidad de víctima o beneficiario, que habilite al peticionario para acogerse a este régimen de concesión de becas. Esta condición se hará constar, igualmente, en la cabecera del impreso con la adición de las palabras «Ayudas al estudio para las víctimas del terrorismo».

2. Los plazos de presentación de las instancias serán los que se señalen en las convocatorias generales de becas del Ministerio de Educación y Cultura. No obstante, se podrán presentar fuera de estos plazos las solicitudes que traigan causa de un acto terrorista cometido con posterioridad al último plazo señalado. Las peticiones de ayuda se dirigirán, en cualquier caso, a la Subdirección General de Atención al Ciudadano y de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo del Ministerio del Interior. Asimismo, todas las instancias se podrán presentar en las oficinas de Correos y en cualquiera de las dependencias señaladas en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Art. 14. Examen y resolución de solicitudes.—1. Las solicitudes presentadas serán examinadas por los órganos que determine el Ministerio de Educación y Cultura que, tras efectuar los cálculos y verificaciones pertinentes, procederá a enviarlas convenientemente baremadas al Ministerio del Interior.

2. La concesión de las ayudas se acordará por Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, y la tramitación de los gastos y pagos a que dieran lugar se realizará con cargo a los créditos presupuestarios correspondientes a dicho Departamento.

Art. 15. Incompatibilidades.—1. Ningún estudiante podrá recibir más de una beca por curso, de este régimen o del régimen general, aunque realice simultáneamente varios cursos o carreras. Las becas concedidas a las víctimas de terrorismo serán incompatibles con las percibidas por los mismos conceptos de otras Administraciones públicas o de instituciones privadas

2. Las becas para residencia que pueda conceder el Ministerio del Interior serán incompatibles con las concedidas por las Mutualidades de Funcionarios y por Colegios o Fundaciones de Huérfanos de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

3. Se entenderán compatibles con las ayudas reguladas en los artículos anteriores, las becas-colaboración convocadas por el Ministerio de Educación y Cultura, las becas Erasmus y las becas Tempus.

Art. 16. Revisión y devolución.—1. Las ayudas adjudicadas podrán ser revisadas por el órgano competente, exigiéndose su reintegro en los supuestos de error, ocultación o falseamiento de datos, en los términos establecidos por el Reglamento del procedimiento para la concesión de ayudas y subvenciones públicas, aprobado por Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, y demás normas complementarias.

2. Las cantidades no reintegradas en el período voluntario de ingreso serán objeto de exacción por el procedimiento administrativo de apremio, de acuerdo con lo establecido en el vigente Reglamento General de Recaudación.

3. Las responsabilidades referidas se entienden sin perjuicio de las de orden académico o penal en que pudiera haber incurrido el peticionario.

Art. 17. Ayudas extraordinarias.—Con independencia de las ayudas de carácter ordinario, sometidas al régimen anterior, la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior podrá conceder ayudas extraordinarias para paliar situaciones de necesi-

dad personal o familiar no cubiertas, o cubiertas de forma insuficiente, por las ayudas ordinarias. Estas ayudas extraordinarias podrán ser solicitadas o promovidas de oficio, en caso de urgencia, por la Subdirección General de Atención al Ciudadano y de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo, y su cuantía se relacionará con las fijadas para situaciones análogas en las convocatorias generales de becas, pudiendo, sin embargo, determinarse cuantía específica en los casos no asimilables.

CAPÍTULO IV

ASISTENCIA PSICO-SOCIAL

Art. 18. Beneficiarios.—Las víctimas, sus familiares o personas con quienes convivan, recibirán con carácter inmediato la asistencia psicológica y, en su caso, psicopedagógica que fueren precisas, a cuyo efecto la Administración General del Estado establecerá los oportunos concertos con otras Administraciones públicas o con entidades privadas especializadas en dicha asistencia, bien se trate de organizaciones de carácter profesional, humanitario o de asociaciones de víctimas del terrorismo, con servicios específicos en la materia.

Art. 19. Servicios de intervención psico-social inmediata.—La Subdirección General de Atención al Ciudadano y de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo contará con servicios especializados en intervenciones de emergencia para realizar cuantas actuaciones fueren precisas en orden a la atención personal, social y psicológica de las víctimas ocasionadas por los actos terroristas. Los citados servicios podrán ser concertados con organizaciones públicas o privadas especializadas en el auxilio o asistencia en situaciones de siniestro o catástrofe.

Art. 20. Tratamiento psicológico de secuelas.—El tratamiento psicológico de las secuelas posteriores al atentado, al que tendrán derecho tanto las víctimas como los familiares o personas con quienes convivan, se podrá recibir, previa prescripción facultativa, desde la aparición de los trastornos psicopatológicos causados o evidenciados por el atentado. A estos efectos, la Administración General del Estado podrá establecer los concertos señalados en el artículo 18 para asegurar esta prestación en todo el territorio nacional.

En defecto de los referidos concertos, o cuando éstos no cubrieren un área geográfica o una casuística especial determinada, la Administración General del Estado podrá financiar el coste de los tratamientos individuales requeridos. La ayuda correspondiente se percibirá por trimestres vencidos, previa presentación de las facturas originales de los gastos realizados y de los honorarios abonados a los profesionales intervinientes. Dicha ayuda no podrá sobrepasar la cantidad de 500.000 pesetas por tratamiento individualizado.

Art. 21. Asistencia psico-pedagógica.—Los alumnos de Educación Infantil, Primaria y Secundaria Obligatoria que, como consecuencia de un acto terrorista sufrido por ellos mismos, sus familiares o personas con quienes convivan, padezcan problemas de aprendizaje o de adaptación social, podrán recibir apoyo psicopedagógico, prioritario y gratuito, de acuerdo con la normativa que regula la atención al alumnado con necesidades educativas especiales en los centros dependientes de la Administración General del Estado.

Art. 22. Procedimiento.—Para ejercitar el derecho a esta prestación, en cualquiera de sus modalidades, se seguirá el siguiente procedimiento:

a) El interesado, sus padres o tutores, en el caso de menores de edad o incapacitados, formularán instancia dirigida a la Subdirección General de Atención al Ciudadano y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo solicitando la correspondiente ayuda y acompañando el informe facultativo en el que se describa con precisión la situación o diagnóstico del paciente o del alumno, el tratamiento aconsejable y su duración aproximada.

b) La Subdirección General de Atención al Ciudadano y de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo, a la vista de la documentación recibida y de los informes que recabe en caso necesario, resolverá sobre el cauce y modalidad de la ayuda a recibir por el solicitante.

c) El expediente podrá ser reexaminado por la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior a la vista de la realización del tratamiento o asistencia, si bien habrá de atenerse a lo dispuesto en el artículo 20, si se refiere a tratamiento psicológico de secuelas.

Art. 23. Incompatibilidades.—La asistencia psicológica y psicopedagógica será incompatible con la de la misma naturaleza que pudieran prestar, por las mismas causas, otras Administraciones públicas.

CAPÍTULO V

DAÑOS MATERIALES

Art. 24. Daños resarcibles.—Los resarcimientos por daños materiales comprenderán los causados en la vivienda habitual de las personas físicas, los producidos en establecimientos mercantiles e industriales, o en elementos productivos de las empresas, y los producidos en vehículos, con los requisitos y limitaciones establecidos en el presente Reglamento.

Art. 25. Daños en la vivienda habitual de las personas físicas.—1. En las viviendas habituales de las personas físicas, los daños objeto de resarcimiento serán los sufridos en la estructura o elementos esenciales de dichas viviendas [Ley 13/1996, artículo 94.10.a)].

Se considerarán elementos esenciales reparables aquellos cuya reposición resulte necesaria para que la vivienda recupere las condiciones de habitabilidad anteriores al siniestro, incluyéndose, por tanto, las instalaciones y mobiliario necesario a tales efectos.

2. Se entenderá por vivienda habitual, a los efectos del presente Real Decreto, la edificación que constituya la residencia de la persona durante un plazo de, al menos, seis meses al año. Igualmente se entenderá que la vivienda es habitual en los casos de ocupación de la misma desde tiempo inferior a un año, siempre que se haya residido en ella un tiempo equivalente, al menos, a la mitad del transcurrido desde la fecha en que hubiera comenzado la ocupación.

El resarcimiento se abonará a los propietarios de las viviendas o a quienes legítimamente hubieran efectuado o dispuesto la reparación.

3. Los resarcimientos tendrán carácter subsidiario respecto de cualesquiera otros reconocidos por las Administraciones públicas o derivados de contratos de seguro, y alcanzarán el valor total de la reparación, reduciéndose en cuantía igual al valor de otras indemnizaciones cuando concurren éstas [Ley 13/1996, artículo 94.10.a)].

4. La Administración General del Estado podrá encargar la reparación de las viviendas a empresas constructoras, abonando a éstas directamente su importe. Los contratos administrativos a que den lugar las obras de reparación se tramitarán por el

procedimiento de emergencia previsto en el artículo 73 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas. De efectuarse las reparaciones, los beneficiarios de los resarcimientos habrán de ceder a la Administración General del Estado las cantidades que por este concepto percibieran de otras Administraciones públicas o de entidades aseguradoras. Sin perjuicio de ello, la Administración General del Estado podrá celebrar convenios con otras Administraciones públicas, al objeto de que éstas asuman la ejecución de las obras de reparación, abonando aquélla su importe [Ley 13/1996, artículo 94.10.a)].

Art. 26. *Supuesto especial de imposibilidad de reparación de la vivienda.* Cuando el coste de las obras necesarias de reparación supere el 50 por 100 del valor actual del inmueble afectado, excluido el valor del terreno, el importe del resarcimiento se determinará en la forma que se indica a continuación:

a) Si el ocupante de la vivienda fuera el propietario de la misma o se tratara de vivienda familiar ocupada por uno de los cónyuges en virtud de resolución judicial, acuerdo entre ellos o por razones profesionales, el resarcimiento alcanzará el valor catastral que tuviera asignado ésta a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

b) Si el ocupante fuera arrendatario de la vivienda, el importe del resarcimiento se determinará aplicando el 5 por 100 del valor indicado en el párrafo a) por cada uno de los años o fracción de años que, en el momento de ocurrir la acción delictiva, faltara para concluir el tiempo de duración del contrato, sin que pueda exceder, en ningún caso, del 50 por 100 del indicado valor.

c) Si el ocupante lo fuera en virtud de derechos reales de usufructo, uso o habitación sobre la vivienda, el importe del resarcimiento se determinará aplicando las reglas de valoración previstas en las normas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, tomando como valor del pleno dominio el catastral correspondiente al inmueble destinado a vivienda.

Art. 27. *Daños en establecimientos mercantiles o industriales.*—En el caso de establecimientos mercantiles o industriales, el resarcimiento comprenderá el 50 por 100 del valor de las reparaciones necesarias para poner nuevamente en funcionamiento dichos establecimientos, con un máximo de 15.000.000 de pesetas por establecimiento. No serán resarcibles los daños causados a establecimientos de titularidad pública.

Los resarcimientos tendrán también carácter subsidiario respecto de cualesquiera otros reconocidos por las Administraciones públicas o derivados de contratos de seguro, reduciéndose proporcionalmente en las cuantías de otras indemnizaciones, cuando concurren éstas.

De estar situados los mencionados establecimientos en edificios de viviendas que sean objeto de obras de reparación conforme a lo previsto en el artículo 25, dichas obras podrán comprender también la reparación de los establecimientos, si bien sus titulares vendrán obligados a abonar a la Administración General del Estado o, en su caso, a la Administración pública que ejecutase la obra, el importe de la reparación, en lo que exceda del importe del resarcimiento calculado en la forma establecida en el presente artículo [Ley 13/1996, artículo 94.10.b)].

Art. 28. *Daños causados en vehículos.*—Serán resarcibles los daños causados en vehículos cuando éstos se dediquen al transporte de personas o mercancías o, en general, constituyan elemento indispensable para el ejercicio de una profesión o actividad mercantil o laboral.

El resarcimiento comprenderá el importe de los gastos necesarios para su reparación, o el importe de su valor venal en caso de destrucción total del vehículo, así como en el supuesto en que el coste de reparación exceda del valor venal; y tendrá carácter subsidiario respecto de cualesquiera otros reconocidos por las Administraciones públicas o derivados de contratos de seguros, reduciéndose en cuantía igual al valor de dichos resarcimientos o indemnizaciones, de concurrir éstos [Ley 13/1996, artículo 94.10.c)].

Art. 29. *Daños en elementos productivos de las empresas.*—Con independencia de los resarcimientos por daños previstos en los artículos anteriores, la Administración General del Estado podrá, en supuestos excepcionales y, en particular, cuando como consecuencia del acto terrorista, quedare interrumpida la actividad de una empresa, con riesgo de pérdida de sus puestos de trabajo, acordar la subsidiación de préstamos destinados a la reanudación de dicha actividad, que consistirá en el abono a la entidad de crédito prestamista, de la diferencia existente entre los pagos de amortización de capital e intereses al tipo de interés fijado por la entidad prestamista, y los que corresponderían al tipo de interés subsidiario.

El tipo de interés subsidiario será el del interés legal del dinero en el acto de formalización del préstamo menos tres puntos.

También podrá celebrar la Administración General de Estado convenios con entidades de crédito al objeto de que éstas establezcan modalidades de créditos a bajo interés, con la finalidad indicada en el párrafo precedente.

CAPÍTULO VI

SUBVENCIONES

Art. 30. *Objeto.*—El Ministerio del Interior podrá conceder subvenciones a las asociaciones cuyo objeto sea la representación y defensa de los intereses de las víctimas del terrorismo, y a las instituciones que realicen actividades asistenciales en favor de las mismas, en los términos y condiciones preceptuados por el artículo 81 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el Reglamento de procedimiento para concesión de ayudas y subvenciones públicas, aprobado por Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, y por lo dispuesto en el presente Reglamento.

Art. 31. *Finalidad de las subvenciones.*—Las subvenciones de este orden habrán de dirigirse al cumplimiento de una o varias de las finalidades siguientes:

a) Apoyo al movimiento asociativo: financiación de los gastos generales de funcionamiento, coordinación y gestión de las entidades, dedicadas a la protección y representación de los derechos e intereses de las víctimas del terrorismo y de sus familiares, así como al apoyo técnico para el desarrollo de sus cometidos.

b) Programas de asistencia social: se subvencionarán preferentemente las actividades dirigidas a complementar la acción del Estado en el campo de la asistencia material, social o psicológica a las víctimas, individual o colectivamente consideradas, con especial atención hacia aquellas situaciones que no pudieran cubrirse con los tipos ordinarios de ayudas.

c) Programas de información y mentalización de la opinión pública sobre los efectos de la violencia terrorista en el cuerpo social y su especial incidencia en el colectivo de víctimas del terrorismo.

d) Programas de formación y de promoción destinados a facilitar la integración social y profesional de las víctimas, y a promocionar y perfeccionar la función del voluntariado en las tareas de ayuda a las mismas.

Art. 32. Beneficiarios.—Las subvenciones podrán ser solicitadas por las asociaciones representativas de las víctimas del terrorismo, y por aquellas fundaciones, instituciones y entidades sin fines de lucro que desarrollen programas en el campo de la asistencia a las víctimas o que promocionen actividades sociales y culturales específicamente dirigidas a hacer posible la erradicación de la violencia terrorista.

Los solicitantes deberán acreditar su representatividad dentro del colectivo de víctimas del terrorismo, así como su capacidad para desarrollar la actividad para la que se demande la ayuda. No podrán concurrir a la concesión de nuevas subvenciones los beneficiarios de anteriores ayudas, que no las hubieran justificado en los plazos y la forma que establecieran sus respectivas normas reguladoras.

Art. 33. Procedimiento.—El procedimiento para la concesión de subvenciones se iniciará, de acuerdo con el artículo 4 del Reglamento del procedimiento para la concesión de ayudas y subvenciones públicas, aprobado por Real Decreto 2225/1993, de 17 de diciembre, por solicitud de la asociación o entidad interesada en la subvención o de oficio, a través de convocatoria previa, mediante Orden, publicada en el «Boletín Oficial del Estado».

Cada convocatoria establecerá los requisitos necesarios para concurrir a ellas y especificará el procedimiento para la concesión de las subvenciones convocadas. Podrán otorgarse subvenciones sin convocatoria previa cuando por la localización de la actividad, o la especificidad de la acción a desarrollar, sólo fuera posible su ejecución a través de una única entidad actuante.

Art. 34. Criterios de valoración.—Como pautas de valoración para la adjudicación de las subvenciones correspondientes a las actividades a financiar se tendrán en cuenta:

a) El grado de adecuación de las propuestas presentadas al cumplimiento de las finalidades determinadas en el artículo 31 de este Reglamento.

b) La capacitación organizativa y técnica, y la experiencia de la entidad solicitante para la realización de los proyectos presentados.

c) La coherencia entre los objetivos, los instrumentos y el presupuesto previsto, así como la posible inclusión de un sistema de evaluación de los resultados a obtener.

d) El grado de implantación social de la entidad solicitante y la exactitud del cumplimiento y justificación de actividades anteriormente financiadas.

Art. 35. Documentación de las solicitudes.—Las solicitudes deberán acompañarse de la documentación siguiente:

a) Estatutos y código de identificación fiscal de la asociación o entidad peticionaria.

b) Descripción del proyecto o actividad para la que se solicita la subvención, con inclusión de su presupuesto.

c) Declaración de las subvenciones solicitadas hasta la fecha con la misma finalidad, indicando las efectivamente concedidas y sus cuantías respectivas.

d) Memoria de las actividades realizadas en los últimos cinco años.

e) Los demás documentos exigidos en las correspondientes convocatorias.

Art. 36. *Evaluación de solicitudes y resolución.*—Para el examen y valoración de las solicitudes presentadas, la convocatoria preverá la constitución de una comisión que, previa la instrucción del procedimiento, formulará la propuesta de concesión de subvenciones, que serán otorgadas mediante Orden.

Art. 37. *Justificación del cumplimiento de la finalidad de la subvención.*—La realización de las actividades o funciones para las que se haya concedido la subvención se justificará mediante la presentación de una memoria del cumplimiento de la finalidad perseguida y, en su caso, de las condiciones impuestas con motivo de la concesión, acompañada de los originales de las facturas o recibos de los gastos efectuados.

Art. 38. *Abono de las subvenciones otorgadas.*—1. El abono de la subvención concedida se realizará previa presentación por las entidades de la documentación a que se refiere el artículo anterior y de la acreditación en la forma establecida por la reglamentación vigente, de encontrarse al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

2. Para las actividades que precisen una financiación previa, se podrá acordar la entrega de hasta el 75 por 100 de la cantidad otorgada, una vez dictada la resolución de concesión, condicionada o no a la constitución de una garantía equivalente en la Caja General de Depósitos, en cualquiera de las modalidades reguladas en el Reglamento de la misma, aprobado por el Real Decreto 161/1997, de 7 de febrero.

Art. 39. *Concurrencia y revisión de las subvenciones.*—El importe de las subvenciones reguladas en este Real Decreto no podrá superar, por sí solo o en concurrencia con el resto de las ayudas recibidas de otros entes públicos o privados, el coste de la actividad a realizar por el beneficiario.

Toda alteración de los requisitos, finalidad y condiciones de las subvenciones otorgadas podrá dar lugar a su modificación o revocación, debiendo el beneficiario proceder al reintegro, en su caso, de las cantidades percibidas, de acuerdo con lo previsto en la Ley General Presupuestaria.

Art. 40. *Responsabilidad y régimen sancionador.*—Los beneficiarios de las subvenciones quedarán sometidos a las responsabilidades y régimen sancionador que sobre infracciones administrativas en materia de subvenciones establece el artículo 82 del texto refundido de la Ley General Presupuestaria; el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

LEY ORGÁNICA 4/1997, DE 4 DE AGOSTO, POR LA QUE SE REGULA LA UTILIZACIÓN DE VIDEOCÁMARAS POR LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD EN LUGARES PÚBLICOS

(BOE n.º 186, de 5 de agosto de 1997)

El artículo 104.1 de la Constitución establece que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, para cuyo

cumplimiento actúan con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento, tal como recoge el mandato constitucional en su artículo 9.1 y la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su artículo 5.1.

La prevención de actos delictivos, la protección de las personas y la conservación y custodia de bienes que se encuentren en situación de peligro, y especialmente cuando las actuaciones perseguidas suceden en espacios abiertos al público, lleva a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al empleo de medios técnicos cada vez más sofisticados. Con estos medios, y en particular mediante el uso de sistemas de grabación de imágenes y sonidos y su posterior tratamiento, se incrementa sustancialmente el nivel de protección de los bienes y libertades de las personas.

Ahora es oportuno proceder a la regulación del uso de los medios de grabación de imágenes y sonidos que vienen siendo utilizados por la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, introduciendo las garantías que son precisas para que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución sea máximo y no pueda verse perturbado con un exceso de celo en la defensa de la seguridad pública.

Las garantías que introduce la presente Ley en el uso de sistemas de grabación de imágenes y sonidos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad parten del establecimiento de un régimen de autorización previa para la instalación de videocámaras inspirado en el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad e intervención mínima. La autorización se concederá por los órganos administrativos que se determinan previo informe preceptivo, que será vinculante si es negativo, de una Comisión que presidirá el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente, y en la cual la presencia de miembros dependientes de la Administración autorizante no podrá ser mayoritaria.

La Ley prevé, además de las instalaciones fijas de videocámaras, el uso de videocámaras móviles con la necesaria autorización del órgano designado al efecto, salvo en situaciones de urgencia o en las que sea imposible obtener a tiempo la autorización, en las cuales se procederá a comunicar su uso a la autoridad policial y a la Comisión. En todos los casos la Comisión será informada periódicamente del uso que se haga de las videocámaras móviles y tendrá derecho a recabar la correspondiente grabación.

Las imágenes y sonidos obtenidos por cualquiera de las maneras previstas serán destruidos en el plazo de un mes desde su captación, salvo que se relacionen con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial abierto. El público será informado de la existencia de videocámaras fijas y de la autoridad responsable y todas las personas interesadas podrán ejercer el derecho de acceso y cancelación de las imágenes en que hayan sido recogidos.

Finalmente, se dispone la inmediata puesta a disposición judicial de aquellas grabaciones en las que se haya captado la comisión de hechos que pudieran constituir ilícitos penales y, en previsión de que, por circunstancias que deberán ser justificadas, no sea posible, se establece la entrega de la grabación junto con el relato de los hechos a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal.

La Ley lleva a cabo modificaciones en otras leyes que, con el mismo fin de protección de la seguridad de las personas y de los bienes y garantía de los derechos y libertades, permitan dotar de mayor eficacia a las previsiones de ésta. Así, introduce modificaciones en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, y en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, con la finalidad de atajar la violencia callejera que eventualmente se produce con ocasión del ejercicio del derecho de reunión y manifestación en lugares de tránsito público.

Corresponde al Estado, en el ejercicio de la competencia que le atribuye la Constitución (artículo 149.1.29.º) en materia de seguridad pública, la aprobación de la presente Ley que, por otra parte, en la medida en que incide en la regulación de las condiciones básicas del ejercicio de determinados derechos fundamentales, como el derecho a la propia imagen y el derecho de reunión, debe tener en su totalidad el carácter de Ley Orgánica, sin perjuicio de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas en esta materia de acuerdo con lo que dispongan sus Estatutos de Autonomía.

Artículo 1.º Objeto.—1. La presente Ley regula la utilización por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de videocámaras para grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública.

Asimismo, esta norma establece específicamente el régimen de garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos que habrá de respetarse ineludiblemente en las sucesivas fases de autorización, grabación y uso de las imágenes y sonidos obtenidos conjuntamente por las videocámaras.

2. Las referencias contenidas en esta Ley a videocámaras, cámaras fijas y cámaras móviles se entenderán hechas a cualquier medio técnico análogo y, en general, a cualquier sistema que permita las grabaciones previstas en esta Ley.

Art. 2.º Ámbito de aplicación.—1. La captación, reproducción y tratamiento de imágenes y sonidos, en los términos previstos en esta Ley, así como las actividades preparatorias, no se considerarán intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a los efectos de lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

2. Sin perjuicio de las disposiciones específicas contenidas en la presente Ley, el tratamiento automatizado de las imágenes y sonidos se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal.

Art. 3.º Autorización de las instalaciones fijas.—1. La instalación de videocámaras o de cualquier medio técnico análogo en los términos del artículo 1.2 de la presente Ley está sujeta al régimen de autorización, que se otorgará, en su caso, previo informe de un órgano colegiado presidido por un Magistrado y en cuya composición no serán mayoría los miembros dependientes de la Administración autorizante.

2. Las instalaciones fijas de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de las Corporaciones Locales serán autorizadas por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de que se trate, previo informe de una Comisión cuya presidencia corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la misma Comunidad. La composición y funcionamiento de la Comisión, así como la participación de los municipios en ella, se determinarán reglamentariamente.

3. No podrá autorizarse la instalación fija de videocámaras cuando el informe de la Comisión prevista en el apartado segundo de este artículo estime que dicha instalación supondría una vulneración de los criterios establecidos en el artículo 4 de la presente Ley Orgánica.

4. La resolución por la que se acuerde la autorización deberá ser motivada y referida en cada caso al lugar público concreto que ha de ser objeto de observación por las videocámaras. Dicha resolución contendrá también todas las limitaciones o condiciones de uso necesarias, en particular la prohibición de tomar sonidos, excepto

cuando concorra un riesgo concreto y preciso, así como las referentes a la cualificación de las personas encargadas de la explotación del sistema de tratamiento de imágenes y sonidos y las medidas a adoptar para garantizar el respeto de las disposiciones legales vigentes. Asimismo, deberá precisar genéricamente el ámbito físico susceptible de ser grabado, el tipo de cámara, sus especificaciones técnicas y la duración de la autorización, que tendrá una vigencia máxima de un año, a cuyo término habrá de solicitarse su renovación.

5. La autorización tendrá en todo caso carácter revocable.

Art. 4.º *Criterios de autorización de instalaciones fijas.*—Para autorizar la instalación de videocámaras se tendrán en cuenta, conforme al principio de proporcionalidad, los siguientes criterios: asegurar la protección de los edificios e instalaciones públicas y de sus accesos; salvaguardar las instalaciones útiles para la defensa nacional; constatar infracciones a la seguridad ciudadana, y prevenir la causación de daños a las personas y bienes.

Art. 5.º *Autorización de videocámaras móviles.*—1. En las vías o lugares públicos donde se haya autorizado la instalación de videocámaras fijas, podrán utilizarse simultáneamente otras de carácter móvil para el mejor cumplimiento de los fines previstos en esta Ley, quedando, en todo caso, supeditada la toma, que ha de ser conjunta, de imagen y sonido, a la concurrencia de un peligro concreto y demás requisitos exigidos en el artículo 6.

2. También podrán utilizarse en los restantes lugares públicos videocámaras móviles. La autorización de dicho uso corresponderá al máximo responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad quien atenderá a la naturaleza de los eventuales hechos susceptibles de filmación, adecuando la utilización del medio a los principios previstos en el artículo 6.

La resolución motivada que se dicte autorizando el uso de videocámaras móviles se pondrá en conocimiento de la Comisión prevista en el artículo 3 en el plazo máximo de setenta y dos horas, la cual podrá recabar el soporte físico de la grabación a efectos de emitir el correspondiente informe.

En casos excepcionales de urgencia máxima o de imposibilidad de obtener a tiempo la autorización indicada en razón del momento de producción de los hechos o de las circunstancias concurrentes, se podrán obtener imágenes y sonidos con videocámaras móviles, dando cuenta, en el plazo de setenta y dos horas, mediante un informe motivado, al máximo responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a la Comisión aludida en el párrafo anterior, la cual, si lo estima oportuno, podrá requerir la entrega del soporte físico original y emitir el correspondiente informe.

En el supuesto de que los informes de la Comisión previstos en los dos párrafos anteriores fueran negativos, la autoridad encargada de la custodia de la grabación procederá a su destrucción inmediata.

3. La Comisión prevista en el artículo 3 será informada quincenalmente de la utilización que se haga de videocámaras móviles y podrá recabar en todo momento el soporte de las correspondientes grabaciones y emitir un informe al respecto.

4. En el caso de que las autoridades competentes aludidas en esta Ley lo consideren oportuno, se podrá interesar informe de la Comisión prevista en el artículo 3 sobre la adecuación de cualquier registro de imágenes y sonidos obtenidos mediante videocámaras móviles a los principios del artículo 6.

Art. 6.º Principios de utilización de las videocámaras.—1. La utilización de videocámaras estará presidida por el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima.

2. La idoneidad determina que sólo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley.

3. La intervención mínima exige la ponderación, en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad de las personas

4. La utilización de videocámaras exigirá la existencia de un razonable riesgo para la seguridad ciudadana, en el caso de las fijas, o de un peligro concreto, en el caso de las móviles.

5. No se podrán utilizar videocámaras para tomar imágenes ni sonidos del interior de las viviendas, ni de sus vestíbulos, salvo consentimiento del titular o autorización judicial, ni de los lugares incluidos en el artículo 1 de esta Ley cuando se afecte de forma directa y grave a la intimidad de las personas, así como tampoco para grabar conversaciones de naturaleza estrictamente privada. Las imágenes y sonidos obtenidos accidentalmente en estos casos deberán ser destruidas inmediatamente, por quien tenga la responsabilidad de su custodia.

Art. 7.º Aspectos procedimentales.—1. Realizada la filmación de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley, si la grabación captara la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de ilícitos penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad a disposición judicial con la mayor inmediatez posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación. De no poder redactarse el atestado en tal plazo, se relatarán verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación.

2. Si la grabación captara hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones administrativas relacionadas con la seguridad ciudadana, se remitirán al órgano competente, igualmente de inmediato, para el inicio del oportuno procedimiento sancionador.

Art. 8.º Conservación de las grabaciones.—1. Las grabaciones serán destruidas en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo que estén relacionadas con infracciones penales o administrativas graves o muy graves en materia de seguridad pública, con una investigación policial en curso o con un procedimiento judicial o administrativo abierto.

2. Cualquier persona que por razón del ejercicio de sus funciones tenga acceso a las grabaciones deberá observar la debida reserva, confidencialidad y sigilo en relación con las mismas, siéndole de aplicación, en caso contrario, lo dispuesto en el artículo 10 de la presente Ley.

3. Se prohíbe la cesión o copia de las imágenes y sonidos obtenidos de conformidad con esta Ley, salvo en los supuestos previstos en el apartado 1 de este artículo.

4. Reglamentariamente la Administración competente determinará el órgano o autoridad gubernativa que tendrá a su cargo la custodia de las imágenes obtenidas y la responsabilidad sobre su ulterior destino, incluida su inutilización o destrucción. Dicho órgano será el competente para resolver sobre las peticiones de acceso o cancelación promovidas por los interesados.

Art. 9.º *Derechos de los interesados.*—1. El público será informado de manera clara y permanente de la existencia de videocámaras fijas, sin especificar su emplazamiento, y de la autoridad responsable.

2. Toda persona interesada podrá ejercer los derechos de acceso y cancelación de las grabaciones en que razonablemente considere que figura. No obstante, el ejercicio de estos derechos podrá ser denegado por quien custodie las imágenes y sonidos, en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado, la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.

Art. 10. *Infracciones y sanciones.*—Cuando no haya lugar a exigir responsabilidades penales, las infracciones a lo dispuesto en la presente Ley serán sancionadas con arreglo al régimen disciplinario correspondiente a los infractores y, en su defecto, con sujeción al régimen general de sanciones en materia de tratamiento automatizado de los datos de carácter personal.

Art. 11. *Recursos.*—Contra las resoluciones dictadas en aplicación de lo previsto en esta Ley, cabrá la interposición de los recursos ordinarios en vía administrativa, contencioso-administrativa, así como los previstos en el artículo 53.2 de la Constitución, en los términos legalmente establecidos.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Las Comunidades Autónomas con competencia para la protección de las personas y los bienes y para el mantenimiento del orden público, con arreglo a lo dispuesto en los correspondientes Estatutos de Autonomía, podrán dictar, con sujeción a lo prevenido en esta Ley, las disposiciones necesarias para regular y autorizar la utilización de videocámaras por sus fuerzas policiales y por las dependientes de las Corporaciones locales radicadas en su territorio, la custodia de las grabaciones obtenidas, la responsabilidad sobre su ulterior destino y las peticiones de acceso y cancelación de las mismas.

Cuando sean competentes para autorizar la utilización de videocámaras, las Comunidades Autónomas mencionadas en el párrafo anterior regularán la composición y el funcionamiento de la Comisión correspondiente, prevista en el artículo 3 de esta Ley, con especial sujeción a los principios de presidencia judicial y prohibición de mayoría de la Administración autorizante.

Segunda. Cada autoridad competente para autorizar la instalación fija de videocámaras por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberá crear un registro en el que consten todas las que haya autorizado.

Tercera. El artículo 4.3 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión, queda redactado de la siguiente forma:

«3. Los participantes en reuniones o manifestaciones, que causen un daño a terceros, responderán directamente de él. Subsidiariamente, las personas naturales o jurídicas organizadoras o promotoras de reuniones o manifestaciones responderán de los daños que los participantes causen a terceros, sin perjuicio de que puedan repetir contra aquéllos, a menos que hayan puesto todos los medios razonables a su alcance para evitarlos».

Cuarta. 1. Se da nueva redacción al artículo 23.c) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que queda redactado de la siguiente forma:

«c) La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 4.2, 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión, cuya responsabilidad corresponde a los organizadores o promotores, siempre que tales conductas no sean constitutivas de infracción penal.

En el caso de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones cuya celebración se haya comunicado previamente a la autoridad se considerarán organizadores o promotores las personas físicas o jurídicas que suscriban el correspondiente escrito de comunicación.

Aun no habiendo suscrito o presentado la citada comunicación, también se considerarán organizadores o promotores, a los efectos de esta Ley, a quienes de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes o a quienes por publicaciones o declaraciones de convocatoria de las reuniones o manifestaciones, por los discursos que se pronuncien y los impresos que se repartan durante las mismas, por los lemas, banderas u otros signos que ostenten o por cualesquiera otros hechos, pueda determinarse razonablemente que son inspiradores de aquéllas.»

2. Se da nueva redacción al artículo 23.d) de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que queda redactado como sigue:

«d) La negativa a disolver las manifestaciones y reuniones en lugares de tránsito público ordenada por la autoridad competente cuando concurren los supuestos del artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983.»

3. Los actuales párrafos d), e), f), g), h), i), j), k), l), m), n) y ñ) del artículo 23 de la Ley Orgánica citada se convertirán en los párrafos e), f), g), h), i), j), k), l), m) n), ñ) y o), respectivamente.

Quinta. Las autorizaciones de instalaciones fijas de videocámaras constituyen actividades de protección de la seguridad pública realizadas al amparo del artículo 149.1.29.ª de la Constitución y no estarán sujetas al control preventivo de las Corporaciones locales previsto en su legislación reguladora básica, ni al ejercicio de las competencias de las diferentes Administraciones públicas, sin perjuicio de que deban respetar los principios de la legislación vigente en cada ámbito material de la actuación administrativa.

Sexta. Los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre los bienes afectados por las instalaciones reguladas en esta Ley, o quienes los posean por cualquier título, están obligados a facilitar y permitir su colocación y mantenimiento, sin perjuicio de la necesidad de obtener, en su caso, la autorización judicial prevista en el artículo 87.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y de las indemnizaciones que procedan según las leyes.

Séptima. 1. Se considerarán faltas muy graves en el régimen disciplinario de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, las siguientes infracciones:

a) Alterar o manipular los registros de imágenes y sonidos siempre que no constituya delito.

b) Permitir el acceso de personas no autorizadas a las imágenes y sonidos grabados o utilizar éstos para fines distintos de los previstos legalmente.

c) Reproducir las imágenes y sonidos para fines distintos de los previstos en esta Ley.

d) Utilizar los medios técnicos regulados en esta Ley para fines distintos de los previstos en la misma.

2. Se considerarán faltas graves en el régimen disciplinario de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado las restantes infracciones a lo dispuesto en la presente Ley.

Octava. La instalación y uso de videocámaras y de cualquier otro medio de captación y reproducción de imágenes para el control, regulación, vigilancia y disciplina del tráfico se efectuará por la autoridad encargada de la regulación del tráfico a los fines previstos en el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, y demás normativa específica en la materia, y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes Orgánicas 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, y 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en el marco de los principios de utilización de las mismas previstos en esta Ley.

Novena. El Gobierno elaborará, en el plazo de un año, la normativa correspondiente para adaptar los principios inspiradores de la presente Ley al ámbito de la seguridad privada.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Única. En el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se procederá, en su caso, a autorizar las instalaciones fijas de videocámaras actualmente existentes, así como a destruir aquellas grabaciones que no reúnan las condiciones legales para su conservación.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, aprobará las disposiciones reglamentarias necesarias para su ejecución y desarrollo.

Segunda. Esta 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

Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio

(Comentario a la STS de 25 de octubre de 1999)

RAMON RAGUÉS I VALLÈS
(Universitat Pompeu Fabra) (*)

I

El párrafo primero del artículo 384 CP castiga como delito la conducción con temeridad manifiesta de un vehículo a motor o un ciclomotor cuando esta conducta se realice con consciente desprecio por la vida de los demás y con ella se cree una situación de peligro concreto para este bien jurídico. Como la doctrina española viene constataando desde hace tiempo, la existencia de este precepto plantea evidentes problemas de delimitación tanto con la figura de la tenta-

(*) Doctor en Derecho. Ayudante de Facultad. La realización de este trabajo se inscribe en el proyecto de investigación MEC-DGES PB98-1063.

Abreviaturas empleadas: CP: Código Penal; CP73: Código Penal de 1973; CPC: Cuadernos de Política Criminal; GA: Goldammer's Archiv für Strafrecht; PJ: Poder Judicial; SAP: sentencia de la Audiencia Provincial; StGB: Código Penal alemán; STS: sentencia del Tribunal Supremo; VV.AA.: varios autores.

tiva de homicidio como con el delito de conducción con temeridad manifiesta del artículo 381 CP (1). El tratamiento que se proponga para resolver estas dificultades tiene una notable importancia práctica, pues, mientras el delito del artículo 384 comporta una pena de prisión de uno a cuatro años (2), para la tentativa de homicidio se prevé una sanción mucho más grave de dos años y seis meses a diez años de prisión. A su vez, el castigo del artículo 381 (conducción con temeridad manifiesta creando un peligro concreto para la vida e integridad física) es sensiblemente inferior a la del primer párrafo del artículo 384 y consiste en una pena de seis meses a dos años de prisión y privación del derecho a conducir.

Para analizar la presente cuestión parece oportuno partir de un supuesto de hecho tomado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, más en concreto, de su sentencia de 25 de octubre de 1999 (3). Esta resolución reviste un interés especial, pues se trata de una de las escasas ocasiones en que la Sala Segunda se ha pronunciado sobre la aplicación del delito de conducción con desprecio consciente por la vida de los demás (4). Los hechos enjuiciados fueron los siguientes:

El matrimonio formado por el acusado José A. A. y Paula G.V. se encontraba en proceso de separación, motivo por el cual en la mañana del 12 de diciembre de 1995 ambos cónyuges tuvieron que comparecer ante un juzgado de familia. En el despacho del juez, el acusado, que estaba visiblemente nervioso y había ingerido bebidas alcohólicas antes de entrar, pidió entrevistarse reservadamente con

(1) Algunos de estos problemas ya fueron advertidos, justo después de la introducción en el Código del delito de conducción con consciente desprecio, por GÓMEZ PAVÓN, «Algunas reflexiones sobre el nuevo artículo 340 bis d) del Código penal», *CPC*, 39 (1989), p. 713 y ss. También sobre estos problemas TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2.ª ed., Pamplona, 1999, p. 1092.

(2) Más una multa de seis a doce meses, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta diez años y comiso del vehículo empleado para cometer el delito (art. 385 CP).

(3) Ponente Puerta Luis.

(4) Con anterioridad, este delito (regulado en el artículo 340 bis d CP73) fue aplicado en la STS de 20 de abril de 1994 (ponente Díaz Palos). La posible concurrencia de esta infracción también se planteó en la STS de 19 de febrero de 1996 (ponente Martínez-Pereda Rodríguez), pero en aquella ocasión la Sala Segunda consideró que no procedía su apreciación por faltar en el caso concreto el elemento típico de la creación de peligro. Sobre el peligro concreto como elemento de los delitos en la seguridad del tráfico —una cuestión que no será tratada en este trabajo por ser elemento común a los artículos 381, 384 y a la tentativa de homicidio— cfr. FELJÓO SÁNCHEZ, «Seguridad en el tráfico y resultado de peligro concreto» (I y II), *La Ley*, núms. 4942-4943 (diciembre 1999).

su mujer, ofreciéndole un regalo cuando en realidad lo que pretendía era efectuar un último intento para reconstruir el matrimonio, pareciendo haber existido momentos de tensión en esta entrevista de la que salieron llorosos los dos. Manteniendo Paula G. la negativa, volvieron a entrar en la Sala para abandonarla poco después e inesperadamente el acusado de un fuerte portazo y sin firmar documento alguno, encaminándose hacia la salida donde tenía aparcada la motocicleta que dice ser suya, aunque a nombre de su mujer, marca BMW, modelo K-75, esperando en la puerta a que aquélla saliese del inmueble, que para llegar a la vía pública (avenida General Riera) cuenta con una explanada rectangular dedicada a parking y a jardín de unos 57 por 50 metros de lado. Este recinto, sobre todo cuando los juzgados se hallan abiertos al público, se encuentra sobresaturado, de forma que los coches que, siguiendo las normas de circulación, entran por la izquierda y salen por la derecha, aparcan en batería y amorrados a otro rectángulo interior de césped presidido por una fuentequilla, y también en batería en los lados limítrofes, formando otro cordón en el espacio existente entrambos, de forma que quedan dos vías con la fila en medio, lo que permite la existencia de dos carriles circunvalatorios para acceder a la mentada avenida.

En este estado de cosas, Paula G., que en aquella ocasión iba acompañada de sus hermanas Antonia y Yolanda y del guardaespaldas profesional Andrew M. P., que dice ser amigo de la familia y acudir ex profeso, esperó precautoriamente varios minutos en el interior de las instalaciones judiciales, hasta que creyó que su marido había abandonado el lugar; encontrándolo a la salida, donde la esperaba con la pretensión de dialogar nuevamente, diciéndole ante la nueva negativa de ésta y la interposición del guardaespaldas: «ahora te voy a demostrar lo mucho que te quiero», al tiempo que se abrochaba un chaquetón tipo anorak y se colocaba el casco, tomando a pie el vial derecho de los dos susodichos para, después de girar el rectángulo pequeño, encaminarse hacia la salida por la recta, que cuenta con una anchura aproximada de 1,70 metros, entre la hilera de coches aparcados en batería y la otra en cordón, caminando aquéllos en fila perpendicular a ellos y un poco oblicuos, Andrew y Paula por la derecha y Antonia y Yolanda, más rezagadas, por el lado izquierdo, aunque de hecho ocupasen toda la calzada. Después de hacer retroceder un poco la moto, sacándola del lugar donde la tenía aparcada, el acusado puso el motor en marcha para, a continuación, dar fortísimos acelerones que llamaron la atención de los presentes, interpretándolo el abogado Juan Francisco Javier Bosch como pretensión de pedirles paso, por lo que se apresuró a apartar de su dirección a su

cliente Francisco M. P. en evitación de algún mal. Francisco C. Z., que casualmente también salía de allí, e igualmente ajeno a la trama, lo interpretó como un intento de suicidio, porque vio cómo cogía la recta a toda velocidad, tratándose de un terreno graviloso que concede pocas posibilidades a las motocicletas para maniobrar; entretanto, el guardespaldas, quizá por su profesión, oyendo el ruido del motor, instintivamente apartó cogiéndola, a Paula G., pasando la moto décimas de segundo después casi rozándolos para, sin menguar la aceleración, dirigiéndose recto al murete limítrofe con la calle, en cuyo ángulo existe un seto semicircular que obstaculiza la visión de un desnivel de 40 centímetros, situado a 7 metros de la calle, y que provocó en la moto un efecto trampolín, alzándose sin tocar el suelo y volando 4,40 metros para quedar enganchada en la verja metálica existente sobre el precitado murete, que interiormente tiene una altura de 30 centímetros y de 90 en la parte de la calle, cayéndose en la calzada el motorista que, al llegar gente, lo primero que manifestó es que quería irse a su casa, aunque haciéndole caso omiso el guarda jurado lo entró en el edificio de los juzgados, hasta que la dotación de la policía nacional que por allí pasaba casualmente se hizo cargo de la situación deteniéndole, pues los presentes decían que había intentado atropellar a alguien.

La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca condenó al acusado como autor de un delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás (art. 340 bis d CP73, equivalente al actual art. 384 CP), absolviéndole del delito de tentativa de parricidio (art. 405 CP73) del que había sido acusado. Tanto la acusación particular como la defensa recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo. La primera alega en su recurso la inaplicación del delito de parricidio en grado de tentativa, mientras que la segunda considera que el acusado sólo debía haber sido condenado por el delito consistente en conducir un vehículo a motor con temeridad manifiesta poniendo en peligro la vida o integridad de las personas (art. 340 bis a 2.º CP73, equivalente al actual art. 381 CP).

En su sentencia el Tribunal Supremo desestima ambas pretensiones. Así, por lo que respecta en primer lugar a las alegaciones de la acusación, la Sala Segunda considera que no puede deducirse de los hechos probados el ánimo de matar exigido por la tentativa de parricidio, pues el relato fáctico no permite alcanzar una conclusión inequívoca sobre cuáles fueron las intenciones del acusado «que siempre sostuvo que “su intención era la de suicidarse” y que, tras rebasar a la mujer, en su trayectoria, “continuó acelerando hasta la colisión final”».

A ello se añaden otros indicios, como las circunstancias de que, justo antes de arrancar, el acusado diera reiterados acelerones que «implicaban una indudable advertencia de potencial peligro para los viandantes», así como la trayectoria de la motocicleta, afirmando al respecto uno de los testigos que, a su juicio, «el motorista fue en todo momento directo a la valla con intención de suicidarse». Ante tales dudas sobre los «móviles e intenciones reales del acusado», el Tribunal Supremo considera acertado aplicar el principio *in dubio pro reo*, negar el dolo de matar y, por tanto, la tentativa de parricidio.

Por su parte, el recurso de la defensa es desestimado por el Tribunal Supremo al entender que «la conducta del acusado supuso una actuación manifiestamente temeraria con la que puso en especial riesgo la vida no solamente de su esposa, sino también la de su guardaespaldas y demás usuarios del aparcamiento, llegando incluso a causar daños en bienes públicos y en varios de los automóviles aparcados en la calle. Por consiguiente, tanto por la amplitud subjetiva del riesgo creado como por el total desprecio hacia la vida e integridad de las personas que en aquellos momentos deambulaban por aquella zona, es preciso reconocer que la calificación jurídica cuestionada es plenamente ajustada a Derecho». En consecuencia, se considera correcta la aplicación al caso del delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás.

II

Antes de entrar a valorar la decisión del Tribunal Supremo sobre este concreto supuesto de hecho, conviene establecer, de modo general, cuáles son los límites teóricos entre la tentativa acabada del delito de homicidio (o del antiguo parricidio) y el delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás previsto en el primer párrafo del artículo 384 CP. Desde el punto de vista objetivo, ambas figuras parecen compartir las mismas características, pues tanto una como la otra exigen que se haya llevado a cabo una conducta con la que se haya puesto en concreto peligro la vida de otra persona y sólo se diferencian en que el artículo 384 exige que la puesta en peligro se origine conduciendo un vehículo a motor o ciclomotor, mientras que en el caso de la tentativa son objetivamente típicas todas las conductas aptas para causar una muerte, lo que también incluye la conducción de vehículos. Por este motivo, puede afirmarse que desde un prisma

exclusivamente objetivo el artículo 384 CP es una modalidad específica de tentativa de homicidio (5).

En consecuencia, y dada la imposibilidad de separar estas figuras en el plano objetivo, la distinción entre estas dos infracciones deberá llevarse a cabo ateniendo a su vertiente subjetiva (6). Al respecto afirma el Tribunal Supremo que la diferencia entre estos dos delitos radica, ante todo, en que para apreciar una tentativa punible es necesaria la existencia de dolo de matar, mientras que para aplicar el artículo 384 CP basta con que el sujeto actúe con «consciente desprecio por la vida de los demás». Desde esta perspectiva, la delimitación entre ambas infracciones debe pasar por separar el dolo de matar del requisito del consciente desprecio.

Esta distinción no plantearía demasiados problemas si el dolo en la tentativa de homicidio se concibiera exclusivamente como intención de matar. Así, según este criterio habría que apreciar una tentativa en los casos en que alguien dirigiera su vehículo contra otra persona con la voluntad de causarle la muerte, mientras que el artículo 384 CP se reservaría para las situaciones en que el sujeto activo de la conducción persiguiera finalidades distintas a la de matar, pero con el conocimiento de que los medios escogidos para la consecución de su objetivo generan un concreto peligro para la vida de otras personas, un bien jurídico menospreciado conscientemente por dicho sujeto. Si además del dolo de matar faltara este último elemento, debería apreciarse un delito de conducción temeraria del artículo 381 CP.

Este criterio de distinción parece ofrecer una solución convincente del presente problema, pero sólo si se parte de que el dolo equivale exclusivamente a la intención de realizar un tipo penal. Sin embargo, esta equiparación del concepto de dolo a la pura intención no es admitida actualmente en la doctrina por ningún autor, ni tampoco por la

(5) Una conclusión por otra parte lógica cuando se parte de la identidad estructural entre la vertiente objetiva de los delitos de peligro concreto y la tentativa de lesión. Sobre la equivalencia entre delitos dolosos de peligro y tentativas imprudentes de lesión, cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Madrid, 1994, p. 7.

(6) A tal efecto carece de utilidad práctica la afirmación de que con este precepto se incrimina «una posición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio», contenida en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio, que introdujo en el Derecho penal español la conducta actualmente prevista en el artículo 384 CP. Dado que el Derecho vigente no conoce «posiciones intermedias» entre dolo e imprudencia como títulos de imputación subjetiva, con esta afirmación del legislador no se evita la difícil tarea dogmática de decidir si en las conductas subsumibles en el artículo 384 CP debe darse dolo o imprudencia con respecto al eventual acacamiento de un resultado lesivo.

propia jurisprudencia, pues se considera que también concurre dolo en los casos de conocimiento de la segura realización del tipo (dolo directo de segundo grado) y en los de dolo eventual. Es en este último supuesto donde se plantean de forma acentuada los problemas de delimitación entre el artículo 384 CP y la tentativa de homicidio. Para su exposición conviene distinguir entre las dos teorías mayoritarias que actualmente se defienden sobre la figura del dolo eventual.

En primer lugar, los presentes problemas de delimitación deben analizarse a la luz de la teoría que sostiene la concurrencia de dolo eventual cuando un sujeto ha actuado con conocimiento del riesgo de realización del tipo que comportaba su conducta y ha aceptado dicho riesgo o se ha conformado con tal realización (7). Esta misma teoría aprecia sólo una imprudencia cuando, pese a tener conciencia el sujeto del riesgo que estaba creando, ha confiado en que el tipo no iba a realizarse y, en los delitos de resultado, en que éste no iba a producirse.

Según este punto de vista, concurre una tentativa de homicidio cuando el conductor conoce el riesgo que su comportamiento está generando para la vida de otra persona y acepta o se conforma con dicho riesgo en la medida en que no confía en que el resultado mortal no se produzca. En cambio, concurre una simple tentativa imprudente del artículo 381 CP (tipificada en forma de delito de peligro concreto) si el conductor sabe que su comportamiento genera un concreto peligro para la vida ajena, pero confía en que no se va a producir el resultado. Finalmente, según esta misma teoría el artículo 384 CP debe aplicarse a aquellos casos en que se dan los requisitos del 381 CP y, además, el autor obra con desprecio por la vida de otras personas. En este sentido, el artículo 384 CP es un delito de peligro concreto (o una tentativa imprudente de homicidio) cualificado con respecto al artículo 381 CP por la concurrencia del elemento típico del desprecio.

A una distinción similar lleva la teoría que considera que el dolo eventual consiste, simplemente, en el conocimiento por parte del sujeto activo de que su conducta genera un peligro de realización del tipo o, dicho con otras palabras, en la atribución por parte del sujeto a su conducta de la capacidad de realizar el tipo (8). Según esta teo-

(7) Puede verse la aplicación de esta teoría a los casos de la «conducción suicida» u «homicida» en LUZÓN PEÑA, «¿Conductores suicidas o conductores homicidas?», en *Derecho Penal de la circulación*, 2.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 238-239. Cfr. igualmente VIVES ANTÓN, en BOIX REIG/ORTS BERENGUER/VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, p. 65. En general, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 137.

(8) Esta perspectiva, defendida en las últimas décadas por autores como SCHMIDHÄUSER, FRISCH, JAKOBS, BACIGALUPO o GIMBERNAT, es la seguida en tres trabajos

ría, cuando el conductor ha atribuido a su concreta forma de conducción la capacidad de matar y, pese a ello, no ha dejado de actuar, concurre una tentativa de homicidio (9). En cambio, debe aplicarse el artículo 381 CP cuando el autor es consciente de que su forma temeraria de conducción es apta para poner en concreto peligro la vida de otra persona, pero este conocimiento de la peligrosidad abstracta no llega a concretarse en un juicio de lesividad referido a su comportamiento (10). Por ello, el artículo 384 CP deberá reservarse para los supuestos en que el autor no atribuya a su conducta la capacidad concreta de provocar una muerte, pero sí la aptitud de poner en peligro concreto una vida, actuando con desprecio por este bien jurídico (11). Cuando falte este último elemento y el autor no llegue a atribuir su concreta conducta la capacidad de matar, procede aplicar el artículo 381 CP.

En ambos casos la conclusión final es la misma: el párrafo primero del artículo 384 contempla un caso de tentativa imprudente de homicidio agravada por la actitud del sujeto consistente en despreciar la vida de los demás (12). O, dicho con otras palabras, un delito doloso de peligro concreto en el que la hipotética producción del resultado lesivo sólo es abarcada a título de imprudencia. A esta conclusión se llega porque, en caso de concurrir dolo eventual con respecto al resultado, no queda otro remedio que apreciar una tentativa de homicidio,

monográficos sobre el dolo publicados recientemente en España: FEIJÓO SÁNCHEZ, «La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo», *CPC*, 65 (1998), pp. 269 y ss; LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, Valencia, 1999; y RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

(9) En este mismo sentido GÓMEZ PAVÓN, *CPC*, 39 (1989), p. 717, quien afirma que debe afirmarse dolo eventual de muerte cuando «el conductor sabe que su conducta es peligrosa, no sólo de forma abstracta, sino en el caso concreto».

(10) El elemento de la confianza, que en la primera teoría lleva a negar el elemento volitivo del dolo eventual, es reconducido aquí a la representación del riesgo, al entenderse que, cuando existe confianza, el sujeto no concreta en su conducta el conocimiento sobre la peligrosidad general de ciertos comportamientos.

(11) Esta distinción resulta desde luego muy sutil si se concibe en términos psicológicos, pero es practicable cuando se parte de la idea de que la determinación del conocimiento debe realizarse mediante reglas sociales de imputación. Cfr. al respecto RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pp. 173 y ss, pp. 509 y ss.

(12) Este punto de vista coincide en lo sustancial con lo afirmado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de abril de 1994 (ponente Díaz Palos), en la que se sostiene que con el presente delito se castigan casos de culpa consciente agravados por la concurrencia del desprecio. En sentido similar RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 225, quien concibe el delito de conducción con consciente desprecio como «un supuesto agravado de conducción temeraria» en el que no existe dolo con respecto al eventual resultado.

para la que está prevista una pena superior a la del artículo 384 (13). Afirmar lo contrario no es posible sin contradecir las valoraciones comúnmente aceptadas de que el dolo eventual es dolo y de que la tentativa con dolo eventual es punible (14).

Este último argumento debe llevar a descartar la opinión, expresada por diversos autores, de que el primer párrafo del artículo 384 CP contempla expresamente un supuesto de tentativa doloso-eventual de homicidio (15). En primer lugar, no parecen existir razones de peso para justificar que la conducción de un vehículo como medio comisivo de una tentativa homicida deba comportar un privilegio para el sujeto activo desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas (16). Del mismo modo, una defensa coherente de esta postura

(13) Así lo entendía también en referencia al anterior Código LUZÓN PEÑA, en *Derecho Penal de la circulación*, p. 244, al sostener que «lo dispuesto en el artículo 340 bis d) se entenderá salvo que el hecho constituya un delito (consumado, intentado o preparado) más grave». En el mismo sentido MIR PUIG, «Conducción temeraria y el nuevo artículo 340 bis d) del Código Penal», en VV.AA. *Derecho de la circulación (aspectos civiles y penales)*, Madrid, 1993, p. 194.

(14) Como es lógico, quienes no comparten este punto de vista defenderán una interpretación distinta del artículo 384 CP, siendo posible entender en tal caso que este precepto castiga explícitamente una tentativa doloso-eventual de lesión que, de lo contrario, debería permanecer impune. Entre los partidarios de la impunidad de la tentativa doloso-eventual en España destaca TAMARIT SUMALLA, «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, 1992, pp. 547 y ss. Por cuestiones de espacio no puede entrarse aquí en la discusión sobre la punibilidad en general de esta forma de tentativa y se partirá de la opinión —claramente mayoritaria entre la doctrina y la jurisprudencia españolas— de que la tentativa con dolo eventual debe castigarse como un supuesto más de tentativa dolosa.

(15) En este sentido la SAP Toledo de 4 de noviembre de 1996 (ponente Tasende Calvo), en la que se afirma que el presente delito exige «un verdadero dolo eventual respecto a los probables atentados contra la vida que pudieran derivarse de la conducta delictiva». En la doctrina LASCURAÍN SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 1051, considera que el artículo 384 requiere «dolo eventual de lesión de la vida y la integridad física». También MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 12.^a ed., Valencia, 1999, p. 663, considera que el tipo subjetivo del artículo 384 CP exige dolo de lesión, afirmando incluso que este precepto contiene en su párrafo primero «la tipificación expresa de una tentativa de homicidio», un punto de vista que es compartido por ORTS BERENGUER, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996, p. 1723 y MORILLAS CUEVA, «Conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás», en COBO DEL ROSAL (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, tomo XIV, vol. 1.^o, Madrid, 1992, p. 157 y p. 163.

(16) En este mismo sentido RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 225; y TAMARIT SUMALLA, *ADPCP*, 1992, p. 519 (esp. nota 17). Por otra parte, no puede aceptarse el argumento de ESCOBAR JIMÉNEZ, en SERRANO BUTRAGUEÑO (coord.), *Código Penal de 1995*, Granada, 1998, p. 1566, de que la diferencia radica en que en

debería reclamar también una pena más benigna para los homicidios doloso-eventuales *consumados* cuando éstos hayan sido cometidos con un vehículo a motor (17). Y, finalmente, entender que el desprecio consciente hacia el bien jurídico es un elemento que define el dolo eventual supone resucitar las versiones más periclitadas de la teoría del consentimiento o de la indiferencia, descartadas desde hace años por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por la doctrina mayoritaria (18).

Para justificar la existencia del artículo 384 tampoco resulta aceptable apelar a que lo realmente pretendido con este precepto es facilitar en la práctica el castigo de ciertas conductas automovilísticas realizadas con dolo eventual (19). A este argumento acuden sin embargo algu-

el caso del artículo 384 CP el dolo homicida es indeterminado. Hoy en día prácticamente nadie sostiene que sea necesaria una plena concreción de la víctima para afirmar el dolo de matar. Quien coloca un coche-bomba en plena vía pública no suele concretar la identidad de las potenciales víctimas y, sin embargo, nadie está dispuesto en estos casos a negar el dolo homicida. También niega que la determinación de la víctima sea un requisito del dolo MORILLAS CUEVA, en *Comentarios*, p. 156.

(17) Sin embargo, en el caso de producción del resultado se afirma que debe aplicarse el tipo del homicidio doloso consumado; cfr. en este sentido la SAP Toledo de 4 de noviembre de 1996 y los argumentos de ESCOBAR JIMÉNEZ, en *Código Penal*, pp. 1566-1567, quien afirma, por un lado, que en el artículo 384 CP se contiene una tentativa con dolo eventual de homicidio, pero, por otro lado, sostiene que en el caso de provocarse una muerte debe apreciarse un homicidio doloso del artículo 138 CP. En un mismo sentido, GÓMEZ PAVÓN, *CPC*, 39 (1989), p. 718.

(18) Sobre el delito del artículo 384 CP afirma DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, p. 330, que «viene a ser la plasmación legal de la teoría del sentimiento, con todas las objeciones y críticas que la misma ha recibido». Ninguna de las doctrinas actualmente mayoritarias sobre el dolo eventual entiende que esta figura deba contener un elemento que vincule emocionalmente al sujeto con el posible resultado. Las perspectivas que defendían la necesidad de este elemento están desde hace años en franco retroceso, hasta el punto de que el Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de marzo de 1997 (ponente Bacigalupo Zapater), afirma con respecto a la teoría del consentimiento que «esta teoría del dolo eventual ya no es seguida por esta Sala». En este contexto resulta cuando menos curioso que, para interpretar el artículo 384 CP, se pretenda resucitar fórmulas sobre el dolo eventual tan desprestigiadas como la teoría del consentimiento de ROBERT VON HIPPEL (complementada con la *primera fórmula* de FRANK) o la teoría de la indiferencia (o del sentimiento) de KARL ENGISCH. Sobre estas teorías y su crítica, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pp. 53-80.

(19) Este argumento puede deducirse de las afirmaciones de VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER, en *VV.AA., Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Valencia, 1999, p. 708, quienes afirman que la introducción de este delito no era necesaria por ser ya punible la tentativa con dolo eventual, aunque sí oportuna «para evitar dudas y vacilaciones, por más que fueran infundadas». En idénticos términos se expresan GANZENMÜLLER/ESCUDERO/FRIGOLA, *Delitos contra la seguridad del tráfico*, Barcelona, 1997, p. 225. Por su parte CARMONA SALGADO, en COBO DEL ROSAL (dir.) *Curso de*

nos autores constatando cómo la severidad de la pena de la tentativa de homicidio y la compleja delimitación entre dolo eventual e imprudencia eran, antes de la reforma de 1989, la causa de fuertes reticencias en los órganos judiciales para apreciar en ciertos casos la concurrencia de una tentativa homicida (20). Según estos mismos autores, lo pretendido por el legislador al crear el delito de conducción con consciente desprecio fue que las tentativas doloso-eventuales cometidas en el ámbito de la circulación rodada no se castigaran *de facto* como simples delitos de conducción temeraria (21). Sea ello cierto o no, resulta en todo caso muy cuestionable que uno de los criterios que deba mover al legislador en el momento de crear nuevas normas penales sean las (injustificadas) reticencias de los órganos judiciales a aplicar la normativa ya existente (22); y, en cualquier caso, estas reticencias no explican que, *de lege lata*, la pena del artículo 384 CP sea sensiblemente inferior a la de la tentativa de homicidio, pues, si lo que se pretendía con la creación del presente delito era recordar simplemente a los jueces que la tentativa de homicidio con dolo eventual es punible, no se entiende entonces a qué viene esta rebaja de pena (23).

En una doctrina que admite el dolo eventual en la tentativa punible y que quiere respetar la proporcionalidad entre sanciones, el elemento de desprecio contenido en el artículo 384 CP sólo puede asentarse en la

Derecho penal español. Parte especial II, Madrid, 1997, p. 203, entiende que el artículo 384 CP contempla una tentativa doloso-eventual de homicidio tipificada expresamente «por razones pragmáticas».

(20) En la doctrina TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios*, pp. 1091-1092, da cuenta de la «renuencia mostrada por los Tribunales a la apreciación de dolo, siquiera eventual, en las conductas más graves acaecidas en el tráfico automovilístico, basada en buena medida en la dificultad de prueba de este elemento subjetivo» y de las reticencias a apreciar tentativas con dolo eventual pese a la aceptación teórica generalizada de esta figura. También aprecian dicha renuencia de los tribunales MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, p. 658 y MOLINA FERNÁNDEZ, en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal (Parte especial)*, vol. II, Madrid, 1998, p. 730.

(21) Un argumento que sostiene VIVES ANTÓN, *La reforma*, p. 74.

(22) Contundente la crítica a este argumento por parte de MIR PUIG, en *Derecho de la circulación*, p. 193.

(23) VIVES ANTÓN, en *La reforma*, p. 73, aporta como argumento la menor peligrosidad que comporta el dolo eventual, un argumento que comparte CARMONA SALGADO, en *Curso*, p. 204. Por su parte LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Comentarios*, p. 1051, entiende que el artículo 384 CP responde a una cierta tendencia legislativa a favor de la atenuación de los comportamientos imputables a título de dolo eventual. Sin embargo, este punto de vista no puede compartirse: en primer lugar, no es cierto que la existencia de dolo eventual determine siempre la menor peligrosidad de una conducta y, en segundo lugar, se introduce –sin justificarse– una excepción a la regla general de que el dolo eventual es auténtico dolo y no un dolo atenuado.

imprudencia, es decir, en la inexistencia del juicio de concreta aptitud lesiva que caracteriza al dolo (24). En este sentido puede afirmarse que el tipo del artículo 384 CP debe construirse sobre la base del artículo 381 CP y que los principales problemas de delimitación se plantean, en realidad, entre estos dos preceptos. Para separar el delito de conducción con consciente desprecio de la tentativa de homicidio, la realización (o no) del juicio de concreta aptitud lesiva es, por sí sola, un criterio teórico de distinción perfectamente válido y suficiente (25).

III

La caracterización teórica del «desprecio consciente por la vida de los demás» como elemento de separación entre los artículos 384 y 381 CP y, a la vez, como fundamento de la agravación de la pena del primer precepto en relación con el segundo también plantea dificultades. Pese a ello, parece posible proponer algunos criterios interpretativos que hagan factible esta distinción (26).

Una primera interpretación posible del término «desprecio» pasa por concebirlo como un elemento de naturaleza subjetiva, entendido como una actitud meramente interna, o como un sentimiento del autor en el momento en que realiza la conducta de conducción temeraria (27). Sin embargo, esta perspectiva plantea problemas de naturaleza diversa.

(24) Y ello no supone, como interpreta ESCOBAR JIMÉNEZ, *Código penal*, p. 1566, que se proponga castigar una modalidad comisiva imprudente no prevista expresamente por el Código. Con esta afirmación este autor está pasando por alto la coincidencia estructural entre los delitos dolosos de peligro concreto y la tentativa imprudente de lesión que permite afirmar que los primeros son tentativas imprudentes de lesión expresamente tipificadas.

(25) Cuestión distinta son los problemas que comporta decidir en un caso concreto si dicho juicio se ha realizado, una materia a la que se dedica el epígrafe V. de este trabajo.

(26) A tal efecto no puede compartirse la afirmación de QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, 3.ª ed., Barcelona, 1996, p. 759, de que «consciente desprecio» equivale a «a sabiendas del peligro para la vida de los demás», pues este último requisito no es otra cosa que el dolo propio del artículo 381 CP. Lo mismo puede sostenerse con respecto a las afirmaciones de RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 225, que interpreta «consciente desprecio» como «que el autor conoce la elevadísima peligrosidad de su conducción y que con ella pone en peligro la vida de los demás y, pese a ello, decide llevarla a cabo».

(27) BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Barcelona, 1991, p. 253, concibe el «consciente desprecio» como un elemento de actitud interna, pero niega su legitimidad por vincularse al carácter del sujeto.

En primer lugar, y ante todo, con esta caracterización del presente elemento surgen evidentes problemas de prueba, pues, excepto en (extraños) casos de confesión autoinculpatória, no se ve cómo puede llegar a acreditarse con un mínimo de seguridad algo que es una mera sensación o actitud. Además, esta interpretación tampoco permite separar con nitidez los artículos 381 y 384 CP, ya que, en principio, de toda conducción con «temeridad manifiesta» puede deducirse una actitud de desprecio por la vida ajena, pues, de ser respetuoso el sujeto con este bien jurídico, sin duda no se comportaría conscientemente de forma objetiva y gravemente arriesgada (28).

Una segunda interpretación posible pasa por atender a los motivos que han impulsado al sujeto a llevar a cabo la conducción peligrosa. A tal efecto cabría diferenciar entre dos clases de motivos. Por un lado, motivaciones hasta cierto punto «comprensibles» como, por ejemplo, no querer llegar tarde a una cita muy importante, no ser identificado por la policía tras la comisión de un delito, etc. (29). Y, por otro lado, motivaciones «reprochables» o «intolerables», como conducir temerariamente para divertirse, o para ganar una apuesta. En este segundo caso el elemento de desprecio estaría vinculado a la valoración social que merece el comportamiento de quien está dispuesto a conducir de forma temeraria y a poner en peligro la vida de los demás sin encontrarse en una situación (siquiera mínima) de necesidad o de cierto nerviosismo. En tal caso no importa tanto la forma escogida de conducción (en cualquier caso peligrosa), como aquello que ha impulsado al sujeto a conducir de semejante modo.

La viabilidad de esta segunda interpretación puede reforzarse acudiendo a un argumento histórico. Así, la creación en 1989 del delito de conducción con desprecio consciente por la vida de los demás fue debida al fenómeno de la denominada «conducción suicida» u «homicida», ocasionado por una serie de sujetos que, con motivo de una apuesta, se prestaban a conducir en sentido inverso por la autopista tratando de evitar a los vehículos que pudieran cruzarse a su paso. La alarma social (y sobre todo periodística) de aquellos tiempos, así como la subsiguiente reacción del legislador no sólo se explican por la evidente peligrosidad objetiva de estas conductas, sino, sobre todo, por la

(28) Un argumento también expresado en la Circular 2/90 de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

(29) Cfr. en este sentido la STS de 5 de marzo de 1998 (ponente Martínez-Pereda Rodríguez), que aplica el artículo 381 CP a quienes, huyendo de la policía tras haber cometido un robo, cruzaron con el coche la mediana que separaba los dos carriles de una calle circulando en sentido inverso.

indignación social provocada por el hecho de que alguien estuviera dispuesto a poner en grave peligro la vida ajena por una simple apuesta.

Finalmente, una última interpretación posible del artículo 384 CP pasa por entender que el requisito de desprecio debe concebirse de forma objetivizante. Desde esta perspectiva, que plantea ciertas dudas de compatibilidad con el tenor literal del Código, con este elemento no se estaría haciendo referencia a una actitud personal del sujeto o a su motivación, sino a una forma de temeridad manifiesta especialmente peligrosa en virtud de la forma de conducción escogida (30). De acuerdo con este criterio, debería diferenciarse entre casos de simple «temeridad manifiesta» (art. 381 CP) y supuestos de «temeridad manifiesta especialmente grave» (art. 384 CP). En este último ámbito tendrían cabida las formas de conducción que vulnerasen las normas más básicas de la circulación rodada, como la prohibición de invadir el carril contrario de una carretera o autopista de forma prolongada, saltarse semáforos o señales de stop en cruces muy peligrosos, etc. De acuerdo con esta perspectiva, para aplicar el artículo 384 CP no debería atenderse a la actitud o a la motivación del sujeto, sino que este delito debería apreciarse siempre que concurriera alguna de estas gravísimas infracciones de las normas primarias de la circulación y el sujeto fuera consciente de ello, así como del peligro concreto creado con su conducta.

En su sentencia el Tribunal Supremo no profundiza en cuál puede ser el fundamento de la pena agravada del artículo 384 con respecto al 381 y, en este sentido, no acoge el criterio (subjetivo) de la motivación o la actitud interna, ni tampoco el (objetivo) de la extrema peligrosidad, sino que parece postular la necesidad de que concurren ambos fundamentos. A tal efecto, y en referencia al caso enjuiciado, la Sala Segunda se limita a afirmar que, «tanto por la amplitud subjetiva del riesgo creado como por el total desprecio hacia la vida de las personas que en aquellos momentos deambulaban por aquella zona, es preciso reconocer que la calificación jurídica cuestionada es plenamente ajustada a Derecho».

(30) Este punto de vista es defendido por MIR PUIG, en *Derecho de la circulación*, p. 194, quien considera que el delito de conducción con consciente desprecio debe aplicarse en los casos de «una especial temeridad que no lleguen a suponer dolo eventual. Entre la imprudencia temeraria y el dolo eventual hay que buscar un espacio para la imprudencia muy temeraria» (cursiva en el original). También exige un criterio objetivo de distinción MOLINA FERNÁNDEZ, en *Compendio*, p. 731, quien entiende que los tipos contenidos en los artículos 381 y 384 CP no sólo se diferencian en el aspecto subjetivo, sino también en que este último precepto requiere la realización de una conducta «extraordinariamente peligrosa» o «altamente temeraria». En sentido similar RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 225 (nota 245).

Con respecto a esta concreta afirmación deben efectuarse algunas puntualizaciones. En primer lugar, no consigue entenderse a qué se refiere el Tribunal Supremo cuando habla de la «amplitud *subjetiva* del riesgo creado», de tal modo que la única interpretación posible pasa por entender que existe un error de transcripción en esta frase y que aquello a lo que realmente quería referirse el Tribunal era a la «amplitud *objetiva*» del riesgo. De ser así, se estaría vinculando la aplicación del artículo 384 CP al último fundamento antes apuntado, es decir, a la extrema peligrosidad de ciertas conductas automovilísticas. Sin embargo, un análisis detallado de los hechos probados lleva a dudar de que realmente este fundamento concorra en el presente caso. Según puede deducirse del *factum* anteriormente reproducido, el momento más peligroso de la conducta del sujeto activo es aquél en que «el guardaespaldas (...) oyendo el ruido del motor, instintivamente apartó cogiéndola, a Paula G., pasando la moto décimas de segundo después casi rozándolos». El riesgo que concurre en esta situación es el generado por toda motocicleta que está a punto de embestir a un peatón y que, al apartarse éste, pasa muy cerca de su cuerpo. Ciertamente en estos casos concurre un peligro concreto para la vida de quien está a punto de ser atropellado, pero no la peligrosidad extrema que justificaría –de acuerdo con el fundamento objetivo– la aplicación del artículo 384 CP.

Por lo que respecta al fundamento subjetivo, en los razonamientos jurídicos de la presente sentencia no se pone en claro cuál es el anclaje fáctico del elemento de desprecio. Es más, puede incluso afirmarse que el Tribunal Supremo incurre en un razonamiento meramente tautológico al considerar deducible la conducción con desprecio a partir del «total desprecio hacia la vida e integridad de las personas que en aquellos momentos deambulaban por aquella zona». Como es evidente, con este modo de razonar no consigue aclararse de qué datos debe deducirse el desprecio del sujeto y, en concreto, no se resuelve la duda sobre si tal elemento debe inferirse de la motivación que pueda haber guiado al autor o si, por contra, se trata de una mera vivencia interna de la situación, en cuyo caso debería explicitarse –cosa que la sentencia no hace– a través de qué indicios y qué reglas de experiencia se ha deducido tal vivencia.

Sin duda, la presente sentencia merece ser destacada por tratarse de uno de los escasos supuestos en que el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el delito de conducción peligrosa con consciente desprecio por la vida de los demás. Sin embargo, con su parca argumentación la Sala Segunda ha dejado pasar una buena oportunidad para sentar jurisprudencia sobre cuáles han de ser los presupuestos aplicativos y cuál el fundamento del artículo 384 CP. Esta tarea queda pendiente para futuras resoluciones.

IV

De las posibles justificaciones de la agravación penal del artículo 384, el fundamento objetivo encaja plenamente con aquellas concepciones doctrinales que vinculan la antijuricidad y el merecimiento de pena a la (mayor o menor) lesividad o peligrosidad de ciertos comportamientos para determinados bienes jurídicos. Desde este punto de vista, parece lógico que las conductas extremadamente peligrosas para la vida ajena merezcan una pena superior a otras conductas que, aun comportando también un riesgo objetivo, no alcancen ciertos extremos de peligrosidad. Sin embargo, una aplicación coherente del criterio objetivo puede llevar a soluciones difícilmente defendibles. Así, parece evidente que resulta mucho más peligroso para la vida de los demás conductores quien conduce distraídamente por una autopista en sentido contrario, que quien lo hace siendo consciente de ello a causa de una apuesta que sólo ganará si no se produce ningún accidente. Esta afirmación se justifica porque el segundo sujeto conoce perfectamente la peligrosidad de su conducta y, para ganar la apuesta, está dispuesto a aplicar todos sus esfuerzos para que no se produzca una colisión, una posibilidad que el primer sujeto ni siquiera se plantea. Sin embargo, nadie parecería dispuesto a defender que los conductores inconscientes merezcan una pena más grave que los «conductores suicidas» (31).

Este problema determina la imposibilidad de acoger un fundamento objetivo para el artículo 384 CP (32). Ello obliga a volver la vista hacia la idea de que el desprecio se vincula a los motivos que han determinado al sujeto a poner en peligro con su conducción la vida ajena. Además, esta vinculación parece ajustarse en mayor medida que la explicación objetiva al tenor literal del artículo 384 y al sentido cotidiano de la palabra «desprecio», de naturaleza claramente subjetivizante.

La idea de que la motivación es algo que debe, según los casos, agravar o atenuar la pena no cuenta con muy buena prensa entre la dogmática penal de nuestros días. Esta realidad se explica, ante todo,

(31) De hecho, en el ordenamiento vigente la conducta del conductor que ni siquiera llega a advertir las circunstancias de su (peligrosísima) conducción permanece impune siempre que no se produzca un resultado lesivo.

(32) Puede añadirse además otro argumento: en la tramitación parlamentaria de la reforma de 1989 se rechazó una enmienda del Partido Nacionalista Vasco que pretendía añadir al elemento de desprecio consciente el requisito de una «extrema gravedad». Cfr. al respecto VIVES ANTÓN, en *La reforma*, p. 68.

porque no resulta sencillo encontrar a los motivos un encaje adecuado en la estructura del delito actualmente dominante. Históricamente el elemento de la motivación se había asociado a la categoría de la culpabilidad, de modo que, en función de cuál fuera el móvil de un sujeto para delinquir, se hablaba de una «mayor» o «menor culpabilidad» que, a su vez, se traducían en un distinto grado de merecimiento de pena (33). Este punto de vista entra en crisis desde el momento en que el injusto pasa a concebirse como una magnitud graduable sólo en términos de peligrosidad y la culpabilidad a explicarse como un criterio de imputación personal basado en la normal motivabilidad del individuo. En esta perspectiva ya no pueden incluirse en la culpabilidad elementos que agraven la pena, sino sólo circunstancias que lleven a atemperar el castigo cuando el sujeto activo no pudiera ser motivado con normalidad (34).

Actualmente, algunos de los motivos previstos *de lege lata* encuentran perfecto acomodo en el injusto si la orientación subjetiva que un sujeto atribuye a su conducta influye en la peligrosidad de ésta (35). Así, por ejemplo, el ánimo de lucro necesario para diversas infracciones patrimoniales puede reconducirse a la idea de peligrosidad, pues, que alguien se apodere de un objeto ajeno con semejante ánimo comporta, en principio, un mayor riesgo de que su legítimo titular no lo acabe recuperando que en los casos en que el apoderamiento se lleva a

(33) Este punto de vista puede encontrarse en JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín, 1996, pp. 888-889, quienes entienden que la motivación puede influir en la culpabilidad del sujeto y debe ser tenida en cuenta en la determinación de la pena de acuerdo con el § 46 StGB. Este punto de vista es empleado también por la doctrina dominante para justificar elementos como la «motivación abyecta» que en Alemania transforma los homicidios en asesinatos; cfr., al respecto, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, *StGB*, 25.ª ed., Múnich, 1997, § 211, núm. marg. 6.

(34) En este sentido MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, pp. 644-645 y el mismo, *El Derecho penal en el estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 178-179. En Alemania HORN, en RUDOLPHI/HORN/GÜNTHER, *Systematischer Kommentar zum StGB*, Neuwied, Kristel, Berlín, 1995, § 46, núm. marg. 42: «lo decisivo para la medición de la pena es sólo la gravedad del injusto realizado por el autor». Cfr. igualmente TORIO LÓPEZ, «Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Algunos problemas específicos*, Bilbao, 1983, p. 106.

(35) Una influencia que parece poder constatarse, en general, en aquellos elementos subjetivos denominados de tendencia interna trascendente. Cfr. al respecto la distinción entre elementos subjetivos pertenecientes al tipo y a la culpabilidad formulada por ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., Múnich, 1997, § 10, núm. marg. 70 y ss.

cabo simplemente con ánimo de uso. Esta mayor peligrosidad explica, por ejemplo, que el hurto exija ánimo de lucro y que los actos de apoderamiento con ánimo de uso sean por lo general impunes.

Sin embargo, para determinar la gravedad de las conductas en el Derecho vigente se atribuye también transcendencia a otras motivaciones que no pueden ser reconducidas a la idea de peligrosidad o que, en general, no permiten afirmar que su concurrencia comporte una mayor lesividad para los bienes jurídicos. Esto sucede, por poner un ejemplo, con la circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa (art. 22.3.º CP), que, según la doctrina mayoritaria, agrava la pena de cualquier delito a causa de la codicia de su autor (36). Sin embargo, el hecho de que quien comete un delito vaya a ser recompensado económicamente por ello no parece que influya automáticamente en la peligrosidad de su comportamiento (37). Otro tanto puede afirmarse de la circunstancia del artículo 22.4.º CP, que agrava la pena a aquellos sujetos que cometan un delito «por motivos racistas, anisemitas u otra clase de discriminación» (38). Una defensa coherente de la idea de injusto como lesividad para los bienes jurídicos y de culpabilidad como imputación personal pasa por exigir la supresión de estas circunstancias agravatorias del Derecho vigente.

(36) Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, en el mismo (dir.), *Comentarios*, p. 137, quien afirma que el precio (art. 22.3.º CP) «es circunstancia que afecta a la culpabilidad, al incrementar la reprochabilidad en atención a la vileza del móvil». En idéntico sentido, MARTÍNEZ PÉREZ, «La circunstancia agravante de precio, recompensa o promesa» *CPC*, 19 (1983), p. 24, quien niega que esta circunstancia pueda reconducirse a la antijuricidad.

(37) En sentido contrario MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 651, quien afirma que el fundamento de esta agravante reside «en la mayor peligrosidad que supone la dificultad de descubrir a los responsables cuando media precio» y en la afectación al «desvalor subjetivo del injusto». Sin embargo, ninguno de estos dos argumentos permite sostener que la conducta de quien actúa por precio es más peligrosa para los bienes jurídicos. Lo mismo puede afirmarse del intento de MORALES PRATS, «Las formas agravadas de homicidio: problemas de fundamentación material y cuestiones técnico-jurídicas», en Díez RIPOLLÉS (dir.), *Delitos contra la vida e integridad física*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pp. 256 y ss, de reconducir el precio a la profesionalidad del autor como elemento que incrementa la peligrosidad *ex ante*. La equiparación entre autor profesional y mayor peligro puede no darse en el caso concreto.

(38) Afirma MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 652, que esta agravante se justifica porque, cuando concurren sus presupuestos fácticos, se «añade al injusto propio del delito realizado la negación del *principio de igualdad* que consagra la Constitución» (cursiva en el original). Sin embargo, con esta explicación no se está buscando el fundamento de la agravación en una mayor dañosidad para los bienes jurídicos, sino en el sentido comunicativo («negación del principio de igualdad») expresado en delitos cometidos con determinados móviles discriminatorios.

En cambio, el mantenimiento de ciertas motivaciones como algo que influye (y que no debe dejar de influir) en la gravedad del delito y, por tanto, en la magnitud de la sanción, parece perfectamente conciliable con una perspectiva distinta del injusto, en concreto, con la idea de que la lesividad de ciertas conductas es algo que debe medirse en términos comunicativos (39). Así, lo que determina desde esta óptica el grado de antijuricidad de una conducta no es un mayor o menor peligro de destrucción de los bienes jurídicos, sino el grado de negación de los valores sociales básicos que se expresa en la efectiva realización de dicha conducta. Dicho con otras palabras, para este punto de vista la lesividad del delito no debe medirse en términos «mecanicistas», sino que el daño propio de las infracciones penales tiene una naturaleza «intelectual» (40).

No es posible extenderse en este trabajo sobre por qué esta última perspectiva del injusto debe considerarse preferible, aunque al respecto puede apuntarse que esta visión consigue explicar de forma mucho más convincente que los postulados tradicionales, entre otras cuestiones, el porqué del castigo de la tentativa inidónea (41) —uno de los puntos donde la idea de injusto como peligrosidad flaquea notablemente—, o la diferencia de castigo entre la realización dolosa e impru-

(39) En la actualidad el auge de la concepción del delito como fenómeno a concebir en términos comunicativos se debe ante todo a los trabajos de JAKOBS (cfr., entre muchos otros, «El concepto jurídico-penal de acción», trad. de M. Cancio Meliá, en JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 101 y ss, esp. p. 118) y, en tiempos más recientes, de su discípulo LESCH (cfr., por ejemplo, *La función de la pena*, trad. de J. Sánchez-Vera, Madrid, 1999). Sin embargo, esta idea de fondo puede asimismo encontrarse en el pensamiento de otros autores como FREUND, «Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem», en WOLTER/FREUND (ed.), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996, p. 48 («la infracción de la norma puede ser vista como un serio cuestionamiento de su vigencia») y PUPPE, «Strafrecht als Kommunikation», en *Festschrift für Grünwald*, Baden-Baden, 1999, pp. 469 y ss, quien acepta la idea de delito como comunicación, aunque discrepando de los planteamientos de JAKOBS.

(40) La atribución a la concepción mayoritaria de una deficiente representación «mecanicista» del daño que todo delito comporta se debe a KARGL, «Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho», trad. a cargo de R. Ragués i Vallès, en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, 2000, p. 57. La idea del daño intelectual del delito se remonta al siglo XIX, concretamente a WECKLER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, 1813; cfr. sobre el pensamiento de este autor MÜLLER-DIETZ, «Vom intellektuellen Verbrechensschaden», *GA*, 1983, pp. 480-496.

(41) En este sentido KARGL, en *La insostenible situación*, p. 50. Según afirma este autor la tentativa inidónea «ilustra de modo especialmente evidente que el juicio de dañosidad no puede agotarse en la lesión o puesta en peligro de las concretas condiciones de vida de la víctima».

dente de un mismo tipo penal objetivo (42). Baste aquí con añadir que, de acuerdo con esta concepción, la motivación del sujeto encuentra perfecto acomodo en la antijuricidad siempre que con la trascendencia de los motivos que le han determinado a delinquir aumente o disminuya, en términos comunicativos, la intensidad de la negación de los valores sociales básicos que se expresa con la conducta típica.

Ciertamente la perspectiva mayoritaria puede salvarse reclamando *de lege ferenda* la desaparición del Derecho vigente de todas aquellas motivaciones que, pese a no incidir en la peligrosidad de la conducta, conlleven algún tipo de agravación de las consecuencias jurídicas. Sin embargo, es posible que con esta petición se esté dejando de lado un aspecto del delito que, por lo menos desde la actual óptica social, influye de forma fundamental en la necesidad de castigo. La sociedad, desde luego, no reacciona de la misma manera cuando se mata a alguien por celos, o como consecuencia de una acalorada discusión previa, que cuando se hace a cambio de dinero o por puro placer. Afirmar que el Derecho penal puede cumplir adecuadamente su misión dando la espalda a esta realidad resulta cuando menos discutible.

Desde luego, no se pierde aquí de vista la crítica de que, dando relevancia a los motivos del sujeto, se corre el peligro de caer de lleno en la culpabilidad por el carácter y en el Derecho penal de autor. Sin embargo, este alarmismo parece infundado. Así, a quien mata por dinero no se le agrava la pena por ser codicioso, sino por haber expresado con su hecho que la vida humana es algo susceptible de transacciones económicas como si de un mero objeto se tratara; y a quien propina una paliza a otro sujeto por el hecho de ser negro u homosexual no se le castiga más por ser racista u homófobo, sino por haber expresado con su acto, no sólo que la integridad física ajena no es digna de respeto, sino, además, que ciertos colectivos sociales no merecen gozar en paz de los derechos y libertades que el ordenamiento les reconoce. Mientras no deje de exigirse que la base del castigo sea siempre una expresión de sentido plasmada en una con-

(42) En tiempos recientes el intento más sólido de justificar la diferencia de castigo entre dolo e imprudencia a partir del grado de afectación –en términos comunicativos– de uno y otro título de imputación subjetiva a la vigencia de las normas penales es el formulado por JAKOBS, «Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y cognitivos», trad. de C. J. Suárez González, en *Estudios*, pp. 127 y ss. El punto de vista de este autor influye en España en los trabajos de FEIJÓO SÁNCHEZ, *CPC*, 65 (1998), pp. 311 y ss y RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, p. 32 y ss. La diferencia de tratamiento de dolo e imprudencia también se explica en términos comunicativos en LAURENZO COPELLO, *Dolo y conocimiento*, pp. 243-245 (esp. nota 23).

ducta externa, no se corre peligro alguno de incurrir en planteamientos propios de un Derecho penal de autor.

Este punto de vista permite justificar la agravación del artículo 384 con respecto al 381 CP a partir del desprecio como un elemento vinculado a la motivación del autor. Así, la conducta del «conductor suicida» que actúa por dinero no es más grave que la del conductor despistado en términos de peligrosidad para los bienes jurídicos, pero sí lo es en términos de negación del valor de la vida humana. En consecuencia, la aplicación del artículo 384 pasa por aislar conceptualmente aquellos motivos de la conducción temeraria con los que se exprese de forma acentuada que la vida ajena no es algo digno de respeto y, por tanto, puede ser puesta en peligro gratuitamente.

Esta perspectiva lleva a afirmar que el artículo 384 sólo debe aplicarse a aquellos casos, por ejemplo, en que un sujeto pone conscientemente en peligro la vida ajena como una simple forma de diversión o a cambio de una cantidad económica (43). En el primer supuesto el sujeto estaría expresando al conducir de semejante modo que la vida ajena es un simple juguete con el que pasar el rato, o un objeto con el que se puede negociar. En los casos en que la motivación no trascienda o, pese a trascender, no pueda valorarse como una negación cualificada del valor de la vida ajena, sólo deberá apreciarse un delito de conducción con temeridad manifiesta (art. 381 CP) (44).

V

A la luz de las anteriores afirmaciones conviene regresar ahora a los hechos probados de la STS de 25 de octubre de 1999, para decidir cuál se considera la solución más adecuada del caso. Para ello

(43) A la luz de estas consideraciones debe valorarse correcta la aplicación del delito de conducción con consciente desprecio por parte del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de abril de 1994 (ponente Díaz Palos). En este caso el acusado se dedicó a circular con su motocicleta de gran cilindrada levantando la rueda delantera en una zona urbana por la que transitaban numerosas personas, atropellando a un peatón. No existe otra explicación para este comportamiento que la pretensión del acusado de obtener un rato de diversión.

(44) Para llegar a semejantes afirmaciones no importa lo que el autor realmente (en sentido psíquico) haya querido expresar con su conducta, sino la valoración social sobre su comportamiento. Al respecto son muy ilustrativas las afirmaciones de PUPPE, en *Festschrift für Grünwald*, pp. 473-474.

debe empezarse analizando si en este supuesto concurre simplemente un delito de peligro concreto o si, por contra, es posible afirmar que se da una tentativa de homicidio (parricidio antes de la entrada en vigor del CP95).

La apreciación de una tentativa depende de que pueda atribuirse al acusado la realización de un juicio de atribución de concreta aptitud lesiva (mortal) a su conducta (45). Dado que dicho acusado contaba con un perfecto conocimiento de la situación en la que actuaba y, también, con el conocimiento de los riesgos que genera en abstracto su comportamiento (46), la imputación de dicho juicio sería incuestionable si la conducta emprendida hubiera sido una de aquellas que socialmente se consideran especialmente aptas para matar, como disparar un arma de fuego a quemarropa, o hundir un cuchillo en el abdomen de la víctima (47). Sin embargo, la conducción de vehículos a motor no es una conducta a la que *per se* se asocie la idea de muerte, motivo por el cual es en principio admisible la alegación de que, pese a haber conocido un sujeto aisladamente todos los elementos de riesgo que concurrían en su situación concreta, no llegó a integrarlos en el juicio de concreta aptitud lesiva que exige el dolo.

Sin embargo, tal alegación no debe prosperar en tres casos (48). En primer lugar cuando de algún modo el sujeto exteriorice que internamente sí había realizado el citado juicio de atribución de aptitud lesiva; en segundo lugar, cuando sea posible imputarle la percepción de rasgos externos que indiquen inequívocamente cuál es la auténtica peligrosidad concreta de su conducta; y, en tercer lugar, cuando la dinámica comisiva sea tal que no resulte creíble que el sujeto no haya integrado en un juicio de atribución de concreta capacidad lesiva sus conocimientos aislados sobre la peligrosidad general de su conducta y la situación en la que ésta se llevaba a cabo.

De forma evidente, los dos primeros casos no se dan en el supuesto enjuiciado. Por un lado, no consta que el sujeto manifestara

(45) Para la resolución del caso se emplean los criterios de atribución del conocimiento expuestos en RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, caps. XI-XVII. A este trabajo se remite para la justificación teórica y otros detalles acerca de estos criterios.

(46) Partiendo de tales afirmaciones de dos reglas de imputación del conocimiento: en primer lugar, de que cualquier motorista en pleno uso de sus facultades mentales sabe que embestir a otro con su motocicleta genera un peligro mortal; en segundo lugar, el conocimiento de la situación se atribuye al acusado a partir de la constatación de que contó con tiempo de sobras para advertir cuáles eran las circunstancias fácticas en las que iba a realizar su conducción y, especialmente, el lugar en que se encontraba su mujer.

(47) Cfr. RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo*, pp. 468 y ss.

(48) *Ibidem*, pp. 487 y ss.

en ningún momento –tampoco en la fase de instrucción o en el juicio oral– haber sido consciente de que estaba realizando una conducta concretamente apta para matar. Por otro lado, de las circunstancias del caso no se deduce tampoco que se presentaran en ningún momento signos externos de cuál era la auténtica lesividad de la conducta emprendida. Por ello, la posibilidad de afirmar la existencia de dolo en este caso pasa por analizar cuidadosamente si, a partir de la dinámica comisiva, es posible imputar al sujeto el juicio de atribución de concreta aptitud lesiva.

Atendiendo a este último criterio debe afirmarse que el acusado actuó con dolo de homicidio. Ello se justifica porque en los hechos probados no se describe una actuación súbita y repentina que permita dudar de que el acusado fuera realmente consciente del auténtico potencial lesivo de su comportamiento, sino todo lo contrario. Así, en el relato fáctico puede leerse cómo el acusado estuvo esperando un rato ante la puerta de los juzgados a que su esposa saliera del interior del edificio, cómo a la salida de ésta tuvo tiempo de abrocharse el anorak, de colocarse el casco, de encender la moto, de dirigir unas palabras a su esposa y cómo dio unos fortísimos acelerones antes de arrancar. La moto fue dirigida con pleno control por parte del acusado hacia el lugar donde se encontraba su esposa, y sólo la actuación instintiva del guardaespaldas agarrando a la mujer consiguió evitar el atropello, logrando así que la moto sólo le rozase. El tiempo con el que contó el acusado antes de este último momento permite afirmar que no resulta creíble la alegación de que no integró en un juicio de concreta aptitud lesiva su conocimiento, por un lado, de que embestir a alguien con una moto es una conducta apta para provocar su muerte y, por otro lado, de que dadas las circunstancias de la situación concreta –cuyo conocimiento debe serle también imputado– su conducta era apta *in concreto* para arrollar a la víctima y de este modo matarla.

Para reforzar lo adecuado de esta solución basta con imaginar cuál habría sido la solución del caso si el atropello y el desenlace mortal hubieran llegado a acontecer. En tal caso todo indica que una conducta por homicidio imprudente debería juzgarse como demasiado benévola. Pues bien, esta solución que parece la más adecuada para una hipotética consumación debe mantenerse cuando el resultado no ha llegado a producirse, pues el acaecimiento de aquél o su ausencia no son circunstancias que deban influir en la decisión acerca de la imputación subjetiva.

Tampoco afecta a la solución propuesta el hecho de que algunos testigos afirmasen haber tenido la sensación de que, en realidad, lo que pretendía el sujeto era suicidarse, una explicación mantenida en

sus declaraciones por el propio acusado (49). Sea ello cierto o no, éste no es un dato que deba influir en la solución del caso, pues son perfectamente imaginables supuestos en que un individuo desee ocasionar su propia muerte de un modo tal que ponga en peligro las vidas de otras personas como, por ejemplo, cuando un conductor decide poner fin a sus días colisionando frontalmente con otro automóvil en carretera. Es posible que la intención principal del acusado no fuera la de causar la muerte de su mujer y, en este sentido, tal vez tenga razón el Tribunal Supremo al afirmar que, cuando no están claras las intenciones del acusado, debe aplicarse el principio *in dubio pro reo* y negar la concurrencia de aquella finalidad que comporte consecuencias penales más gravosas.

Sin embargo, en la solución acerca del dolo no deben influir las intenciones cuando se admite la figura del dolo eventual. También en este punto la argumentación del Tribunal Supremo flaquea notablemente, pues, pese a admitirse el dolo eventual a nivel de declaraciones teóricas, la Sala Segunda olvida por completo esta figura cuando analiza la calificación de los hechos. Así, al ocuparse de esta última cuestión, sólo parecen interesar las intenciones del acusado y se acaba negando la existencia de una tentativa por la duda acerca de que el verdadero objetivo fuera matar a su mujer, pero sin que se entre a analizar la posible concurrencia de los requisitos del dolo eventual en el relato de hechos probados.

Afirmada la existencia de una tentativa de homicidio, no procede analizar la aplicación al presente caso de los artículos 381 y 384 CP. De todos modos puede afirmarse al respecto que, si se llegara a negar el dolo de matar por no considerarse atribuible al acusado el juicio de concreta aptitud lesiva necesario para el dolo, la solución no pasaría por aplicar el artículo 384 CP, pues no parece que los motivos que impulsaron al acusado a poner en concreto peligro la vida de su mujer permitan afirmar que su conducta deba valorarse, en términos comunicativos, como una negación más intensa del valor de la vida ajena que la propia de toda conducción conscientemente temeraria. En consecuencia, el artículo 384 CP nunca debería haberse aplicado a este caso.

(49) Sin perjuicio de que en los hechos probados se afirme también que una dotación de la policía nacional detuvo al acusado porque «los presentes decían que había intentado atropellar a alguien».

VI

Como conclusión de estas páginas puede afirmarse que *concorre un delito de conducción con consciente desprecio por la vida de los demás del párrafo primero del artículo 384 CP cuando se realiza conscientemente una conducta de conducción manifiestamente temeraria y concretamente peligrosa y se actúa de este modo por motivos que pueden valorarse como una abierta negación del valor de la vida ajena (50).*

Aunque esta definición es perfectamente defendible desde el punto de vista teórico no puede, sin embargo, perderse de vista que la dinámica comisiva de muchas conducciones gravemente peligrosas llevará a imputar al sujeto activo el conocimiento de la concreta aptitud lesiva de su conducta y, como sucede en el caso estudiado, a apreciar una tentativa (doloso-eventual) de homicidio. De hecho, el famoso supuesto de los «conductores suicidas», que en su momento justificó la entrada en el Código del delito de conducción con consciente desprecio, era un caso evidente de dolo eventual (51). Sólo por este motivo de orden práctico puede ya ponerse en tela de juicio la necesidad de la existencia autónoma del artículo 384 CP. Además, el desvalor de las conductas subsumibles en este precepto quedaría perfectamente abarcado con la existencia del artículo 381 CP y de la tentativa de homicidio, así como con la posibilidad de concretar los marcos penales de estas infracciones atendiendo a otras circunstancias del hecho (52). En este sentido, si desapareciera del Código

(50) En el caso en que llegue a producirse un resultado de muerte, el artículo 384 CP debe aplicarse con preferencia al artículo 142 CP (homicidio imprudente consumado), por tener el primero una pena más grave. En este sentido, cfr. la STS de 20 de abril de 1994. Sin embargo, la efectiva producción del resultado deberá ser tenida en cuenta por el juez (con efectos agravatorios) en el momento de individualizar la pena del artículo 384.

(51) En este mismo sentido MIR PUIG, en *Derecho de la circulación*, p. 192; LUZÓN PEÑA, en *Derecho Penal de la circulación*, p. 239; MORILLAS CUEVA, en *Comentarios*, p. 146; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 332; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 226 (nota 249); y VARGAS, «Homicidios frustrados o en tentativa con dolo eventual: el supuesto de los conductores suicidas», *PJ*, 14 (1989), p. 74.

(52) Antes de la reforma de 1989 SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la 'conducción suicida'», *La Ley*, 1988, pp. 970 y ss (esp. p. 980), entendía que el delito de conducción temeraria y los tradicionales delitos contra la vida bastaban para un adecuado castigo de fenómeno de la «conducción suicida». En referencia al CP73 negaban la necesidad del delito de conducción con desprecio consciente RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 17.ª ed., Madrid, 1994, p. 1052. Actualmente TAMARIT SUMALLA,

el artículo 384, los casos de motivación especialmente reprochable en la conducción temeraria, faltando dolo eventual, pasarían a castigarse aplicando el artículo 381 CP, siendo tenidos en cuenta los motivos del autor en el momento de determinación judicial de la pena (53). Esta posibilidad simplificaría notablemente la fijación teórica de los límites entre las diversas infracciones (54).

VII

En su contribución al libro colectivo *La insostenible situación del Derecho Penal*, Peter-Alexis ALBRECHT explica cómo en Alemania la difusión en los medios de comunicación de las imágenes de peleas de perros propició inmediatamente un proyecto de ley para castigarlas y cómo los escándalos del *doping* en el deporte de élite fueron seguidos de diversos esfuerzos para su sanción penal (55). Según expone este autor, el Derecho penal se ha convertido en un recurso fácil de los políticos para aparentar ante la opinión pública hasta qué punto están dispuestos a combatir de manera decidida los problemas sociales.

El artículo 384 del actual Código Penal es una de las muestras más evidentes de esta realidad en España. Como se ha expuesto, la aparición de las «conducciones suicidas» en las carreteras español-

en *Comentarios*, p. 1092, entiende que existen razones para dudar de la necesidad del artículo 384 CP, al haber desaparecido la alarma social provocada por las conducciones que dieron lugar a la introducción del precepto y por la pena prevista actualmente para la conducción temeraria, superior a la que tenía este delito en el Código anterior.

(53) De hecho, en el Código vigente la peculiar tripartición entre tipo de peligro concreto, tipo de peligro concreto con consciente desprecio por el bien jurídico protegido y tentativa de lesión sólo puede encontrarse en la regulación de los delitos contra la seguridad del tráfico. El legislador no parece haber sentido la necesidad de recurrir a esta artificiosa técnica de tipificación para el castigo de otras conductas peligrosas para la vida.

(54) Así, aunque por los motivos expuestos *supra* se considera conveniente dar relevancia a los motivos del autor en la valoración de la gravedad de una conducta, puede afirmarse con carácter general que el ámbito más idóneo para tener en cuenta esta circunstancia es el momento de determinación judicial de la pena y no el de creación de los tipos por parte del legislador.

(55) ALBRECHT, «El Derecho penal en la intervención de la política populista», trad. a cargo de R. Robles Planas, en *La insostenible situación*, pp. 471 y ss. Interesantes también las reflexiones de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, Madrid, 1999, pp. 27-28, sobre la influencia de los medios de comunicación en la magnificación de los problemas sociales.

las dio lugar en 1989 a la introducción de este precepto en el Código. El fenómeno afortunadamente desapareció por sí solo, pero el precepto sigue vivo y, en ocasiones, se aplica a casos que podrían resolverse perfectamente con la tentativa de homicidio, el delito de conducción temeraria y las reglas de determinación de la pena. Sin embargo, mientras siga en vigor el artículo 384 CP la doctrina deberá continuar esforzándose para intentar encontrar un contenido propio a algo que, en el mejor de los casos, sólo debería ser un evidente ejemplo «de lo que es legislar penalmente a impulsos de la coyuntura» (56).

(56) Citando literalmente a CONDE-PUMPIDO TOURÓN en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1997, p. 3559. MORILLAS CUEVA, en *Comentarios*, p. 145, entiende que la introducción de este delito en el Código era escasamente necesaria y también denuncia el «carácter coyuntural» de esta tipificación.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Consultas

CONSULTA NÚMERO 1/1997, DE 19 DE FEBRERO, SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LOS SUPUESTOS DE CONCURRENCIA DE ALGUNA EXIMIENTE INCOMPLETA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

I

La consulta se refiere a la exégesis del artículo 68 del nuevo Código Penal, relativo a la penalidad prevista para los supuestos de concurrencia de alguna eximente incompleta:

«En los casos previstos en la circunstancia 1.^a del artículo 21, los Jueces o Tribunales *podrán imponer*, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes.»

La duda surge del aparente abandono del sistema anterior de forzosa rebaja de la penalidad.

Efectivamente, el precepto tiene su antecedente inmediato en el artículo 66 del Código Penal derogado:

«*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 concurrieren. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el artículo 64.»

En el Código Penal de 1973 la presencia de una eximente incompleta determinaba una degradación preceptiva de la pena. La discrecionalidad del Juez o Tribunal –también, en último término, reglada por la necesidad de atención al número y entidad de los requisitos de la eximente que faltaren o concurrieren– se reducía a la elección de uno o dos grados de rebaja.

La utilización por el Código Penal de 1995 de la expresión «podrán imponer» en su artículo 68 requiere precisar si ha de considerarse modificado el sistema legal, de forma que la rebaja de grado se habría convertido en meramente facultativa. El órgano judicial podría prescindir en determinados casos de degradar la pena, cuando considerase que la eficacia de la eximente incompleta no debe tener fuerza suficiente para desbordar el marco penal establecido en abstracto al delito.

Idéntico problema interpretativo aparece en relación con el artículo 66.4.^a, donde el legislador ha empleado la misma fórmula:

«Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, *podrán imponer* la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.»

La locución «*podrán imponer*» utilizada en ambos preceptos evoca una mera facultad y se opone a la de otros preceptos donde, resaltando sin ambages el carácter imperativo de la degradación, se dice «*impondrá*» o «*se aplicará*» (arts. 14.3, 62 ó 63, 553 en contraste con otros preceptos como el art. 242.3).

II

Precisamente la exégesis histórica del artículo 66.4.^a proporciona el primer argumento en favor de considerar que, pese a la dicción legal, la degradación de la pena, al menos en un grado, ha de seguir considerándose obligatoria. En efecto, la locución utilizada en el ar-

título 66.4.^a —«podrán imponer la pena inferior ...»— es idéntica a la de su inmediato precedente: el artículo 61.5.^a a del Texto Refundido del Código Penal de 1973. Alguna jurisprudencia recaída en torno a ese artículo no vio en ello obstáculo para considerar obligatoria la degradación.

Durante muchos años la jurisprudencia, atendiendo a la literalidad del artículo 61.5.^a, consideró que la degradación era facultativa: el órgano sentenciador podía optar por rebajar la pena uno o dos grados o por no degradar la pena, operando en esos casos el artículo 61.1.^a que determinaría la imposición de la pena señalada por la Ley al delito en su grado mínimo (entre otras, sentencias de 4 de mayo y 17 de diciembre de 1981, 5 de mayo y 6 de junio de 1986, 21 de diciembre de 1987 y 4 de abril de 1988).

Sin embargo la más reciente doctrina jurisprudencial ha modificado este criterio. Enlazando con antiguos antecedentes (sentencias de 7 de mayo de 1962 y 18 de enero a de 1965), la Sala 2.^a del Tribunal Supremo ha sostenido que la degradación que preveía el artículo 61.5.^a era preceptiva, quedando limitado el arbitrio a optar entre el grado inmediatamente inferior o la rebaja de dos grados. Esa nueva línea jurisprudencial quedó abierta con la sentencia 2328/93, de 21 de octubre y se ha visto confirmada con las sentencias 1224/1994, de 14 de junio y 228/1996, de 15 de marzo.

El apartamiento del significado gramatical del precepto se apoyaba en razones fundamentalmente históricas. La regla 5.^a del artículo 61 era reproducción de la concebida por el legislador de 1932 al modificar la correspondiente del Código de 1870 que regulaba la cuestión en los siguientes términos: «cuando sean dos o más, y muy calificadas, las circunstancias atenuantes, y no concurra ninguna agravante, los tribunales *impondrán* la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley, en el grado que estimen correspondiente, según el número y entidad de dichas circunstancias» (art. 82.5 del Código de 1870).

La reforma de 1932 obedecía al propósito de beneficiar al reo: la regla 5.^a de su artículo 67 extendió la rebaja a dos grados y sustituyó la exigencia acumulativa de varias atenuantes calificadas por la formulación alternativa de esos requisitos:

«Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes, o una sola muy calificada, y no concurra agravante alguna, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en el grado que estimen correspondiente, según la entidad y número de dichas circunstancias.»

En ese contexto la sustitución de la expresión «*impondrán*» por «*podrán imponer*» no podía responder al propósito de atribuir carácter meramente facultativo a la degradación, sino al de permitir a los Tribunales decidir si la rebaja que en todo caso había de acordarse, debía alcanzar un grado o dos. Otra interpretación, se argumentaba, resultaría incoherente con el propósito global de la reforma de este punto en 1932. La interpretación del precepto atendidos estos antecedentes debía prevalecer sobre su significado literal y gramatical.

Y, en otro orden de cosas, cabe también una lectura de la expresión «*podrán imponer*» en clave de degradación imperativa: el aspecto facultativo de la degradación («*podrán*») se refiere exclusivamente a la opción entre uno o dos grados de aminoración penológica.

En una primera aproximación parece que no existiría impedimento alguno para trasladar esa jurisprudencia a la exégesis del nuevo artículo 66.4.^a y, por extensión, a la del artículo 68.

III

Este argumento se vería reforzado además, por otros de justicia y lógica.

Las eximentes incompletas representan en nuestro ordenamiento penal una disminución del carácter antijurídico de la conducta o de la culpabilidad del sujeto, fundamentada en la presencia de los elementos básicos de las eximentes, que les debe otorgar una fuerza superior a la de las atenuantes ordinarias. Concebir como meramente facultativa la rebaja de pena, supondría la posibilidad de equipararlas con las atenuantes ordinarias y permitir que un hecho en el que concurre una eximente incompleta pueda ser castigado igual que si se apreciase una simple atenuante.

Se ha dicho, de otra parte, que concebir la degradación como potestativa haría hasta cierto punto incoherente el mantenimiento de un régimen autónomo en el artículo 68 para las eximentes incompletas: no se entendería por qué no han sido éstas reconducidas al tratamiento normal de las circunstancias recogido en el artículo 66.

Finalmente se podría aludir a otro tipo de argumentos, como la comparación con el régimen del error (art. 14.3), o lo criticable que resultaría el desmesurado marco penal que el Juez o Tribunal podría recorrer.

IV

Ciertamente los argumentos que se acaban de exponer son de peso y generan dudas. Pero tanto la literalidad del precepto, como los antecedentes legislativos y el examen comparado con otros preceptos del Texto Punitivo hacen decantarse por la interpretación contraria.

Como en toda cuestión interpretativa han de seguirse aquí las pautas previstas con carácter general por el artículo 3 del Código Civil, que remite en primer lugar al *sentido propio de las palabras de la ley*. Este sentido no parece admitir dudas cuando frente al «se aplicará la pena inferior en uno o dos grados...» de la redacción anterior, se opone, «los Jueces o Tribunales *podrán imponer*, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados...», de la nueva dicción legal. De los términos imperativos se ha pasado a los potestativos: el verbo «podrán» está indicando una facultad y no una obligación.

Por otra parte, la jurisprudencia que se aducía anteriormente y recaída con motivo del derogado artículo 61.5.^a ni ha sido pacífica históricamente ni lo es totalmente en la actualidad. La reciente sentencia 661/1996, de 27 de septiembre, aunque sea por vía de *obiter dicta*, cuestiona esa interpretación de los términos «podrán imponer», considerando que se trataría de una mera facultad o permisión refiriéndose ya al artículo 66.4.^a del nuevo Código Penal.

V

En segundo lugar, el artículo 3 del Código Civil, pone en relación el sentido de las palabras de la ley, con *su contexto*, que en este caso y a los efectos que interesan ahora puede limitarse a la total redacción del artículo 68 y especialmente a los puntos que suponen variación respecto del texto anterior.

Encontramos en primer lugar que cuando se permite la rebaja de la pena, se especifica que ha de ser «razonándolo en la sentencia», antes de decir que tal rebaja puede ser de uno o de dos grados. Esto confirma la idea de que se trata de una facultad discrecional concedida al Tribunal que, de otro modo debería operar automáticamente la rebaja y razonar exclusivamente la elección de uno o dos grados menos o la extensión de la pena dentro de cada uno de ellos. Y ello porque toda facultad discrecional se entiende que lo es sólo relativa-

mente y conlleva siempre un cierto carácter reglado que se traduce en la obligación del Tribunal de ajustarse a criterios o parámetros y en todo caso, de razonar en relación con ellos, el ejercicio que haya hecho de la facultad en el caso concreto. En esta línea interpretativa se mueve la reciente sentencia 661/1996, de 27 de septiembre, ya aludida: la expresión «razonándolo en la sentencia» conecta con la atenuación misma, más que con la alternativa entre un grado o dos «como saliendo al paso de la exégesis que apoya la imperatividad».

En este orden de cosas, el nuevo artículo 68 en concordancia con el carácter potestativo que se confiere a la rebaja de la pena aporta muchos más criterios para su determinación. Mientras el derogado artículo 66 hablaba sólo de atender al número y entidad de los requisitos de la exigente que faltaren o concurrieren, el artículo 68 impone la atención además, «a las circunstancias personales del autor, y, en su caso, al resto de las circunstancias atenuantes o agravantes».

VI

Por otra parte, y siempre según el artículo 3 del Código Civil, ese sentido propio de las palabras de la ley ha de ponerse también en relación con los *antecedentes históricos y legislativos*. Y en este marco resulta señaladamente ilustrativa una referencia tanto a la tramitación parlamentaria del artículo 68, para indagar la voluntad del legislador, como a la génesis de la actual redacción de la regla 4.^a del artículo 66.

El Proyecto de Código Penal de 1994 al referirse a las eximentes incompletas, hablaba claramente, al igual que el texto refundido de 1973, de la imposición preceptiva de la pena inferior en uno o dos grados. Aunque inicialmente no se había presentado ninguna enmienda para el debate en el Congreso, en la discusión en Comisión del precepto se planteó una enmienda «in voce» (sesión de 30 de mayo de 1995) que motivó la actual redacción del artículo 68. La expresión «*se aplicará*» fue sustituida por los términos «*podrán imponer*». En defensa de tal enmienda se adujo expresamente el propósito de «sustituir ese carácter obligatorio que tiene para el juez aplicar necesariamente la pena inferior en uno o dos grados, por la posibilidad de bajar la pena en uno o dos grados». La enmienda, que se respaldó invocando razones de coherencia con la flexibilización del sistema en materia de individualización de penas y la necesidad de incrementar las facultades del Juez o Tribunal, fue aceptada por unanimidad.

Se pone así en evidencia de forma inequívoca que el legislador de 1995 al utilizar la locución «*podrán imponer*» ha pretendido dotar de esas palabras justamente de su significado gramatical, fiel al propósito global de ampliar el arbitrio judicial en la tarea de individualización de la pena.

VII

A conclusiones semejantes se llega indagando en la génesis de la misma fórmula –«*podrán imponer*»– recogida en la regla 4.^a del artículo 66.

El Anteproyecto del Código Penal de 1992 en la regla 4.^a de su artículo 63 había sustituido la redacción del artículo 61.5.^a sentando claramente la imperatividad de la rebaja:

«Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, y no concurra agravante alguna, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, *impondrán* la pena inferior. en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.»

El Consejo General del Poder Judicial en el informe que evacuó sobre el citado Anteproyecto postulaba suprimir esa modificación recobrando el carácter facultativo de la degradación:

«El carácter preceptivo de la rebaja de la Pena (“*impondrán*”) no se justifica, dado que parece preferible dejar, como hasta ahora, los efectos de atenuación al prudente arbitrio de los Tribunales.»

La observación del Consejo General del Poder Judicial no fue atendida y se mantuvo la redacción en el Proyecto de 1992. Sin embargo en el Anteproyecto de 1994 se incorpora ya, en atención con toda probabilidad a esa indicación, y se vuelve a decir «*podrán imponer*» en lugar de «*impondrán*» (art. 65.1.^a del Anteproyecto de 1994), con fórmula que atravesará ya sin alteración alguna todos los trámites legislativos hasta el actual artículo 66.4.^a

Además al paso del Proyecto por el Congreso de los Diputados se rechazó una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Canaria que proponía recuperar la fórmula del Proyecto de 1992 sustituyendo los términos «*podrán imponer*» por «*impondrán*».

Se evidencia así que la utilización de los términos «podrán imponer» ha sido plenamente consciente y no una reproducción del texto precedente (art. 61.5.^a). Sólo esa inercia podría justificar, como hizo últimamente nuestro órgano de casación, superar la literalidad de la ley buscando una interpretación teleológica. La jurisprudencia recaída en los últimos años sobre el artículo 61.5.^a ha perdido su base argumental principalmente histórica y no sirve ya, por tanto, de referente para la exégesis del artículo 66.4.^a del nuevo Código Penal: se ha roto la vinculación con la modificación de 1932, apoyo fundamental para la tesis contraria.

VIII

La interpretación que se propugna –la degradación es facultativa y no preceptiva– queda totalmente apuntalada por otras razones de coherencia, derivadas del análisis de otros preceptos del Código Penal de 1995: así los artículos 171.3, 242.3, 376, 514.2, 565 o 579 que utilizan similar locución refiriéndose muchos de ellos con claridad a una rebaja potestativa, refuerzan el argumento sistemático. Y el examen de los antecedentes parlamentarios de algunos de esos preceptos revela idénticas conclusiones.

Elocuente es a este respecto constatar el origen parlamentario del actual artículo 579 que en materia de delitos de terrorismo permite en determinados casos una rebaja de penalidad empleando la misma expresión que los artículos 68 o 66.4.^a: «...los Jueces y Tribunales, razonándolo en la sentencia, *podrán imponer* la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en la Ley para el delito de que se trate...».

Pues bien, también en esta norma la fórmula «podrán imponer» fue fruto de una enmienda *in voce* aprobada por unanimidad en la sesión de la Comisión de Justicia e Interior celebrada el 8 de junio de 1995. El citado precepto hablaba igualmente de rebaja preceptiva de la pena en uno o dos grados. Tras un intenso debate, el portavoz del Grupo Socialista presentó una enmienda *in voce* que había sido previamente consensuada con todos los grupos parlamentarios y que fijó la redacción del precepto en los términos que plasman en el vigente Código Penal. En defensa de esa redacción se dijo expresamente: «...el criterio taxativo que preveía el texto del proyecto, “*impondrán*”, se sustituye por un criterio valorativo, “*podrán imponer*”».

Se pone de manifiesto así nuevamente que el legislador de 1995 con la locución «podrán imponer» quería expresar justamente su significado gramatical: una facultad del juzgador. A conclusiones similares lleva el examen de los antecedentes parlamentarios del actual artículo 376 donde se produjo idéntica mutación.

IX

Del desarrollo argumental realizado, y aun admitiéndose que la cuestión presenta perfiles no totalmente nítidos y definitivos, se desprende que el artículo 68 del nuevo Código Penal ha querido modificar el tratamiento penológico de las eximentes incompletas convirtiendo la degradación en uno o dos grados en una facultad del Juez o Tribunal.

La regulación autónoma de los efectos atenuatorios de las eximentes incompletas y no en el propio artículo 66, tendría su explicación no solo en los avatares legislativos, sino también en una consideración adicional y plenamente congruente con el sistema: la presencia de una o varias agravantes, como se deduce expresamente del artículo 68, no excluiría la posibilidad de atenuación privilegiada, a diferencia de lo que sucede con los supuestos del artículo 66.4.^a

Ciertamente esa opción del legislador puede ser criticable desde la dogmática en atención a la mayor disminución de la antijuricidad o de la culpabilidad que representan las eximentes incompletas, situadas en una zona intermedia entre las eximentes y las atenuantes. Esas razones no son suficientes para, por vía interpretativa, corregir el sentido de la Ley, sin perjuicio de lo que pueda decidir la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero desde luego sí autorizan a realizar dos tipos de consideraciones.

De un lado, ha de entenderse que por evidentes razones de proporcionalidad ante la presencia de una eximente incompleta lo ordinario será rebajar la pena al menos en un grado. Solo en casos excepcionales en que sea patente la improcedencia de la degradación por las circunstancias concurrentes, prescindirán los Fiscales de solicitar la pena degradada, operando exclusivamente con el artículo 66.

Por otra parte, siempre será necesario consignar en la sentencia los motivos por los que el órgano judicial no hace uso de la posible degradación. La facultad es discrecionalidad pero no arbitrariedad y no es rechazable un eventual control casacional (entre otras, sentencia 629/1996, de 26 de septiembre).

CONCLUSIONES

1.º El artículo 68 del Código Penal de 1995 al emplear los términos «podrán imponer» está indicando una facultad, de forma que el Juez o Tribunal ante la presencia de una eximente incompleta podrá optar por mantener la pena señalada al delito o por rebajarla en uno o dos grados.

2.º El principio de proporcionalidad y el carácter de las eximentes incompletas hacen conveniente entender que lo ordinario será la degradación de la pena. Sólo en casos excepcionales en que esté plenamente justificada esa decisión se prescindirá de la rebaja, lo que hace especialmente exigible la motivación en la sentencia.

CONSULTA NÚMERO 2/1997, DE 19 DE FEBRERO, SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA ANTE LA CONCURRENCIA DE VARIAS ATENUANTES O UNA MUY CUALIFICADA.

I

La consulta elevada versa sobre la regla 4.ª del artículo 66 del nuevo Código Penal, que contempla los casos de concurrencia de varias atenuantes o una sola muy cualificada:

«Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.»

Dos problemas suscita la exégesis del precepto transcrito:

El primero es el planteado en la Consulta: cuando concurren también agravantes, ¿queda desplazada esa regla 4.ª en favor de la 1.ª del mismo artículo?

La segunda cuestión obliga a precisar si en los supuestos de la regla 4.ª del artículo 66 la rebaja de, al menos, un grado es preceptiva

o meramente facultativa, de forma que el Juzgador pese a la concurrencia de varias atenuantes puede imponer la pena-tipo, razonando los motivos por los que no considera procedente la rebaja de penalidad. Este segundo problema que tiene también aquí interés pues en alguna medida pueden condicionar el anterior, es abordado en la Consulta 1/1997 analizando el artículo 68 del código Penal de 1995 en solución que es extrapolable al precepto que ahora se comenta: la rebaja de penalidad es potestativa.

II

La resolución de la cuestión relativa a la operatividad del artículo 66.4.^a cuando concurre alguna circunstancia agravante reviste cierta oscuridad.

En principio caben tres posibles interpretaciones:

a) Entender que la regla 4.^a del artículo 66 es aplicable también cuando concurren circunstancias agravantes: la apreciación de una agravante no veda la posible degradación de la pena prevista en tal norma.

b) Considerar que el artículo 66.4.^a contempla la concurrencia exclusiva de una atenuante muy cualificada o varias atenuantes. Para las hipótesis de apreciación simultánea de circunstancias atenuantes y agravantes la regla aplicable sería la 1.^a del mismo precepto que excluiría la 4.^a

c) Cabría finalmente estimar que la posibilidad de degradación del artículo 61.4.^a es factible cuando se da una sola circunstancia agravante, pero no cuando concurren varias, o incluso en una interpretación más recreadora considerar que podrían compensarse atenuantes y agravantes para indagar si permanece o no el fundamento de la atenuación privilegiada.

III

La primera tesis, según la cual la presencia de agravantes no impediría la degradación, vendría apoyada por los siguientes argumentos:

a) El primero, de tipo histórico, es el que tiene más fuerza: en el código Penal de 1995 se ha suprimido la exigencia expresa de que no concurriese agravante alguna para la posible degradación cuando se

aprecian varias atenuantes o una muy cualificada. La supresión ni ha sido algo inadvertido, ni ha obedecido a la consideración de que el inciso podría resultar superfluo. Responde al propósito de permitir la rebaja privilegiada aunque concorra alguna agravante. El examen de los antecedentes prelegislativos conduce a esa conclusión.

La supresión del inciso «y no concorra agravante alguna que aparece en el artículo 61.5 del Texto Refundido de 1973 y figuraba igualmente en el Anteproyecto de 1992 atiende a la observación realizada por el Consejo General del Poder Judicial postulando su desaparición pues en opinión del órgano constitucional citado no debía «mantenerse el carácter obtativo que, respecto a la rebaja privilegiada que en este precepto se regula, tiene la simple concurrencia de algún agravante».

Aunque el Proyecto de 1992 no incorporó esa indicación, sí lo hizo el Proyecto de 1994 dando así lugar a la redacción que se lee finalmente en el texto publicado en el «Boletín Oficial del Estado».

Se pondría así de manifiesto que el propósito del legislador era permitir la degradación aunque la presencia de varias atenuantes fuese acompañada de algún agravante.

b) Por otra parte, en el artículo 66.4.^a no aparece el adverbio «sólo» que sí figura en el artículo 66.2.^a Se da a entender con eso que el artículo 66.4.^a parece contemplar todos los casos de concurrencia de varias atenuantes o una sola muy cualificada y no exclusivamente aquéllos en que solamente concurren esas atenuantes. Pero este argumento gramatical no es concluyente en la medida en que el adverbio «sólo» tampoco figura en la regla 3.^a del artículo 66, como se razonará después.

c) En otro orden de cosas cabría argüir un argumento de analogía con el artículo 68 regulador de la eficacia atenuatoria de las eximentes incompletas. Su régimen ha quedado parificado con los casos de concurrencia de varias atenuantes o una cualificada. De ahí se puede llegar a deducir que la equiparación debe ser total. Y si en el caso de eximentes incompletas la presencia de alguna agravante no impide la degradación, tal y como se deduce del inciso final del artículo 68, tampoco debe impedirlo en los casos del artículo 66.4.^a

d) Finalmente, el carácter facultativo y no imperativo de la rebaja de pena prevista en el artículo 66.4.^a crea un campo más propicio para optar por esta tesis. La degradación imperativa crearía situaciones poco acordes con la equidad (piénsese en la concurrencia de dos o más agravantes junto a una atenuante cualificada). Al tratarse de una mera facultad se permite no hacer uso de ella cuando se aprecien datos que lo hagan desaconsejable como puede ser la presencia

de una agravante. En sintonía con la jurisprudencia más reciente el nuevo código Penal potencia la necesidad de que el ejercicio del arbitrio sea motivado y no arbitrario. así se propicia un más eficaz control a través de los recursos que posibilitará impugnar y corregir los casos en que se realice un uso abusivo de esa facultad de atenuación privilegiada, lo que puede suceder cuando existan una o varias agravantes, y las atenuantes presentes no tengan la suficiente entidad para llegar a la degradación autorizada en la regla 4) del artículo 66 (por ejemplo, en principio no sería razonable degradar la pena existiendo tres agravantes y una sola atenuante cualificada).

IV

La segunda de las posiciones antes expuestas es la propugnada por la fiscalía que realiza la Consulta: la presencia de una circunstancia agravante atrae necesariamente la regla 1.^a del artículo 66 en detrimento de la 4.^a. Su defensa se basaría en las siguientes razones:

a) No basta con constatar cuál ha sido el propósito del legislador. Para el intérprete lo decisivo es la *voluntas legis* y la lectura detenida del artículo 66 lleva a la conclusión de que la concurrencia simultánea de atenuantes y agravantes está regulada en su regla 1.^a. La 4.^a solo puede referirse a la concurrencia exclusiva de varias atenuantes o una muy cualificada, porque el supuesto de presencia coetánea de agravantes ya está tratado previamente.

b) La desaparición del inciso «y no concorra agravante alguna» que recogía el derogado artículo 61.5.^a no tiene ningún alcance pues la aclaración resultaría superflua a la vista del artículo 66.1.^a

c) Criterios históricos y de lógica imponen asimismo excluir la posibilidad de degradación cuando concorra alguna circunstancia agravante, por más que sean varias las atenuantes presentes o una cualificada. No sería proporcionada la rebaja de penalidad autorizada por el artículo 66.4.^a ante la presencia de dos o más agravantes y una sola atenuante cualificada.

d) El principio de especialidad conduciría a igual estimación: el artículo 66.1.^a debe considerarse ley especial frente al artículo 66.4.^a, y por tanto de preferente aplicación.

e) También el artículo 68 puede ser esgrimido como argumento en favor de esta tesis. En esta norma se alude expresamente en su inciso final a la posible concurrencia de circunstancias agravantes, lo que no sucede en el artículo 66.4.^a. De ahí se colige que en el

artículo 68 –exención incompleta– la presencia de una agravante no excluye la degradación de la pena. Sin embargo en el artículo 66.4.^a no se alude para nada a la toma en consideración de la posible concurrencia de agravantes para graduar la pena. Es más, se dice que ésta se determinará atendiendo a la entidad y número de dichas circunstancias (es decir, las atenuantes concurrentes). Si la regla fuese también aplicable cuando concurren agravantes, se hubiese aludido necesariamente a la consideración de las posibles agravantes para la individualización definitiva de la pena. La tesis contraria conduciría al absurdo de hacer caso omiso de la posible concurrencia de agravantes en el momento de concretar la duración de la pena. Es más, en rigor según el tenor literal del precepto la presencia de una o varias agravantes no sería tenida en cuenta ni siquiera para decidir la rebaja de grado.

f) La estructura del precepto refuerza este entendimiento: en la regla 1.^a se regulan todos los casos de ausencia de circunstancias o concurrencia simultánea de circunstancias de uno y otro signo. Las siguientes reglas irían destinadas a reglamentar las demás hipótesis: la 3.^a las de concurrencia exclusiva de agravantes; y la 2.^a y 4.^a las de apreciación exclusiva de atenuantes. La regla 4.^a sería una especificación de la regla 2.^a

g) Por fin, debe advertirse, incidiéndose en algo ya apuntado, que en la regla 3.^a tampoco se incluye el adverbio «sólo» (que desapareció en la tramitación parlamentaria) y pese a ello es claro que en los supuestos en que concurren agravantes junto con atenuantes la regla a aplicar es la 1.^a y no la 3.^a. Pues bien, de igual forma, aunque en la regla 4.^a tampoco se diga expresamente que sólo han de concurrir atenuantes, esa apreciación se deduce igualmente de todo el precepto.

V

A tenor de la tercera tesis antes enunciada ante la concurrencia de dos circunstancias agravantes quedaría vetada la posibilidad de la rebaja de pena autorizada por el artículo 66.4.^a; disminución que sí sería posible, sin embargo, si se tratase tan solo de una agravante. El fundamento de esta interpretación habría que buscarlo en el plural que utiliza la regla 1.^a del artículo 66 («cuando concurren *unas* y *otras*») que haría que solo entrase en juego cuando estuviésemos ante varias atenuantes y varias agravantes.

Esta interpretación, sin embargo, debe ser desechada pues, aunque mediante ella se llegaría a una solución que permitiría respuestas pon-

deradas, genera disfunciones. De aceptarse se llegaría a la conclusión de que el supuesto de concurrencia de una atenuante y una agravante no está contemplado por la Ley y habría que solucionarlo a través de la analogía. Y de igual forma tendríamos que los casos de concurrencia de dos agravantes y una atenuante podrían ser reconducidos a la regla 3.^a, lo que carece de lógica.

A la vista de estas consideraciones resulta claro que la utilización del plural en la regla 1.^a del artículo 66 no es más que una fórmula de estilo que pretende abarcar tanto la concurrencia de varias circunstancias de uno y otro signo, como la apreciación de una sola atenuante y una sola agravante.

Por fin, una variante de esta última tesis vendría representada por recuperar, por vía interpretativa, la posibilidad de compensar atenuantes y agravantes. Ante la presencia simultánea de atenuantes y agravantes habría que aplicar preferentemente la regla 1.^a. Pero si, compensada racionalmente una agravante con una atenuante de forma que la fuerza agravatoria de aquélla se entiende anulada por ésta, permaneciesen otras dos atenuantes o una cualificada, sería factible la utilización del artículo 66.4.^a con la consiguiente posible degradación.

Esta última tesis ofrecería unos resultados seguramente más ajustados pero no puede aceptarse pues llega a manipular la dicción legal introduciendo criterios no presentes en el texto normativo.

VI

El desarrollo argumental desplegado pone de manifiesto que se trata de una cuestión dudosa que deberá dar lugar a pronunciamientos jurisprudenciales. La voluntad del legislador parece tropezar con la dicción literal de la Ley que no acierta a decir lo que posiblemente se quiso decir.

En trance de optar por una solución y aun admitiéndose lo discutible del tema parece que, en tanto la jurisprudencia se decante por una u otra de las interpretaciones posibles, debe darse prevalencia a la *voluntas legis* y entender que la presencia de una agravante impide la aplicación de la regla 4.^a del artículo 66, reconduciéndose esos supuestos a la regla 1.^a del citado artículo 66.

En conclusión, mientras no se produzca una línea jurisprudencial que marque otra senda interpretativa, los Fiscales entenderán que ante la concurrencia de atenuantes junto con agravantes será de aplicación la regla 1.^a del artículo 66.

CONSULTA NÚMERO 3/1997, DE 19 DE FEBRERO, SOBRE LA FALSIFICACIÓN, SUSTITUCIÓN, ALTERA- CIÓN U OMISIÓN DE LA PLACA MATRICULA DE UN VEHÍCULO DE MOTOR

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 279 bis del Código Penal de 1973 (VCP) señalaba:

«La falsificación, sustitución, alteración u omisión de la placa de matrícula legítima de un vehículo automóvil será castigada con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

Si el hecho tuviere como fin cometer algún delito o facilitar su impunidad, la pena será de presidio menor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas.»

El Código Penal vigente (NCP), aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, no contiene un tipo penal que en forma paralela contemple específicamente las conductas del antiguo artículo 279 bis.

La Fiscalía consultante, partiendo de tal situación, plantea cuál sea el encaje de tales conductas en el NCP.

II. LA PLACA MATRICULA COMO DOCUMENTO DE CARÁCTER OFICIAL

El artículo 26 NCP recoge el concepto legal de documento, insistentemente reclamado por sectores de la doctrina, al señalar:

«A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.»

En tal definición han de entenderse comprendidas las placas matrículas de un vehículo automóvil, pues no cabe duda de que en las mismas concurren, como se razonará seguidamente, las notas exigidas por el concepto legal: son soportes materiales que incorporan datos con relevancia jurídica.

El Código admite como documento no sólo los escritos plasmados en un soporte consistente en papel, sino cualquier contenido intelectual recogido en otro tipo de soporte (cintas magnetofónicas, cintas de video, disquettes informáticos...), recogiendo así la línea jurisprudencial expresada en las SSTs de 19 de abril de 1991 y 10 y 27 de noviembre de 1995. Incluso en el estrecho marco del concepto de documento a efectos casacionales, las sentencias de 19 de octubre y 21 de noviembre de 1996 han tenido por tal no sólo el escrito, sino también «aquella otra cosa que, sin serlo, pueda asimilarse al mismo, por ejemplo, un disquette, un documento de ordenador, un vídeo, una película, etc». Por su parte, la sentencia de 10 de julio de 1996, en referencia al artículo 26, señala que «lo decisivo para admitir la existencia de un documento será la trascendencia jurídica que pueda derivar de la información proyectada en el soporte u objeto material, cuyo sentido o contenido se manipula o altera». En consecuencia, no existe duda alguna acerca de la admisión de las placas como soporte documental válido.

La placa de matrícula tiene, por los datos que incorpora, relevancia jurídica. Dicha relevancia no puede predicarse únicamente del permiso de circulación por constar en dicho documento el número de matrícula y ser obligatoria su llevanza (art. 59.3 del Texto articulado de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo). La relevancia jurídica de la placa de matrícula viene acreditada por las siguientes consideraciones: primero, ha de figurar en el exterior del vehículo con carácter obligatorio, requisito legalmente exigible para la circulación, según dispone el artículo 62.1 de la citada Ley; segundo, debe reunir determinadas características técnicas para su homologación y, de otra parte, su colocación en los vehículos no puede efectuarse caprichosa o arbitrariamente sino que está sujeta a normas muy precisas (arts. 230 ss. del Código de la Circulación, vigente como Reglamento de la citada Ley en virtud de la Disposición Transitoria de la misma, y Orden de 20 de septiembre de 1985); y, por último, tiene un indudable valor probatorio en tanto medio identificativo del vehículo, hasta el punto de hallarse prohibida la duplicidad de matriculación por el artículo 209.IV del Código de la Circulación y sancionarse como infracción administrativa grave o muy grave, según las circunstancias, la circulación sin placa matrícula –artículo 65, apartados 4 y 5 de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial.

Sin perjuicio de que la identificación del vehículo se efectúe en determinadas ocasiones por medio del permiso de circulación o por la

tarjeta de inspección, es evidente que en muchas otras situaciones (piénsese en determinadas actuaciones delictivas o en la imposición de sanciones administrativas por infracciones de tráfico) la placa matrícula se erige en elemento probatorio para la identificación del vehículo.

Debe, por tanto, afirmarse la relevancia jurídica de la placa de matrícula.

Como argumento histórico en favor de la consideración de la placa matrícula como documento cabe citar el artículo 376.2.5.º del Proyecto de Código Penal de 1992 que, al dar un concepto de documento, prácticamente idéntico al que plasma el vigente artículo 26, incluía especialmente, entre otros, la matrícula de cualquier vehículo automóvil, embarcación o aeronave.

Examinados los dos requisitos que permiten conceptualizar la matrícula como documento, habrá de establecer qué clase de documento sea.

La matrícula es documento que debe reputarse oficial, en tanto reúne los requisitos señalados por la jurisprudencia (SSTS de 16 de diciembre de 1987, 16 de mayo de 1990, 18 de enero de 1991, 20 de marzo de 1992 y 10 de noviembre de 1993) para tales documentos: proviene de las Administraciones Públicas para la satisfacción de necesidades administrativas públicas, como es la regulación y ordenación del tráfico rodado.

No empaña tal concepción el hecho de que la intervención de la Administración, decisiva en la autorización o no de la expedición de la matrícula así como en la asignación de su numeración, no alcance directamente a la fabricación y colocación material de las placas en los vehículos. En todo caso, la jurisprudencia (SSTS 11 de marzo de 1993, 27 de diciembre de 1993 y 18 de febrero de 1994, entre otras) reiteradamente ha venido admitiendo la existencia de documento oficial aun cuando no emane de funcionario público o sujeto de derecho público, tan solo porque la legislación prescriba una intervención o inspección por parte de la Administración Pública. Es de señalar la existencia de un exhaustivo control administrativo sobre la fabricación de las placas. El Decreto 2100/1976, de 10 de agosto, (complementado por el Decreto 1049/1977, de 3 de mayo), regula el control por las Jefaturas Provinciales de Tráfico de los establecimientos expendedores de placas de matrícula, que deberán llevar un libro registro, diligenciado por aquellos organismos, en el que están obligados a reseñar la identidad del comprador de las placas y los datos del automóvil al cual se destinen –artículo 2.2.º– Asimismo, las Jefaturas tienen facultades de inspección –artículo 5.3.º– y de sanción –artículo 7– de los citados establecimientos.

III. ANÁLISIS DE LAS DISTINTAS CONDUCTAS DEL ANTIGUO ARTÍCULO 279 BIS

Han de analizarse por separado las diferentes conductas que, en sus dos apartados, contempla el citado precepto a fin de decidir sobre su encaje en el nuevo Código Penal. Hemos de distinguir entre la falsificación, alteración, sustitución u omisión de la placa.

1. La *falsificación y la alteración de la placa* no presentan especiales problemas: tales conductas tienen encaje en el artículo 390.1.1.º («alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial»); siendo de aplicación el artículo 392 cuando la conducta se cometa por particular o por funcionario que no se hallare en el ejercicio de sus funciones.

La falsificación o alteración han de recaer sobre elementos de carácter esencial: aquellos signos distintivos (secuencia de letras y números) identificativos del vehículo. Las restantes alteraciones de la placa que no enturbien la verdadera identidad del automóvil (v. gr.: en lugar de la placa homologada se coloca un soporte de distinto material en el que, sin embargo, el número de la matrícula es el correcto) no encajan en el delito de falsedad de documento y serán reconducibles, en su caso, a la esfera administrativa.

2. La *sustitución de la placa* es la conducta que mayores problemas interpretativos ha planteado desde la entrada en vigor del NCP. No faltan ya pronunciamientos de Juzgados de lo Penal o de Audiencias Provinciales contradictorios; mientras algunas resoluciones la consideran delito de falsedad documental, otras reputan despenalizada tal conducta.

Entendida la sustitución como la colocación intencionada de la placa matrícula legítima de un vehículo en otro distinto, impidiendo o, cuando menos, dificultando su verdadera identificación, la primera cuestión que, desde un punto de vista teleológico, llama la atención es la siguiente: si pacíficamente se reputa delictiva –artículo 390.1.1.º– la alteración de uno o de todos los guarismos de la placa de un vehículo (v. gr.: se altera la placa para convertir un «3» en un «8», o se borran todos los caracteres para sustituirlos por otros), resulta contrario a toda lógica considerar atípica la sustitución en un vehículo de la placa legítima por otra. El desvalor de la acción y del resultado es igual en ambos supuestos.

Pese a la anterior consideración el principio de legalidad exige examinar si encaja o no la conducta de sustitución de la placa en alguna de las modalidades falsarias que contempla el artículo 390 NCP.

Pues bien, para abordar esta cuestión adecuadamente debe partirse de la diferenciación entre la placa sustituida o propia del vehículo y la placa sustituta. La sustituta no se ve alterada en sí misma, pues ninguna alteración sobre ella es precisa para la conducta que ahora examinamos. No se altera, borra o sustituye ninguno de sus guarismos. En ese sentido parece correcto decir que sobre la placa sustituta no se produce «alteración de alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial».

Ahora bien, la consideración de las modalidades falsarias del artículo 390 debe ser examinada no sobre la placa sustituta sino sobre la propia del vehículo, es decir, la resultante de colocar la sustituta en un vehículo al que corresponde placa distinta, por ser la que despliega efectos en el tráfico jurídico. Y así examinado el problema, resulta que en la placa sustituida se dan diversas modalidades falsarias del artículo 390.

Por un lado, en la placa propia se produce alteración de todos sus elementos esenciales excepto aquellos números o letras que coincidan en ambas placas, lo que tiene encaje en la modalidad del apartado 1.º del artículo 390 («alterando un documento –insistimos, placa sustituida o propia– en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial»).

Por otra parte, mediante la colocación de la placa sustituta en un vehículo se está simulando la placa propia, dándose la modalidad falsaria del artículo 390.1.2.º («Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad»). Quien sustituye por otras las placas de matrícula legítimas de un automóvil está simulándolas.

En conclusión, la sustitución encaja en las dos primeras modalidades del artículo 390.1 del NCP.

3. *La omisión de la placa matrícula* debe entenderse que ha sido destipificada en el nuevo Código, pues no tiene cabida en ninguna de las modalidades falsarias del artículo 390. La circulación intencionada sin placa de matrícula ha dejado de ser conducta delictiva. Por ello, las acusaciones formuladas o las sentencias condenatorias basadas en la conducta de omisión de la placa, al amparo del artículo 279 bis VCP, deberán ser objeto de revisión para, respectivamente, interesar la retirada de acusación o la revisión de la sentencia, remitiendo testimonio a la autoridad correspondiente ante la posible existencia de infracción administrativa regulada en el artículo 65 apartados 4 y 5 de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial.

4. Por último, *la agravación punitiva que se contenía en el párrafo 2.0 del artículo 279 bis*, para cuando el hecho se hubiere

cometido con el fin de perpetrar otro delito o procurar su impunidad, carece de equivalente en la conducta falsaria del artículo 390, que castiga con la misma pena la conducta se haya cometido o no con el indicado fin.

IV. FALSIFICACIÓN DEL NUMERO DE BASTIDOR O DE MOTOR

La falsificación de la numeración grabada en el bastidor o en el motor del automóvil ha venido incriminándose a tenor del artículo 280 del Código derogado de 1973 que castigaba la falsificación de los sellos, marcas, billetes o contraseñas que usen las empresas o establecimientos industriales o de comercio (en tal sentido SSTS de 28 de octubre de 1987, 1 y 9 de febrero de 1989, 14 de abril de 1994 y 21 de junio de 1994).

Dicho precepto, sin embargo, no cuenta con un equivalente en el NCP.

Ahora bien, partiendo de la conceptualización, en virtud del artículo 26 del NCP, del bastidor o del motor como soportes documentales en los que se plasma un número con relevancia jurídica y, por tanto, reconociendo carácter de documento oficial a los números de bastidor o de motor de los vehículos, serán de aplicación aquí las consideraciones formuladas en los apartados precedentes acerca de la placa de matrícula, a fin de reputar las mendacidades operadas en el número de bastidor o de motor como constitutivas de delito de falsedad en documento oficial de los artículos 390 y siguientes del NCP, sin que pueda entenderse aplicable el artículo 274 relativo a la propiedad industrial.

CONCLUSIONES

1.º La placa matrícula de un vehículo automóvil es documento de carácter oficial, a tenor del artículo 26 del NCP.

2.º La falsificación o la alteración de la placa constituyen delitos de falsedad en documento oficial del artículo 390.1.1.º del NCP.

3.º La sustitución de la placa es delito de falsedad en documento oficial del artículo 390.1, en las modalidades falsarias de los apartados 1.º y 2.º, del NCP.

4.º La omisión de la placa ha devenido en conducta atípica en el NCP; sancionable, en su caso, como infracción administrativa.

5.º Las anteriores consideraciones son extensibles a la falsificación de los números de bastidor o de motor que se reputan delito de falsedad en documento oficial.

CONSULTA NÚMERO 4/1997, DE 19 DE FEBRERO, SOBRE LA EXTENSIÓN A TERCEROS PARTICIPES DE LOS EFECTOS DE LA REGULARIZACIÓN FISCAL

I

El objeto de la Consulta se sintetiza en la siguiente cuestión: si la conducta desplegada por el deudor tributario regularizando su situación afecta, en el sentido de excluir la punibilidad en los delitos de defraudación fiscal así como en las falsedades documentales instrumentales cometidas, solamente a aquél o, además, puede extenderse a los terceros que hubieran tomado parte en los delitos señalados.

La Consulta se eleva al hilo del siguiente supuesto de hecho: tres imputados invierten unas sumas de dinero en una entidad bancaria y, con el fin de procurar la opacidad de la operación y ocultar la titularidad, documentan la inversión a través de sucesivos contratos de cesión de crédito en los que como cedente firma por el Banco un empleado de la entidad y como cesionario hacen figurar a una tercera persona que no es la propietaria del dinero, quien firma los contratos teniendo pleno conocimiento de que no responden a la realidad, y a quien habían captado a través de otro individuo conocido de los propietarios del metálico.

Las cantidades totales obtenidas, capital más intereses, fueron invertidas finalmente por los propietarios en suscripción de Deuda Pública Especial, conforme a la Disposición Adicional 13.^a de la Ley 18/1991, de 6 de junio, lo que supone la regularización de su situación tributaria.

La defraudación fiscal (aparte del efecto que sobre la misma produciría la regularización) al ser en cuantía inferior a 15 millones de pesetas se ha visto despenalizada por la LO 6/1995, de 29 de junio, que dio nueva redacción a los artículos 349 y ss. del derogado Código Penal.

El delito de falsedad de documento mercantil cometido por los tres deudores tributarios se ha visto afectado por la regularización, a tenor del artículo 349.3 del derogado Código Penal y de la Disposición adicional segunda de la LO 6/1995, de 29 de junio. Los tres deudores citados quedan exentos de pena por tales delitos de falsedad documental en tanto son falsedades instrumentales realizadas exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización. Ese criterio se recoge igualmente en los artículos 305, 307 y 308 del vigente Código Penal.

Se plantea, por tanto, respecto de los partícipes en la falsificación, distintos de los obligados tributarios, (el testafarro firmante como cesionario, el empleado del Banco y el sujeto que proporciona al testafarro) si les alcanza en el delito de falsedad la regularización efectuada por aquellos otros.

II

Cuestión previa determinante de la solución que haya de adoptarse es la de precisar cuál sea la naturaleza jurídica de la regularización tributaria prevista en el artículo 349.3 del derogado Código y en los artículos 305, 307 y 308 del Código de 1995 vigente.

A) Un primer grupo de posturas, aun con diferentes matices entre ellas, coinciden en mostrarse contrarias a su entendimiento como excusa absolutoria. Unos conceptúan la figura como un supuesto de inexistencia de antijuricidad, previo a la punibilidad. Otros, como un caso de ausencia de ánimo de defraudación. Tales tesis, que ya se adelanta no son compartidas, se apoyan en los siguientes razonamientos:

1.º En la tramitación parlamentaria de la LO 6/1995 se produjeron en el Senado importantes modificaciones a la redacción original del Proyecto remitido al Parlamento. Se suprimió en la Exposición de Motivos la alusión a la «excusa absolutoria» que se contenía en su párrafo segundo y se modificó la expresión «ausencia de penalidad» empleada en el párrafo cuarto de dicha Exposición por la de «ausencia de responsabilidad penal». Además, en el artículo 349.3 del viejo Código se sustituyó la expresión «No se impondrán penas...», que empleaba el texto del Proyecto, por la de «Quedará exento de responsabilidad penal el que...».

De tales modificaciones se desprende, a juicio de esta postura, que en la mente del legislador la conducta regularizadora no incide sola-

mente en la no imposición de pena a una conducta delictiva previamente cometida sino que supondrá algo más, en concreto, la ausencia de responsabilidad penal por falta de antijuridicidad. No es un caso de responsabilidad sin imposición de pena por razones de política criminal sino de exención de responsabilidad penal por ausencia de antijuridicidad.

2.º Para otros autores la regularización se entiende como el cumplimiento voluntario por el obligado tributario, aunque producido fuera del período ordinario de pago. El delito se consuma cuando se ha eludido el pago de tributos, y tal ilusión no se entiende producida sin más por el transcurso del plazo ordinario para efectuar el pago en tanto que es posible en un momento posterior –a través de la regularización– efectuarlo sin sanción.

El delito fiscal, según esta tesis, no se ha consumado cuando la regularización se lleva a cabo, pues hasta entonces no se ha eludido el pago de los tributos al haber aún al deudor, siquiera intempestivamente, la posibilidad de declarar correctamente las bases tributarias mediante la regularización. Siendo así, la regularización no opera como excusa absolutoria de un delito consumado sino como conducta que impide que nazca el tipo, por ausencia tanto de ilusión del pago de tributos como del ánimo de defraudar plasmada en la conducta voluntaria regularizadora.

B) Frente a las anteriores consideraciones, debe entenderse que la regularización fiscal opera en el marco del elemento punibilidad y al modo de una excusa absolutoria. Se apoya este entendimiento en los siguientes argumentos, que sirven para refutar los antes expuestos:

1.º La comentada modificación que en el texto del Proyecto se llevó a cabo por el Senado no es determinante. Es cierto que se sustituyó la expresión «No se impondrán penas...» por la de «Quedaría exento de responsabilidad penal...», que es, además, la empleada por el Código vigente en sus artículos 305.4, 307.3 y 308.4. Ahora bien, no por ello la regularización deja de ser una excusa absolutoria. La expresión «exentos de responsabilidad penal» es empleada en la formulación de otros supuestos, tanto del anterior como del vigente Código, respecto de los cuales no cabe duda sobre su configuración como excusa absolutoria. Cabe citar en este sentido tanto el artículo 268 (igualmente el correlativo art. 564 del anterior CP) respecto de la excusa absolutoria para determinados delitos contra la propiedad cometidos entre parientes, como el derogado artículo 563 bis b) párrafo 2.º del Código anterior respecto del cheque en descubierto que se abona en los cinco días siguientes a su presentación al cobro.

En otros preceptos, sin embargo, se emplea la expresión «quedaré exento de pena». Así en los vigentes artículos 480 (anterior art. 226) y 354.2 [art. 553 bis e) párrafo 2.º del anterior Código Penal], supuestos ambos calificados de excusas absolutorias. Igualmente se emplea tal fórmula en el artículo 454 del vigente Código al señalar que «están exentos de las penas impuestas a los encubridores» los que lo sean de determinados parientes (recogiendo así el tenor del antiguo art. 18) y ello pese a que tal precepto según algunos no recoge una excusa absoluta sino una causa de inculpabilidad por la no exigibilidad de otra conducta.

De lo anterior se desprende que la terminología del Código no es pauta segura para averiguar la verdadera naturaleza de la regularización fiscal. Nada obsta a su consideración como excusa absoluta que en los artículos 305, 307 y 308 del Código (o en el antiguo art. 349.3) se diga «Quedaré exento de responsabilidad penal el que...» en lugar de emplear otra fórmula directamente referida a la exención de la pena.

La razón del cambio terminológico producido en el Senado tal vez se debiera a la idea, sin duda innecesaria, de emplear una locución que despejara cualquier duda acerca de la improcedencia de incoación o continuación del procedimiento penal en el que se acreditara que el deudor había regularizado. En casos de regularización no se llegaría a juicio oral para determinar en la sentencia la no imposición de penas; sino que en el momento en que se acreditara que había sido llevada a cabo tal regularización –durante el proceso penal o antes de la incoación del mismo– el asunto debía abortarse procesalmente.

2.º La regularización es una conducta que se produce una vez ya cometido o consumado el delito fiscal (o la infracción administrativa tributaria) y, en su caso, las falsedades instrumentales. La conducta regularizadora no opera pues a modo de desistimiento voluntario para la tentativa inacabada o arrepentimiento activo para la tentativa acabada, reguladas ahora en el artículo 16.2 del vigente Código, pues si así fuera hubiera sido incluso innecesaria la inclusión en el texto punitivo de los artículos 305.4, 307.3 y 308.4 o del derogado artículo 349.3 (al igual que no se regulan expresamente en el art. 138 tipificador del delito de homicidio las figuras del desistimiento voluntario o del arrepentimiento activo, que se extraen sin dificultades de la Parte General del Derecho Penal y se regulan en el art. 16.2 del vigente Código). Por ello, la regulación específica de los artículos 305, 307 y 308 (o del antiguo art. 349.3) indica que tal conducta regularizadora se produce una vez consumado el delito, a modo de conducta que implica el levantamiento de la pena tal y como sucedía en los supues-

tos del derogado artículo 563 bis *b*) para el caso del cheque en descubierto, en el vigente artículo 354.2 [anterior artículo 553 bis *e*)] en casos de incendios, en el artículo 480 (anterior art. 226) respecto de la rebelión o sedición y en el artículo 427 del vigente Código para el particular que denunciare en los diez días siguientes el cohecho.

La tesis de que el delito todavía no se ha consumado cuando el sujeto regulariza plantearía enormes problemas: se dejaría la consumación al albur de un hecho ajeno al sujeto activo cual es la producción de cualquiera de los supuestos que cierran la posibilidad de una regularización y se haría imposible la prescripción del delito fiscal al no consumarse hasta que las actuaciones se dirigieran contra el culpable.

En conclusión, la conducta regularizadora prevista en el Código se lleva a cabo una vez que el delito ha sido consumado y supone la exoneración de una punibilidad que ya había surgido.

Los supuestos en que la regularización se produce antes de la consumación delictiva (v. gr.: en el plazo ordinario para declarar y tras haber presentado una declaración de IRPF plagada de datos falsarios el deudor presenta una declaración complementaria) no encajan en el artículo 305.4 (anterior art. 349.3) por tratarse de casos de desistimiento voluntario o arrepentimiento activo que impiden la consumación del delito fiscal. No habiendo delito consumado y no admitiéndose formas imperfectas de ejecución del delito fiscal, tanto el deudor tributario que desistió como los partícipes en el iter del delito no responderían por tales hechos. La irresponsabilidad de los partícipes en el delito fiscal vendría dada no tanto por la conducta de desistimiento voluntario del deudor, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 16.3 del nuevo Código Penal (que exonera de responsabilidad en casos de varios partícipes sólo a aquél o aquéllos que desistan de la ejecución, no al resto), sino por el hecho de que no se consuma el delito fiscal y no admitiéndose la punición de formas imperfectas del mismo el hecho resulta atípico.

Surgiría aquí un problema añadido: la responsabilidad por las falsedades instrumentales que ya hubieran sido consumadas para el delito fiscal desistido. En este punto sería de aplicación por analogía *in bonam partem* lo dispuesto en el artículo 305.4. párrafo 2.º (anterior art. 349.3. párrafo 2.º), ya que carecería de sentido admitir la extensión de la no responsabilidad a las falsificaciones cuando la regularización se produce una vez consumado el delito fiscal y no admitir tal efecto cuando la regularización se trata de una conducta que, por producirse antes, impide el nacimiento o consumación del delito fiscal.

III

Incluida la regularización en el elemento punibilidad, hemos de distinguir dos categorías entre las excusas absolutorias.

Por una parte pueden agruparse las excusas absolutorias preexistentes a la acción, en las cuales la punibilidad no llega a nacer por cuanto que desde el momento de la comisión del hecho concurre una circunstancia que excluye la pena. Se trata de excusas absolutorias que operan como «causas de exclusión» *a priori* de la pena en función de determinadas condiciones personales que concurren en el sujeto activo del delito. El supuesto más característico es el del artículo 268 del Código Penal. Otra figura similar es la del artículo 454, aun cuando su encuadre como excusa absoluta no sea pacífico, pudiendo conceptuarse también como una causa de inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta.

De otra parte se encuentran las excusas absolutorias posteriores a la comisión del delito, que podríamos denominar «de conducta». Recogen supuestos no de «exclusión» sino de «levantamiento» de la pena en atención a un comportamiento posterior a la comisión del delito que anula la punibilidad que en principio merecía plenamente el hecho. Se exonera así retroactivamente de una punibilidad que ya había nacido. En esta categoría habría que situar el comportamiento regularizador contemplado en los artículos 305, 307 y 308 del vigente Código; así como también el artículo 354.2 en casos de incendios, el artículo 427 en los delitos de cohecho, la previsión del artículo 462 en el delito de falso testimonio y, finalmente, el supuesto del artículo 480.1 respecto de la rebelión.

La distinción entre estas dos categorías, que configuran supuestos que podríamos denominar, siguiendo a la doctrina alemana, en el primer caso de «exclusión» y en el segundo de «levantamiento» de la penalidad, es importante para analizar, lo que se hace en el siguiente apartado, la extensión de las mismas a terceros partícipes en el delito.

IV

La excusa absoluta de los artículos 305, 307 y 308 es una causa de levantamiento de la pena debida a la conducta regularizadora del deudor tributario, que se puede llevar a cabo desde que se consuma el delito y hasta que se produzca alguna de las causas a las que los pre-

ceptos citados atribuyen el efecto de bloqueo de la regularización. Se trata, pues, de una excusa basada en la conducta.

Veamos los distintos argumentos que pueden sustentar la solución contraria o favorable a la extensión a terceros de la excusa.

El primer argumento en aras de la extendibilidad no es del todo concluyente y se basa en un criterio sistemático. El artículo 268.2 señala que «esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren del delito» (igual solución acogía el derogado art. 564, precedente del actual). En el resto de las excusas absolutorias no se contiene un pronunciamiento de esta naturaleza. De ahí cabría deducir que la regla general es la de la extensión a terceros de las excusas absolutorias salvo que la Ley indique lo contrario. Ahora bien, entre el supuesto del artículo 268 y el de los artículos 305, 307 y 308 que contemplamos se dan las diferencias ya señaladas. El artículo 268 recoge una excusa que existe antes de la comisión del delito, impide el nacimiento de la pena y se debe a circunstancias personales del autor. Por el contrario, la regularización de los artículos 305, 307 y 308 no existe antes de cometerse el delito sino que podrá o no darse después; no impide el nacimiento de la pena sino que levanta la ya nacida; y se debe a la conducta del sujeto y no a sus personales circunstancias. La diversidad de los supuestos impide llegar con total seguridad a la conclusión de que el legislador si nada dijo en los artículos 305 y ss., a diferencia del artículo 268, fue por querer la extensión a terceros. Ahora bien, en todo caso, el artículo 268 apoya más la solución le que la excusa absoluta de los artículos 305 y ss. (así como aquellas otras de su misma naturaleza, antes citadas) pueda extenderse o comunicarse a terceros.

El tenor literal del Código (e igualmente el de su precedente en esta materia: la LO 6/1995) aparece, en principio, como un argumento en aras de la no extensión a partícipes de la excusa absoluta. El artículo 305.4 (e igualmente los arts. 307.3 y 308.4), tras indicar en el párrafo 1.º que quedará exento «*el que regularice*» su situación tributaria, se refieren en el párrafo 2.º a que la exención de responsabilidad alcanzará igualmente «*a dicho sujeto*» por las irregularidades contables o falsedades instrumentales que «*el mismo*» pudiera haber cometido. De una simple lectura parece inferirse que el legislador ha querido que no se extienda el beneficio de la regularización a los terceros partícipes en el delito, sino que afecte solamente al deudor tributario.

Sin embargo, el tenor literal de los citados preceptos no puede llevar a tal entendimiento. Cuando el Código emplea las expresiones «el que», «dicho sujeto» o alguna otra similar, en algún precepto, eso

no excluye la posible participación de terceros en el hecho, lo que obliga a resolver sobre la comunicabilidad de los elementos del tipo a éstos.

La solución a la cuestión debe venir a través de la pauta interpretativa que señala la Exposición de Motivos de la LO 6/1995, de 29 de junio, que introdujo en el derogado Código Penal (arts. 349.3 ss.) la excusa absolutoria de la regularización fiscal en términos similares a como ha pasado a los vigentes artículos 305 y ss. del Código de 1995. En su párrafo cuarto, al tratar de la regularización, indica: «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 I de este Código».

La interpretación sobre este problema pasa, pues, por la aplicación de las normas generales del Código. La excusa absolutoria de los artículos 305 y ss. se extenderá o no a los partícipes en atención a las reglas generales del Código, según las cuales, como ahora veremos, *la regularización no solamente afecta, y en todo caso, al deudor tributario, en tanto único sujeto con capacidad para regularizar, sino que se extenderá a los partícipes según que éstos hayan o no intervenido (desde el punto de vista de la acción penal y no de la tributaria) en tal conducta*. Tal tesis se extrae acudiendo a las siguientes normas generales del Código Penal:

1.º En los casos de desistimiento voluntario o de arrepentimiento activo, el nuevo Código Penal en su artículo 16.3, recogiendo el criterio que se ha venido hasta ahora aplicando durante la vigencia del Código anterior en virtud del principio de accesoriedad, señala que: «Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal *aquel o aquellos* que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta». Por tanto, se extiende la exención de responsabilidad derivada del desistimiento voluntario o del arrepentimiento activo a los terceros sólo cuando intervinieran en dicha conducta.

Aunque el desistimiento o arrepentimiento se producen antes de la consumación del delito, a diferencia de la regularización contemplada en los artículos 305 y ss. que se da una vez consumado el mismo y a los efectos de levantar la pena ya nacida, la pauta dada por el artículo 16.3 es también aplicable a los casos de regularización, al menos en su vertiente de no extensión de la exención a los terceros que se hayan opuesto a la regularización. Sería ilógico que la conducta des-

plegada tras la consumación (la de los arts. 305 ss.) tuviera mayores efectos (su extensión incondicionada a terceros) que la desplegada (desistimiento o arrepentimiento) en un momento anterior del *iter criminis*.

El argumento cobra mayor fuerza si se repara en el encuadramiento por algunos autores del desistimiento y del arrepentimiento activo entre las excusas absolutorias.

2.º Algún autor ha propugnado la aplicación analógica a las excusas absolutorias del artículo 65 del Código Penal, llegando así a entender que el supuesto del artículo 268 es una circunstancia personal o subjetiva sólo aplicable en quien concurre, mientras que las excusas de conducta (rebeldes, incendios, etc. y los casos de regularización) han de considerarse integradas en el artículo 65.2 siendo por ende comunicables a aquellos que tuvieren conocimiento de las mismas, entendiéndose por tal la prestación de su cooperación de alguna forma a tales conductas.

3.º Si se acude al examen de la accesoriedad en la participación nos encontramos con diferentes teorías que exigen la concurrencia de un mayor o menor número de elementos en la conducta del autor para que pueda condenarse al partícipe:

- accesoriedad mínima: para que pueda castigarse la participación basta que el hecho del autor sea típico.
- accesoriedad limitada: precisa que el hecho del autor sea típico y antijurídico para la condena del partícipe.
- accesoriedad máxima: reclama que el hecho del autor sea típico, antijurídico y culpable.
- hiperaccesoriedad: exige que el hecho del autor sea típico, antijurídico, culpable y punible.

Solamente acudiendo a esta última teoría podría extraerse la extensión de los efectos excusantes de la conducta regularizadora al tercero partícipe en el delito fiscal. Y ello no sin dificultades habida cuenta de que al consumarse el delito fiscal la conducta para el autor principal es típica, antijurídica, culpable y punible, desapareciendo dicha punibilidad posteriormente en base a la conducta de regularización.

Sin embargo, la teoría de la hiperaccesoriedad no puede ser sostenida. La doctrina dominante se inclina por la de la accesoriedad limitada según la cual es punible la participación en un hecho típico y antijurídico realizado por un autor no culpable.

La interpretación que se sostiene se ve reforzada con la cita del Auto del Tribunal Supremo de apertura del juicio oral en la Causa

Especial número 880/1991 (Caso Filesa), de fecha 22 de diciembre de 1995. El Auto señala «...es posible sostener que la eximente de pena contenida en el segundo párrafo del artículo 349.3 CP. (equivalente al art. 305.4 del vigente Código), debe ser entendida como una excusa objetiva y por lo tanto aplicable también al partícipe. No obstante, la exclusión de la punibilidad dependerá siempre de un *actus contrarius* del partícipe, pues el legislador, en verdad, la ha previsto para los supuestos de autodenuncia y reparación. No tendría sentido, por lo tanto, en el marco de una norma con esta finalidad beneficiar con la no punibilidad a quien nada hizo para la reparación de la ilicitud fiscal en la que colaboró».

V

Así enfocada la cuestión habrá que distinguir entre los siguientes supuestos:

1.º Cuando los partícipes en el delito hayan cooperado de alguna forma a la regularización, se verán favorecidos por la exención de responsabilidad.

Habida cuenta de que en la mayoría de los casos el deudor tributario puede regularizar por sí solo sin precisar del concurso del tercero partícipe, no puede exigirse una cooperación del tercero a la regularización calificable de necesaria para que surta efectos. La cooperación de los terceros en tal regularización ha de ser entendida de una forma amplia y en atención a las particulares circunstancias que concurren en cada caso. Bastará con que el tercero haya desplegado alguna conducta que permita o favorezca la regularización del deudor tributario. Se incluirán por tanto la inducción y el auxilio espiritual.

Cuando el deudor tributario sea una persona jurídica y se hubiera condenado por delito fiscal a alguna persona física responsable de aquella en aplicación del artículo 31, la regularización habrá de hacerse en nombre de la persona jurídica que es el verdadero deudor tributario, sin embargo, como quiera que la conducta regularizadora se ha de llevar a cabo necesariamente por personas físicas, el autor del delito se verá favorecido por la excusa absolutoria cuando actúe en la regularización en representación de la persona jurídica. Juega pues en la regularización el citado artículo 31.

2.º Cuando conste en la causa la existencia de algún tipo de acto del tercero tendente a conseguir que no regularice el deudor tributario, no le será aplicable a aquel la excusa absolutoria (sirva un ejem-

plo: si el deudor tributario es una S.A. y resultaron condenados los cinco miembros de su Consejo de Administración por delito fiscal, la regularización que luego se lleve a cabo por la S.A. no podría suponer la exención de pena a aquel Consejero que conste se hubiera opuesto en el seno de la S.A. al acuerdo de regularización, llegando a votar en contra de tal decisión).

3.º Surgen, sin embargo, algunos problemas que no presentan fácil respuesta y que derivan del hecho de que en la regularización basta por lo general el concurso del deudor tributario sin necesidad de que éste cuente para ello con el tercero partícipe en el delito fiscal.

En estos casos (tercero que, sin que conste su oposición a la regularización, la conoce una vez ya efectuada y producido el efecto de bloqueo que supone la iniciación de actuaciones administrativas o penales) deberán los Sres. Fiscales examinar las circunstancias del hecho concreto para valorar si la conducta del tercero en cuanto proclive a la regularización merece ser amparada por la excusa absolutoria o si pudiera serles de aplicación a los terceros la atenuante analógica del artículo 21 número 6.º en relación con el apartado 5.º del Código Penal, pudiendo en determinados casos llegar a apreciarse como muy cualificada, lo que permite la imposición de pena acorde con la naturaleza de su participación.

4.º Cuando se de el supuesto inverso al del apartado anterior (es decir, el tercero quiere la regularización y, sin embargo, ésta es obstaculizada por el deudor tributario) como quiera que la regularización no se ha producido no es posible la aplicación de la excusa absolutoria.

No obstante, conviene distinguir dos supuestos: primero, si el tercero llegara a confesar a las autoridades la infracción antes del inicio de las actuaciones procederá apreciarle la atenuante analógica del artículo 21 número 6 en relación con el apartado 5.º del Código Penal, como muy cualificada; segundo, si la confesión de la infracción a las autoridades administrativas o judiciales no se produce, pero sí constaran en la causa los frustrados intentos de lograr del deudor tributario la regularización, que sin embargo no se plasman al exterior en conducta alguna, cabría apreciar la atenuante analógica del artículo 21 número 6 en relación con el apartado 5.º del Código Penal, esta vez como simple y no como muy cualificada.

El caso concreto suscitado por la Fiscalía consultante deberá ser resuelto con arreglo a las pautas interpretativas que han quedado establecidas.

CONSULTA NÚMERO 5/1997, DE 24 DE FEBRERO, SOBRE EL LÍMITE TEMPORAL DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD DE INTERNAMIENTO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

I

La Ley Orgánica 10/1995 por la que se aprueba el nuevo Código Penal, ha abierto la puerta a numerosos interrogantes acerca del alcance interpretativo que haya de darse a algunos de sus preceptos. La dificultad se acrecienta en aquellos casos en que la duda afecta a aspectos de su renovado sistema penológico y de cuya solución dependerá buena parte de la filosofía aplicativa que postula el texto legal.

Una de esas cuestiones ha sido planteada por la Fiscalía consultante que, en razonado informe, transmite a esta Fiscalía General la duda acerca de cuál sea el límite que haya de darse al artículo 101.1 del CP, relativo a la duración máxima de la medida de internamiento. Este precepto —que encabeza la Sección 1.ª, *De las medidas privativas de libertad, del capítulo II, De la aplicación de las medidas de seguridad, del título IV, De las medidas de seguridad*— dispone en su apartado 1.0:

«Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia este límite máximo.»

Como puede deducirse de la simple lectura del precepto transcrito, el legislador ha querido, haciéndose eco de la Recomendación aprobada en tal sentido por el Defensor del Pueblo y de la doctrina latente en algunos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (SSTC 112/88, de 8 de junio y 24/93, de 21 de febrero) romper con el modelo previgente y distanciarse de aquellos sistemas comparados que admiten la indeterminación temporal de la medida de internamiento.

La influencia de tales sistemas estuvo bien presente en el debate parlamentario, sugiriendo algunas voces la supresión lisa y llana del inciso limitador de la duración del internamiento. En esta línea de razonamiento, se argumentaba que «...un tratamiento médico, cuya finalidad es curar a un paciente, no puede estar sujeto a más límite temporal que el que aconseja la ciencia médica. Si se le fija un plazo, se corre un riesgo de hacer inútiles el tratamiento y el tiempo de internamiento fijado. El escrúpulo de que no debe durar el internamiento en un establecimiento médico más que la privación de libertad en un centro penitenciario se desvanece si se piensa que es muy distinto el régimen de uno y otro internamiento. Por tal escrúpulo, no podría internarse a enfermos mentales que no hubieran delinquido» (enmienda núm. 294, Grupo Parlamentario Popular). Tal filosofía alternativa, reiterada en otras enmiendas al texto del artículo 6, no fue finalmente aceptada por el legislador.

El problema interpretativo que cuestiona la Fiscalía consultante, surgido a raíz de la revisión de sentencias impuesta por la entrada en vigor del nuevo texto, tiene un alcance general que desborda el limitado marco jurídico en que se originó la duda. Para la Fiscalía que consulta, el límite cuantitativo que impone aquel precepto no puede ser coincidente con el señalado *in abstracto* para el delito imputado, sino que, por el contrario, habrá de fijarse atendiendo a la pena concreta que, en su caso, le habría correspondido al que resulta declarado inimputable. El razonamiento que militaría en favor de tal conclusión, transcrito literalmente en los términos sugeridos por la Fiscalía de Teruel, sería el siguiente: si la duración de la pena privativa de libertad impuesta a un partícipe declarado responsable de la comisión de un delito, está en función de las circunstancias concretas de cada caso (afectantes, por tanto, al grado de ejecución delictiva, a su grado de participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad concurrentes), ¿por qué entonces el límite máximo de duración del internamiento de un declarado exento de responsabilidad penal que ha participado en ese mismo hecho delictivo y en semejantes circunstancias de ejecución o participación, no va a poder ser fijado en función de dichas circunstancias concretas si, además, como se indica en el precepto, la única variable legislativa de la que va a depender tal duración máxima es la de la pena privativa de libertad que en tal caso podría haberle sido impuesta de haber sido declarado responsable penal? Esa medida de seguridad –prosigue el razonamiento– sería siempre susceptible de modificación y sustitución por cualquiera otra de las contenidas en el artículo 96 del CP, previo expediente contradictorio en los términos a que se refiere el artículo 97 del mismo texto penal.

La locución empleada por el legislador en el artículo 101.1 del CP. –repetida en los artículos 102 y 103– adquiere un signo distinto en el artículo 104. Este último precepto, en los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1, 2 y 3 del artículo 20, admite que el Juez o Tribunal pueda imponer, además de la pena correspondiente, alguna de las medidas de seguridad previstas con carácter general, si bien, «...*la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de la pena prevista por el Código para el delito*».

Para la Fiscalía consultante, no existiría obstáculo alguno para que, ante situaciones de tratamiento legislativo distinto (inimputabilidad e imputabilidad disminuida), el legislador deseara regular la duración de la medida de internamiento de modo específico, toda vez que, a diferencia de los casos de inimputabilidad en los que, ante la falta de este presupuesto de la culpabilidad el sujeto no responde penalmente, en los de semiimputabilidad, sí concurriría aquel presupuesto, si bien de forma disminuida, de suerte que el internamiento ya no respondería únicamente a criterios de proporcionalidad entre la peligrosidad del sujeto y la gravedad de la medida adoptada, como en el caso anterior, sino que también debería aportar –razona la Fiscalía de Teruel– una cierta dosis de aflictividad por aquella disminución de la culpabilidad.

II

Ciertamente la cuestión debatida admite distintos enfoques interpretativos, cada uno de los cuales con la consiguiente carga argumental. Sin embargo, en la búsqueda de una solución que encaje de forma armónica con el sistema de respuesta penal que ha querido diseñar la LO 10/1995, el entendimiento que postula un límite fijado *in abstracto* parece más acorde con el significado mismo de la inimputabilidad y con el fundamento de la medida de seguridad con la que trata de hacerse frente a aquélla. La existencia misma de una limitación cuantitativa que tome como referencia la pena privativa de libertad asociada al tipo de injusto, resulta de fácil justificación, en la medida en que la solución contraria supondría someter al inimputable a la añadida incertidumbre del *quantum* de su internamiento. El que ese tope cuantitativo lo proporcione la pena *in abstracto* es obligado si se repara en que sólo así los términos ponderativos se construyen de

forma respetuosa con el fundamento de la medida de seguridad. En efecto, cualquier intento de fijación *in concreto* de la duración de la pena para, a partir de ella, fijar la referencia cuantitativa, obligaría a un proceso de individualización que, por su propia naturaleza, es incompatible con la declaración de inimputabilidad. Y es que la falta de tal presupuesto de la culpabilidad introduce una quiebra en el esquema analítico del delito, vetando la posibilidad de descender hacia una solución dosimétrica que jamás resultaría real, por cuanto que habría de hacer abstracción del radical efecto excluyente que genera la afirmación de la inimputabilidad.

Conviene precisar, además, que la solución que se sugiere ha de extender su vigencia, tanto al supuesto de declaración de inimputabilidad (arts. 20.1, 2, 3 y 101.1, 102 y 103 CP) como a la hipótesis de semiimputabilidad (arts. 20.1, 2, 3 y 104 CP). En aquellas ocasiones en que la quiebra de la imputabilidad sólo adquiere el rango de eximente incompleta, el artículo 104 del CP admite la imposición conjunta de la pena y la medida de seguridad («...el Juez o Tribunal podrá imponer, *además de la pena* correspondiente...»), acomodando nuestra realidad legislativa al llamado sistema vicarial, en virtud del cual, la ejecución se inicia por la medida de seguridad y el tiempo transcurrido ha de imputarse al del cumplimiento de la pena impuesta (art. 99 CP). Nótese que en los supuestos a que se refiere el artículo 104, el Juez o Tribunal ha debido verificar un proceso de individualización de la pena que acompaña a la medida de seguridad. Sin embargo, pese a ello, el significado de la medida y su diferente fundamento respecto de la pena, determinarán que el *quantum* temporal de aquella no deba exceder de la pena *in abstracto* asociada al hecho ilícito, con independencia del resultado de la individualización llevado a cabo por el Tribunal. Con toda claridad parece indicarlo el mismo artículo 104 del CP cuando señala, respecto de la medida de internamiento, que «...su duración no podrá exceder de la de la pena *prevista por el Código para el delito*». La solución legal tiende a evitar que el estado de semiimputabilidad tenga mejor tratamiento que el de inimputabilidad plena, cuando lo cierto es que mientras la segunda de las situaciones representa una ausencia total de capacidad para captar el mensaje imperativo de la norma penal, en la primera de ellas ese mensaje motivador llega, aunque distorsionado, al sujeto activo.

Con independencia de la viabilidad de los argumentos expuestos —a los que no es ajeno un indudable apoyo normativo— las dudas se despejan de forma definitiva cuando se indaga el tratamiento legislativo de los principios a los que el nuevo texto penal condiciona la aplicabilidad de las medidas de seguridad. Además de proclamar respecto

de ellas el irrenunciable principio de legalidad (arts. 1.2, 2.1), así como la garantía de jurisdiccionalidad (art. 3.1) y de ejecución (art. 3.2), anuncia, sin margen para la duda, una formulación específica del fundamento legitimador de la medida –peligrosidad– y del principio que le sirve de límite –proporcionalidad–. Señala el artículo 6:

«1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.

2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.»

Como puede observarse, el precepto transcrito –cuya inclusión sistemática en el *Título Preliminar* le confiere un singular valor interpretativo– despeja las incertidumbres que puedan militar en favor de las distintas argumentaciones, pues ahí no se distingue entre unas u otras medidas de seguridad, ni del carácter completo o incompleto de la eximente que provoque su aplicación. Se impone un límite y éste viene predefinido en el tipo, con independencia de cualquier tentación individualizadora que, por efecto de la inimputabilidad –plena o semi-plena– carece de justificación.

III

Cuanto antecede sugiere las siguientes *conclusiones*:

a) La fijación de un límite cuantitativo *in abstracto*, que tome como referencia la pena genérica asociada al tipo de injusto, parece más acorde con el significado mismo de la imputabilidad y con el fundamento de la medida de seguridad como respuesta jurídica al hecho ilícito.

b) Todo intento de fijación *in concreto* de la duración de la pena para, a partir de ahí, precisar la referencia cuantitativa de la medida de seguridad, obligaría a un proceso de individualización vetado por la naturaleza de aquella, cuyo fundamento es indisoluble de la propia declaración de inimputabilidad.

c) El verdadero alcance jurídico de los artículos 101.1, 102, 103 y 104 del Código Penal, no puede obtenerse al margen de lo prevenido en el artículo 6 del mismo texto penal, cuya inclusión en el *Título*

Preliminar le confiere un especial significado en la labor de exégesis, no advirtiéndose en su contenido un propósito legislativo de tratamiento diferenciado en función del carácter pleno o semipleno de la alteración de la imputabilidad.

CONSULTA NÚMERO 6/1997, DE 15 DE JULIO, SOBRE EL CRITERIO DETERMINANTE DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL EN LOS PROCESOS CIVILES DE INCAPACITACIÓN SEGUIDOS CONTRA QUIENES SE HALLAN INTERNOS EN UN ESTABLECIMIENTO PSIQUIÁTRICO-PENITENCIARIO EN CUMPLIMIENTO DE UNA MEDIDA DE SEGURIDAD DICTADA EN UN PROCESO PENAL

I

En extenso y razonado informe se eleva Consulta a esta Fiscalía General en relación con las dificultades interpretativas surgidas a la hora de definir el criterio determinante de la competencia territorial, en aquellos casos en que el Ministerio Fiscal solicite la incapacitación de quien, por razón de una previa condena penal, se halla interno en un establecimiento psiquiátrico penitenciario distante de su lugar de domicilio habitual. La discrepancia de criterio entre algunas Fiscalías de distintas Audiencias Provinciales, atribuye al tema cuestionado un interés relevante, máxime cuando la decisión que se adopte en relación con el interrogante inicial tendrá, a buen seguro, repercusiones inmediatas en previsibles casos futuros.

El supuesto de hecho que ha originado la duda se inicia con la sentencia de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 15 de junio de 1993, en la cual se acordó el internamiento del condenado en el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Fontcalent –Alicante–, en aplicación de una medida de seguridad derivada de la apreciación de la eximente completa de enajenación mental en un delito de parricidio. Con fecha 30 de mayo del corriente año de 1996, una tía carnal del condenado –ajena al círculo de legitimados que se menciona en el artículo 202 del Código Civil– solicitó de la Fiscalía la tramitación de la demanda de incapacidad. La Fiscalía cuya sede es coincidente con la localización geográfica del establecimiento psiquiátrico en que el acusado se halla sometido a medida de seguridad, remi-

tió la documentación pertinente a la Fiscalía del domicilio del presunto incapaz, al estimar que era a aquella Fiscalía a la que correspondía la tramitación de la demanda, por imponerle así el artículo 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LEC—, en relación con el artículo 40 del Código Civil —en adelante, CC—, pues en el antecedente de hecho primero de la sentencia condenatoria, dictada en su día por la Audiencia Provincial, se especificaba que el encausado tenía su domicilio en Barcelona. La Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña rehusó el expediente al estimar que el Juzgado con competencia territorial para el conocimiento de la demanda de incapacitación habría de estar situado en Alicante «... al encontrarse allí ingresado el enfermo, con independencia de dónde estuviera ubicado su domicilio con anterioridad a producirse el internamiento».

Los argumentos mediante los que la Fiscalía consultante persigue avalar su decisión contraria a la promoción de la correspondiente demanda —congruentemente sistematizados en el informe que da fundamento a la Consulta—, son de diverso signo, pudiendo exponerse de acuerdo con un triple esquema sistemático.

En primer lugar, se entiende que el artículo 63 núm. 1 de la LEC («en las demandas sobre estado civil, será Juez competente el del domicilio del demandado»), admite una lectura conforme a la cual no resultaría de aplicación al supuesto de hecho de que se trata. En efecto, razona la Fiscalía consultante que, pese a que el concepto de domicilio no es unívoco, el artículo 40 del CC, proporciona una definición legal, con arreglo a la cual, «... el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil». Este enunciado, cuyo verdadero alcance ha de tomar en consideración la referencia que proporcionan otras nociones, como la de residencia o, incluso, el paradero (p.ej. arts. 181 y 183 CC o 69 LEC), ha sido objeto de un prolijo tratamiento jurisprudencial que, además de acentuar la diferencia entre el concepto jurídico-civil de domicilio y la noción administrativa de residencia, ha oscilado entre la exigencia de un elemento subjetivo caracterizado por la voluntad de permanencia —*animus habitandi o animus manendi*— y la suficiencia de la idea más objetiva de habitualidad, con enraizamiento familiar y económico (SSTS 29.11.1940, 26.5.1944, 8.3.1983, 30.1.1993).

En suma, estima la Fiscalía consultante que, cualquiera que sea la orientación jurisprudencial que quiera destacarse —concepto de domicilio subjetivado por el elemento intencional o concepto de domicilio asociado a la simple idea de enraizamiento—, el espacio conceptual que abarca la noción de *domicilio*, tal y como lo describe el artículo 40 del

CC, no puede ser aplicable a un establecimiento psiquiátrico penitenciario como el que actualmente acoge al condenado. La razón que respaldaría esta ausencia de identificación entre una y otra realidad, vendría impuesta por el significado mismo de la estancia de aquél en el citado establecimiento. En él no se dan las notas de intencionalidad en la permanencia, ni –de aceptarse la propuesta objetivadora– la nota de enraizamiento. La situación en aquel establecimiento no es habitual, sino extraordinaria, además, ha sido impuesta coactivamente en aplicación de las normas penales excepcionantes de la regla general de elección de la residencia del artículo 19 CE y, en todo caso, es contingente, pues su permanencia, el cese de la medida o la reubicación del interno en otro centro, dependerá de la decisión del Tribunal sentenciador (art. 97 CP). Se trata, en fin, de una medida limitada en el tiempo y, por consiguiente, sin la más mínima posibilidad de fijación permanente de la estancia (art. 101 y disposición transitoria décima del CP).

A estas consideraciones habría que añadir el argumento que proporciona –desde la tesis que se defiende– la configuración normativa de los establecimientos psiquiátricos como centros de aplicación y cumplimiento de medidas de seguridad privativas de libertad. Así, tales establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias no son sino unidades arquitectónicas, con entidad administrativa o funcional y con organización propia (arts. 10 y 183 del Reglamento Penitenciario). El ingreso en una de aquellas unidades viene impuesto por tratarse de un detenido o preso con patología psiquiátrica al objeto de su observación, para el cumplimiento de la medida de seguridad de internamiento impuesta en sentencia o respecto de penados en que concurre enfermedad mental sobrevenida a los que el Tribunal sentenciador haya impuesto tal medida (art. 184 Reglamento Penitenciario). Basta una simple aproximación a tales principios informadores para concluir que nada de ello invita a reivindicar los conceptos jurídico-civiles de domicilio o residencia para calificar la estancia en alguna de aquellas unidades psiquiátricas.

No debe olvidarse –continúa el razonamiento de la Fiscalía consultante– que la actividad penitenciaria se orienta hacia el favorecimiento de vínculos sociales, de colaboración, de participación (art. 3 Reglamento Penitenciario), reduciendo al máximo los efectos nocivos del internamiento y procurando que «... la distribución territorial de las instalaciones psiquiátricas penitenciarias favorezca la rehabilitación de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones sanitarias correspondientes» (art. 191.2 Reglamento Penitenciario). De ahí que la estancia en alguno de aquellos establecimientos de funcionalidad

dad tan significada, no aspire a sustituir los verdaderos lazos familiares asociados al genuino y verdadero domicilio.

En segundo lugar, estima la Fiscalía consultante que, salvo los supuestos de urgencia –como los acaecidos a raíz de la entrada en vigor del nuevo Código Penal–, en los que la prevención de tales situaciones exigía una actuación decidida por la Fiscalía con sede en el ámbito geográfico del establecimiento psiquiátrico, no existen razones insubsanables que impidan la atribución competencial a los juzgados del verdadero domicilio del incapaz.

Incluso, podría resultar contrario a la naturaleza misma del internamiento la fijación anticipada de su procedencia cuando todavía se halla pendiente el cumplimiento de una medida de seguridad en el establecimiento psiquiátrico penitenciario. El internamiento, se razona, no es una medida de seguridad que, conforme al artículo 6 del CP se fundamente en la peligrosidad, sino que se trata de una indicación terapéutica cuya valoración no puede realizarse *a priori*, al margen de las razones y necesidades sanitarias del momento concreto en que aquél pueda llegar a tener operatividad. Se está hablando, en fin, de enfermos afectados de trastornos psíquicos respecto de los cuales el Juez no *ordena*, sino que se limita a autorizar el internamiento, con obligación de recabar información sobre la necesidad de su continuación, pues éste ha de cesar cuando desaparezca la necesidad terapéutica.

La necesidad del examen por el Juez y el Forense en el domicilio del enfermo, cuando éste se halla cumpliendo una medida de seguridad en un hospital psiquiátrico penitenciario, puede solventar todas sus dificultades mediante la aplicación del artículo 34 del Reglamento Penitenciario, así como de la normativa de traslados que recoge exhaustivamente la Instrucción 23/1994, de 26 de octubre, sobre normas de control de traslado de los internos, apartado 4 y la amplia regulación que le dedica el artículo 36.4 del renovado Reglamento Penitenciario. Pero, a juicio de la Fiscalía consultante, debe ponderarse la posibilidad de que el Tribunal sentenciador autorice, al amparo de los artículos 97 y 101 del CP el traslado al centro sanitario de la localidad en fechas previas a la del cese de la medida. Si la coordinación fuere óptima, se evitarían problemas de coordinación que, en no pocas ocasiones, son fuente de dificultades.

En tercer lugar, concluye la Fiscalía consultante, existen otras razones que justificarían el que la demanda de incapacitación fuera entablada por una Fiscalía distinta a aquélla en la que el establecimiento psiquiátrico penitenciario tiene su sede. Se pregunta la Fiscalía consultante el por qué la representación del Ministerio Fiscal

que en su momento formuló conclusiones provisionales, ha incumplido el mandato que le imponía el artículo 203 del CC, máxime cuando las anomalías psicológicas ya tenían cabida en la propuesta de calificación. En definitiva, es el Juez del verdadero domicilio —el preexistente a la decisión del internamiento como medida de seguridad el que conoce el *entorno físico* del incapaz, esto es, sus condiciones de vida, económicas, familiares ... etc. También se halla en posición de privilegio para valorar lo que la Fiscalía llama el entorno *institucional*, es decir, todo aquello afectante al historial asistencial del enfermo, en el que convergen diversas administraciones públicas, permitiendo elegir en mejores condiciones el lugar idóneo para su tratamiento asistencial. También se tomaría en consideración el entorno *jurídico*, esto es, todo lo afectante a la labor de defensores judiciales y tutores, que tienen particularidades específicas en cada Comunidad.

Concluye su razonamiento la Fiscalía que eleva consulta, invocando un argumento anclado en razones —no siempre desdeñables— de puro pragmatismo. En efecto, la asunción por la Fiscalía del lugar en que radica el establecimiento psiquiátrico-penitenciario de todas las demandas de incapacitación —se razona— podría colapsar el ordinario funcionamiento de los juzgados de aquella capital, haciendo surgir de forma inevitable la necesidad de creación de nuevos órganos jurisdiccionales, cuando la solución más lógica y no exenta de razones legales, podría consistir en la asunción «a pequeñas gotas» del problema entre todas las localidades de España.

II

La cuestión que aborda la presente consulta no es, desde luego, ajena a planteamientos anteriores que provocaron, en su día, la respuesta institucional de esta Fiscalía General. Ya la Circular 2/1984, *en torno al artículo 211 del Código Civil: el internamiento de los incapaces presuntos*, a la vista de la necesidad de unificación de criterios frente a las dificultades interpretativas que planteaba la vigencia de aquel precepto, concluyó que el Juez con competencia objetiva para el internamiento del presunto incapaz lo era el de Primera Instancia, correspondiendo la competencia territorial, entre los de su clase, al Juez del domicilio de aquél cuyo internamiento se pretendía. La propia Circular añadía: «... mas como puede suceder que no coincidan el lugar del domicilio del internado y el centro psiquiátrico en que se interna, creemos que el Juzgado correspondiente a este último será el

competente». Ello suponía avanzar una solución interpretativa que, sin embargo, no contemplaba el supuesto de hecho que ahora motiva la Consulta de la Fiscalía de Alicante, pues la hipótesis a que aludía la citada Circular estaba definida por la ausencia de cualquier género de internamiento, para cuyo logro, se acudía al procedimiento descrito por el artículo 211 del CC. Nótese, desde ahora, que la opción que propugnaba la Fiscalía General lo era en favor del Juez del lugar en que tuviera su sede el centro de internamiento, y ello pese a que, todavía, el presunto incapaz no vivía en aquél, pues la solicitud de internamiento buscaba precisamente la obtención de aquella medida terapéutica, a expensas de lo que luego pudiera acontecer en el procedimiento de incapacitación.

La Memoria correspondiente al año 1981 en el capítulo relativo a *Observaciones y estudios doctrinales sobre temas de interés y actualidad*, se hacía eco del criterio de la Fiscalía de Barcelona que, bajo el epígrafe «Internamientos, con particular referencia a los psiquiátricos», razonaba en los siguientes términos:

«En cuanto al problema de competencia, no hay fuero determinante, exclusivo y excluyente, por lo que rige, con carácter general, la norma del artículo 63, número 1 de la LEC, que defiende la competencia en favor del Juez del lugar del domicilio; esta regla, aplicable a las demandas de incapacidad, no parece serlo cuando se trata de un procedimiento de urgencia, en el que, en definitiva, lo que se solicita del Juez es que legalice una privación de libertad que se ha producido con anterioridad, por lo que parece más conforme con la necesaria inmediación y urgencia del caso, que sea el Juez del lugar del internamiento el que reciba la notificación, practique la actividad probatoria mínima y resuelva, según el artículo 96 del Código Civil, que dice: sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regularán por la Ley de su residencia habitual.»

Buena prueba de la inagotada actualidad que el tema suscita, la proporciona la lectura de la *Memoria* del año 1995, entre cuyas *Observaciones de interés*, vuelve a hacer acto de presencia un estudio procedente de la Fiscalía de Baleares que, bajo el título «La competencia territorial en el artículo 211 del Código Civil», se reexamina algunos de los problemas que ahora centran la presente Consulta, concluyendo, tras descartar otras soluciones posibles, la competencia del Juez del lugar en que se halle el centro de internamiento.

Cierto es que el objeto de la Consulta que ahora se resuelve, no presenta una coincidencia sustancial con los temas abordados con anterioridad por la Fiscalía General. Sin embargo, su mención ya

autoriza una doble inferencia. De un lado, que se está analizando un problema de incuestionable vigencia y cuyas aristas alcanzan a más de una Fiscalía; de otra parte, que existe una singular coincidencia a la hora de afirmar una entre las diversas soluciones ponderables.

III

Constituye un presupuesto metódico irrenunciable, si se pretende evitar la dispersión conclusiva, analizar el supuesto de hecho que da vida a la Consulta planteada desde su genuina dimensión jurídica. Se está aludiendo, claro es, a la situación de un presunto incapaz –lo es en la medida en que una sentencia penal ha atribuido eficacia jurídica al trastorno esquizofrénico crónico que padece aquél– y que ha sido internado en aplicación de una medida de seguridad, cuyo régimen jurídico definen los artículos 20.1, 96.1.2.1 y 101 del renovado CP. El internamiento que actualmente afecta al presunto incapaz tiene su fundamento en la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada por la comisión de un hecho previsto como delito (art. 6.1 CP). El Tribunal del orden jurisdiccional penal, llamado a dar una respuesta decisoria al hecho ilícito –no al grado de capacidad afirmable en el acusado–, ha estimado que del propio hecho y de las circunstancias personales del sujeto, puede deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos (art. 95.1.2 CP). Estaríamos en presencia, pues, de un internamiento cuyo sustrato legitimante lo proporciona la idea de peligrosidad, ajena a la incidencia que el padecimiento psíquico puede llegar a desplegar en el orden jurídico-civil.

Como consecuencia de ese restringido y parcial significado jurídico del internamiento que padece el presunto incapaz, resulta obligado activar un procedimiento civil, que valorando el trastorno psíquico que sufre aquél, permita desembocar en una resolución jurisdiccional de naturaleza constitutiva y que declare la incapacitación del afectado. En definitiva, la acción se encamina a lograr una declaración judicial que, al tiempo que declare la incapacidad, determine la extensión y los límites de aquélla. Ello constituirá, a su vez, el instrumento jurídico idóneo para la fijación del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 210 CC). La demanda de incapacitación a promover por el Ministerio Fiscal –en ausencia o por inacción de aquellas personas a las que el artículo 202 del CC confiere legitimación–, justifica su procedencia desde una

óptica exclusivamente protectora, orientada hacia la puesta en marcha de una institución tuitiva, cuyo ámbito operativo vendrá determinado por la resolución judicial que declare la incapacidad.

Quiere con ello decirse que el proceso civil de incapacidad, que se dirigirá contra quien en la actualidad sufre un internamiento en aplicación de una medida de seguridad dictada en un proceso penal, es absolutamente independiente de la traducción jurídico-penal del trastorno psíquico que afecta al demandado y que ha conducido a la exención de responsabilidad. Al propio tiempo, tampoco se identifica en su *principalidad* con la medida de internamiento que antes, durante o después del proceso civil de incapacidad pudiera adoptarse por el Juez (arts. 211, 209 y 271.1.º del CC). La promoción de la demanda de incapacidad, en cumplimiento del deber institucional que incumbe al Fiscal (art. 203 CC y artículo 3.7 del Estatuto Orgánico de 1981) busca proveer de un mecanismo jurídico de protección a la persona que padece una enfermedad o una deficiencia persistente de carácter físico o psíquico y que, como tal, es incapaz de gobernarse por sí misma (art. 200 CC).

Afirmada la sustantividad del procedimiento civil de incapacidad, toda inferencia que sea el resultado de la superposición analítica de las respectivas y variadas traducciones jurídicas del padecimiento psíquico, puede conducir a un desenlace conclusivo, cuando menos, inseguro.

IV

En principio, el Fiscal llamado a entablar demanda de incapacidad, tiene ante sí un enunciado normativo concluyente proporcionado por el artículo 63.1 de la LEC, conforme al cual: «en las demandas sobre el estado civil, será Juez competente el del domicilio del demandado». Los obstáculos surgen cuando se trata de definir lo que por domicilio deba entenderse. De nuevo un concepto legal proporciona una clave interpretativa que, pese a todo, no es definitiva. El artículo 40 del Código Civil reputa domicilio de las personas físicas, entendido éste como la sede física para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, «el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil».

El examen del estado actual de la doctrina en la materia, pone de manifiesto que la noción sobre la que se apoya el concepto de domici-

lio –residencia habitual– tampoco provoca la unanimidad de los analistas. Las tendencias doctrinales más modernas, siguen exigiendo la nota de la voluntariedad, pues así parece desprenderse del significado constitucional del artículo 19.1 de la CE cuando afirma que los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, sin descartar la posibilidad de un concepto jurídico-legal de domicilio, ajeno a cualquier presupuesto voluntarista. De acuerdo con tal idea, se ha distinguido entre un domicilio real o voluntario, enlazado con la idea de residencia habitual, entendida ésta como residencia normal y presumible para el futuro próximo, y un domicilio legal, establecido directamente por la ley sin tener en cuenta la residencia habitual. Así acontecería en el supuesto de los diplomáticos a que se refiere el artículo 40.2 y algunos de los casos contemplados en los artículos 64 a 71 de la LEC.

No resulta suficiente para descartar las incógnitas, constatar el estado de opinión de la dogmática a la hora de caracterizar lo que por domicilio haya de entenderse. En efecto, el significado constitucional del domicilio como espacio físico e instrumental para el ejercicio de otros derechos de primer orden, no resulta sustancialmente coincidente con la estricta visión jurídico-civil que proclaman la LEC y el propio CC. De hecho, el concepto de domicilio que emplea el artículo 18.2 CE para garantizar la inviolabilidad, es un concepto más restrictivo que el utilizado por el artículo 19.1 CE, habiéndolo así interpretado el Tribunal Constitucional (SS. 110/1984, 26 de noviembre, 22/1984, 17 de febrero, Auto 171/1989, 3 de abril) y el Tribunal Supremo (S. 30.12.1992).

Llegados a este punto, la cuestión que da vida a la Consulta surge por sí sola: ¿puede estimarse como domicilio de quien es objeto de una medida de seguridad penal el establecimiento psiquiátrico-penitenciario en el que aquella se hace efectiva? Tiene razón la Fiscalía consultante cuando destaca el carácter obligatorio –impuesto en sentencia– de la presencia del presunto incapaz en el citado centro de internamiento. Tampoco son descartables sus razonamientos encaminados a resaltar que aquella situación es extraordinaria, contingente –artículo 97 CP–, limitada en el tiempo y, en todo caso, orientada a no provocar una inaceptable ruptura con el arraigo domiciliario y familiar de quien sufre aquella medida de seguridad. Sin embargo, limitar nuestra aproximación a la cuestión debatida a una simple constatación de las especificidades de la situación que afecta al presunto incapaz, conduciría a una solución parcial e insatisfactoria del problema planteado.

V

Las conclusiones de la doctrina y la jurisprudencia no tienen un sentido unidireccional. El Tribunal Supremo ha estimado, por ejemplo, tratándose de una demanda de incapacidad, que no tiene la consideración de verdadero domicilio, con arreglo al artículo 40 del CC, la residencia de la interesada en un Sanatorio de Nutrición, pendiente de su curación, pues aquélla «... no puede tener más que un carácter accidental y transitorio» (STS 27.4.1956). Sin embargo, ha entendido que el traslado del presunto incapaz, del lugar de su domicilio habitual, al de una prima que «... se ha hecho cargo de cuidarlo y atenderlo», desplaza en favor de este último el fuero idóneo para entablar la demanda de incapacitación (STS 1.7.1992).

En el terreno doctrinal algunos autores que se han ocupado del específico supuesto que nos ocupa, se han decantado en favor del lugar definido por la ubicación del establecimiento psiquiátrico, ello con fundamento en una interpretación extensiva y garantista de los correspondientes preceptos legales que –se razona– obligan a una subordinación de otras razones procesales en favor de un recto entendimiento del derecho a la tutela judicial efectiva. Otros autores, por el contrario, estiman que la solución obliga a distinguir si la permanencia en ese establecimiento es accidental o transitoria o si, tan sólo, tiene vocación de permanencia y continuidad. En tales casos, el domicilio a tener en cuenta a efectos de delimitación de la competencia territorial sería el definido por la residencia habitual, sin perjuicio de que ese domicilio circunstancial pueda servir a otros efectos civiles, administrativos e, incluso, procesales (notificaciones, etc.). La simple estancia física de un sujeto en un determinado lugar –se concluye– no basta para considerar tal como domicilio.

Resulta fuera de duda que cualquiera que sea el criterio por el que se opte, éste no podrá perder de vista el significado constitucional de las normas que, en general, están llamadas a reglar la competencia. Su enlace con el derecho al Juez predeterminado por la ley ha sido insistentemente proclamado por el Tribunal Constitucional (cfr., por todas, SSTC 75/1982, 13 de diciembre y 4/1990, 18 de enero). Con igual énfasis el Alto Tribunal ha destacado reiteradamente la importancia del régimen jurídico de las notificaciones, emplazamientos y, en general, los actos procesales de comunicación, pues sólo mediante su adecuada práctica pueden hacerse valer algunos de los principios estructurales –contradicción e igualdad– que informan el proceso civil (cfr. STC 21.11.1990).

VI

Al margen de la incuestionada sustantividad de la noción jurídica de domicilio, probablemente su verdadera dimensión instrumental represente el camino más seguro para la obtención de soluciones válidas. De acuerdo con tal idea, el auténtico reto conclusivo consistiría, no tanto en discernir si la permanencia en un establecimiento psiquiátrico colma las exigencias conceptuales del domicilio, sino en determinar en qué lugar el presunto incapaz se halla en mejores condiciones para hacer valer su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cuya trascendencia se hace, si cabe, más patente cuando se trata de un procedimiento afectante al estado civil y encaminado a la obtención de una sentencia de naturaleza constitutiva y, por ende, de radicales efectos en el ámbito de la personalidad del demandado. Se trataría, en suma, de despojar la polémica de cierto sesgo especulativo para situarla en el centro definido por la efectividad de los derechos fundamentales proclamados por el artículo 24 del texto constitucional.

La flexibilidad con la que la idea de domicilio ha sido caracterizada permitiría, incluso, el apoyo doctrinal para atribuir a esa estancia en el establecimiento psiquiátrico –tan singular en otros aspectos– una innegable proximidad al espacio conceptual abarcado por aquella idea. Y es que el domicilio –se ha dicho por algún autor– no es una simple situación física de una persona, sino que puede constituir una situación física condicionada, por sí o por las circunstancias. Esa distancia respecto de cualquier forma de rigidez en el entendimiento de la noción que determina el lugar de la competencia, está presente en numerosos pasajes de la LEC. Baste recordar cómo el artículo 69 prevé que en los casos en que esté señalado el domicilio para surtir fuero competente, «... los que no tuvieren domicilio ni residencia fija podrán ser demandados en el lugar en que se hallen ...». Piénsese, por ejemplo, en la filosofía que late en el artículo 67 de la misma LEC, conforme al cual «el domicilio legal de los empleados será el pueblo en que sirvan su destino. Cuando por razón de él ambularen continuamente se considerarán domiciliados en el pueblo en el que vivieren más frecuentemente». Sin necesidad de recuperar la categoría histórica del *paradero*, resulta indudable que la permanencia en un establecimiento psiquiátrico, impuesta en ejecución de una medida de seguridad, no puede ser irrelevante para el derecho, sobre todo, si de hacer efectivo el principio procesal de contradicción se trata.

El examen de los supuestos citados pone de manifiesto que el sistema jurídico civil no puede encadenarse a un significado del domicilio definido por la rigidez conceptual, permaneciendo indiferente a una realidad de hecho —la estancia en un establecimiento psiquiátrico— que puede tomar vida con independencia de la voluntariedad que anima a quien vivencia aquella situación.

VII

Los argumentos ya expuestos, extraídos de una aproximación a nuestro panorama legislativo presidida por el carácter instrumental de la noción de domicilio, refuerzan su valor dialéctico si se repara en otro aspecto del proceso de incapacitación que nunca puede pasar desapercibido. Se alude, claro es, al importantísimo significado procesal que las leyes atribuyen al reconocimiento del presunto incapaz por el Juez que haya de conocer de la demanda de incapacitación. El artículo 208 del Código Civil obliga al Juez a oír a los ponentes más próximos del presunto incapaz y anuncia con incuestionable tono imperativo: «...examinará a éste por sí mismo». El reconocimiento del presunto incapaz se convierte así en una exigencia legal que, además, no admite omisión y que desaconseja la delegación en su cumplimiento. Tal reconocimiento ha de verificarse por el propio Juez. La claridad de la locución empleada por el legislador —*por sí mismo*—, si bien no puede interpretarse como una exclusión de cualquier fórmula de auxilio jurisdiccional, sí es cierto que refleja la voluntad legislativa orientada hacia una práctica procesal de tal reconocimiento inspirada en el principio de inmediación. El legislador quiere que el mismo Juez que de oficio puede decretar cuantas pruebas estime pertinentes —cfr. artículo 208—, disponga de la fructífera percepción que, en orden al enjuiciamiento de la incapacidad, proporciona ese reconocimiento personal del demandado. Quizás resulte ilustrativa la construcción gramatical del repetido artículo 208 del Código Civil, pues su lectura revela la cuidada redacción a la hora de resaltar aquello que el legislador ha querido que el Juez realice por sí mismo. Nótese cómo el precepto de que se trata, tras apuntar que «el Juez oír a los parientes más próximos del presunto incapaz», sin ningún añadido que refuerce la exigencia legal, concluye afirmando «examinará a éste por sí mismo».

Da la impresión de que el texto legal no reacciona en términos prohibitivos frente a la posible dejación funcional de la audiencia de los parientes y, en cambio, impone que el reconocimiento del pre-

sunto incapaz se realice desde la intermediación que proporciona la visión personal por el titular del órgano jurisdiccional competente.

La importancia de tal reconocimiento del presunto incapaz ha sido enfatizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, de forma reiterada, recuerda que el reconocimiento del presunto incapaz «... no puede catalogarse como trámite procesal sino como requisito de fondo» –STS 20.2.89– y que «... dados los términos del artículo 208, resulta evidente que el *Juez o Tribunal que declare la incapacidad* ha de (...) examinar por sí mismo al incapaz, norma que tiene un alcance constitucional, en cuanto afecta al derecho al desarrollo de la personalidad» –STS 12.6.89–, habiéndose declarado nulo el proceso en que no se haya cumplido con esa exigencia esencial, que no es una diligencia de investigación del proceso ni de reconocimiento judicial, sino factor de validez del proceso.

En definitiva, el mandato que el artículo 210 del Código Civil dirige al órgano jurisdiccional, encaminado a la fijación de la extensión y límites de la incapacitación, así como al régimen de tutela o curatela a que haya de quedar sometido el incapaz, obtiene un más adecuado cumplimiento cuando el reconocimiento se verifica al margen de fórmulas de auxilio jurisdiccional, cuya utilidad puede llegar a resultar perturbadora si de restringir la capacidad de obrar se trata.

VIII

La existencia de un internamiento que afecta al presunto incapaz, en ejecución de la medida de seguridad impuesta en un proceso penal, representa un dato que condiciona el análisis de los efectos derivables del proceso de incapacitación. De hecho, el informe de la Fiscalía consultante ya advierte sobre las posibles disfunciones que podrían ocasionarse en el espacio de tiempo definido entre el cese de aquella medida por alguna de las causas que legítimamente lo provocan (arts. 97, 101 y concordantes del Código Penal) y el inicio de un internamiento justificado por la declaración de incapacitación y, por consiguiente, atendiendo a razones distintas a las que explican la medida de seguridad.

Sin embargo, tal criterio analítico supone anticipar el contenido y, el alcance del proceso de incapacitación. Éste, por definición, se encamina a determinar en sentencia la extensión y los límites de la incapacitación que afecta al demandado, sometiendo al presunto incapaz a un específico régimen de tutela o guarda (art. 210 del Código Civil).

En la medida en que el destinatario de aquella institución protectora se halle internado por razón de su actual peligrosidad, el proceso civil no puede tener como objetivo inmediato *reduplicar* la procedencia de un internamiento de distinto significado y cuya vigencia futura como medida terapéutica todavía no puede ser objeto de ponderación. En definitiva, parece dudoso que el proceso civil dirigido a la incapacitación del demandado se justifique por el establecimiento de una *superposición* de resoluciones judiciales de internamiento, dictadas en distinto orden jurisdiccional y cuyo sustrato legitimador no debe ser de objeto valoración conjunta. Quiere con ello decirse que el fin del proceso de incapacitación y hacia el cual deben orientarse los esfuerzos institucionales del Ministerio Fiscal, viene definido por la obtención de una sentencia constitutiva que permita la designación de un tutor que, ejerciendo las funciones protectoras que el ordenamiento jurídico espera de él –artículo 263 Código Civil–, pueda hacer más llevadero el déficit jurídico de capacidad de obrar que afecta al demandado.

Una vez dictada sentencia de incapacitación por el órgano judicial y declarado el régimen tutelar del afectado –artículo 210 Código Civil–, una nueva situación jurídica comienza a desplegar sus efectos. El carácter constitutivo de tal resolución judicial representa la garantía necesaria para que el cese de la medida de seguridad que justificaba el internamiento en un establecimiento psiquiátrico, no desemboque en un incierto interregno en el que el incapacitado pueda sustraerse a una indicación terapéutica de internamiento aconsejada por su singular estado, y ello con independencia de que ese internamiento haya dejado de estar aconsejado como medida de seguridad –artículo 97 Código Penal–. No puede olvidarse que tal riesgo es incompatible con el adecuado desempeño del cargo tutelar. El artículo 271 del Código Civil convierte al tutor en garante de que, si alguna vez la medida de internamiento va a resultar procedente, aquél instará la correspondiente autorización judicial. Al propio tiempo, sobre el tutor pesa un específico y trascendente cometido que, ejercitado adecuadamente, impedirá toda improvisación en cuanto al momento en el que articular la petición civil de internamiento, pues el artículo 269.4 del Código Civil señala entre las obligaciones particularmente exigibles al tutor la de «...informar al Juez anualmente sobre la situación del (...) incapacitado...».

En definitiva, de la misma manera que el ordenamiento jurídico civil hace del Fiscal el verdadero motor de la declaración judicial de incapacitación, la iniciativa para la adopción terapéutica del internamiento –una vez cesada la medida de seguridad impuesta por un

órgano de la jurisdicción penal— tiene como mejor aval al tutor designado para la protección del incapacitado.

IX

El examen de los argumentos jurídicos que militan en favor de cada una de las tesis defendibles, hace posible las siguientes conclusiones:

Primera.—La demanda de incapacitación a promover por el Ministerio Fiscal respecto de aquellos condenados que se hallen internos en un establecimiento psiquiátrico-penitenciario en cumplimiento de una medida de seguridad, lo será, siempre que las circunstancias del caso permitan un elemental pronóstico de relativa permanencia, ante el Juez de Primera Instancia en el que se halle radicado el citado centro.

Segunda.—Sin perjuicio de reconocer la validez de los razonamientos que con tanta congruencia y sistemática esgrime la Fiscalía consultante, la opción que se sugiere viene aconsejada por un doble orden de razones. De un lado, por cuanto que esa estancia obligada en un centro psiquiátrico-penitenciario, aun sin que sea predicable una sustancial identificación, tampoco es radicalmente incompatible con los conceptos que la Ley de Enjuiciamiento Civil maneja para la determinación de la competencia territorial, existiendo casos en los que el texto procesal traduce jurídicamente situaciones puramente transitorias, ajenas a toda idea de estabilidad y voluntariedad.

De otra parte, por cuanto que la jurisprudencia constitucional ha hecho de la histórica noción del domicilio un instrumento para salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva y, singularmente, el principio de contradicción y acceso a los Tribunales, sobre los que se construye la idea misma del proceso civil. De ahí que sea el lugar en el que se encuentra interno el condenado afecto por una medida de seguridad el que mayores garantías ofrece en orden a la vigencia de aquellas ideas rectoras del proceso de incapacitación.

Tercera.—Dictada sentencia de incapacitación y, en su caso, extinguida la medida de seguridad impuesta en proceso penal, es al tutor al que incumbe la iniciativa para el internamiento civil del incapaz y la dación de cuenta al órgano judicial de la situación de aquél —artículos 269.3 y 271 del Código Civil—. Esa condición de garante hace del tutor la mejor salvaguarda para eliminar el riesgo de disfunciones derivadas del distinto régimen al que responden una y otra medida de internamiento.

CONSULTA NÚMERO 7/1997, DE 15 DE JULIO, SOBRE LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN PROCESOS PENALES POR LOS DELITOS DE CALUMNIAS E INJURIAS

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el nuevo Código Penal (NCP) ha supuesto una importante modificación en el régimen de perseguibilidad de los delitos de calumnias e injurias.

El artículo 215.1 del NCP dispone:

«1. Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.»

En consecuencia, se han operado las siguientes modificaciones:

a) Los hechos que encajaban en el delito de desacato (regulado en los artículos 240 y ss. del derogado Código Penal –ACP–), cuya naturaleza era la de delito perseguible de oficio, se tipifican ahora en los delitos de injurias o calumnias de los artículos 208 y ss. NCR

Se transmuta así su naturaleza de delito público en la de delito semipúblico, pues los delitos de calumnias e injurias cometidos contra funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos precisan de la denuncia del ofendido a tenor del artículo 215.1 antes transcrito.

b) Fuera de tal supuesto de desacato, los delitos de injurias o calumnias en el ACP ostentaban una doble naturaleza:

– Delitos privados cuando se cometían contra particulares o contra autoridades o funcionarios respecto de hechos no relativos al ejercicio de sus cargos, siempre que no se hubieren producido por alguno de los medios a que se refería el artículo 3 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

En ellos se precisaba de la querrela del ofendido y no era parte el Ministerio Fiscal.

– Delitos semipúblicos cuando se cometían a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográ-

ficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares (art. 3 de la Ley 62/1978), siempre que se hubieren cometido por escrito y con publicidad a tenor del derogado artículo 463 ACR

Bastaba la denuncia del agraviado o de su representante legal y, una vez presentada la misma, el Fiscal intervenía como parte en el proceso penal incoado (en este sentido se pronunciaron la Consulta 2/1978 y la Circular 1/1979 de la Fiscalía General del Estado).

Ambos supuestos se configuran bajo la regulación del NCP como delitos de carácter privado que precisan para su persecución, a tenor del artículo 215.1, de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. El Ministerio Fiscal no es parte en tales procedimientos a tenor de lo dispuesto en el artículo 105 de la LECrim.

A la conceptualización de todos estos delitos como privados lleva la consideración, efectuada en el apartado VI de la Circular 2/1996 de esta Fiscalía General, de la derogación tácita del artículo 4 de la Ley 62/1978 en virtud del artículo 215 y de la Disposición Derogatoria única, apartado 2, del NCP. En dicha Circular se decía que el artículo 215.1, al hablar de la necesidad de querrela sin matización alguna en cuanto a la concurrencia de publicidad, en principio parece determinar la derogación tácita de la especialidad que sobre este punto se contenía en el artículo 4.1 de la Ley 62/1978. A tal solución se llega, además, si se repara en que el nuevo Código ha llevado a cabo una regulación completa y renovada de toda esta materia que, recogida en el artículo 215, ha supuesto la derogación de las especialidades contenidas en la Ley 62/1978.

Por tanto, en el NCP, los delitos de injurias o calumnias contra funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos se regulan como delitos semipúblicos, siendo el resto de las injurias o calumnias delitos privados. No obstante, debe reputarse vigente la especialidad contenida en el artículo 4 *in fine* de la Ley 62/1978 en lo referido a la innecesariedad del acto de conciliación cuando el delito se hubiere cometido con publicidad.

II. PLANTEAMIENTO DE LA CONSULTA

La cuestión que plantea la Fiscalía consultante, que parte de las anteriores consideraciones, es la siguiente: incoada con anterioridad a la vigencia del NCP una causa en virtud de querrela interpuesta por un particular contra el redactor de un periódico a consecuencia de un

artículo que consideraba injurioso y contra el Director del medio por un artículo de opinión sobre los mismos hechos, el Fiscal se mostró parte, al amparo del artículo 4 de la Ley 62/1978, formulando escrito de acusación provisional en términos distintos (acusando por injurias a uno de los querellados) a los del escrito de la acusación particular (que acusa a ambos de calumnias), suscitándose, dada la nueva regulación del artículo 215 del NCP que transforma el delito de semipúblico a privado, cuál haya de ser la postura del Ministerio Fiscal: si debe continuar interviniendo en el procedimiento por hallarse legitimado en el momento de incoación de la causa o si, por contra, debe retirarse de la misma al carecer de legitimación con arreglo a la nueva regulación de estos delitos.

III. PÉRDIDA DE LA LEGITIMACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

En los delitos de calumnias e injurias contra particulares o contra funcionarios por hechos ajenos al ejercicio de sus cargos, la decisión del legislador de convertir en único dueño de la acción penal a los perjudicados ha supuesto la pérdida de la legitimación del Ministerio Fiscal para intervenir en tales procedimientos.

Parece difícil sostener que dicha pérdida de legitimación sobrevenida en el curso de un procedimiento ya entablado no afecte a la posición del Ministerio Fiscal personado en las actuaciones penales.

Desde el punto de vista estrictamente procesal la pérdida de la legitimación se regula incompleta y fragmentariamente en los artículos 9 de la LEC y 275 y ss. de la LECrim., que, en cierto modo, aunque referidos a supuestos distintos del que nos ocupa, admiten, en el curso de las actuaciones, la existencia de circunstancias o hechos variantes de la conformación de la legitimación activa tal y como se perfiló en el momento de la incoación del procedimiento. Existe, pues, apoyo legal a la posible variación en el curso del procedimiento de los postulados configuradores de la intervención activa de las partes y, por ende, también del Ministerio Público.

Desde el examen del elemento punibilidad, pues la legitimación activa aunque es una cuestión predominantemente procesal repercute también en la punibilidad, la admisión de la tesis de la *perpetuatio legitimationis* del Ministerio Fiscal pese al cambio legislativo de la naturaleza del delito podría suponer, en los casos en que el Ministerio Fiscal fuera la única acusación personada o la acusación más grave de

las existentes o con tesis heterogénea respecto de las restantes acusaciones, la condena por un delito y la imposición por el juzgador de una pena que no hubiere sido solicitada por ninguna de las personas –los perjudicados– a las que el legislador confiere exclusividad en la tutela penal del bien jurídico protegido por los delitos de injurias y calumnias en los casos que contemplamos.

En consecuencia, parece obligado que el Fiscal personado en algún procedimiento penal por delito público o semipúblico que haya transmutado su naturaleza en la de delito privado se aparte de la causa por carecer de legitimación activa para seguir interviniendo en la misma.

A esta conclusión lleva, además, el tenor del artículo 105 de la LECrim. En dicho precepto se confiere al Ministerio Público la obligación de ejercitar la acción penal, haya o no acusador particular, en determinados supuestos: en los delitos públicos siempre y en los delitos semipúblicos cuando se hubiera cumplido el requisito de la denuncia. Ahora bien, junto a tal obligación, el citado artículo 105 impone al Ministerio Fiscal, además, una prohibición o mandato de carácter imperativo al excluir de dicho ejercicio de la acción penal aquellas causas «que el Código penal reserva exclusivamente a la querrela privada», es decir, las causas por los delitos de naturaleza privada. Dirige, pues, el legislador un mandato al Ministerio Fiscal de no ejercitar la acción penal en los delitos privados.

Cuál sea el momento en el que se ejercita la acción penal es una de las cuestiones tradicionalmente debatidas en la dogmática procesal. Sin entrar ahora en dicha polémica, que excede de lo que constituye el planteamiento y la finalidad de esta Consulta, parece evidente que el ejercicio de tal acción penal alcanza su máxima significación en el acto del juicio oral.

En consecuencia, aunque el Fiscal se hubiere personado en la causa o incluso formulado acusación provisional antes de la vigencia del NCP, la conversión de los delitos en privados a la fecha de entrada en vigor de dicho Código exige el apartamiento del Fiscal de la causa puesto que, en otro caso, ejercería en el acto del juicio oral la acusación contrariando el mandato del precitado artículo 105 de la LECrim.

Sólo aquellas causas que hubieren finalizado, por contar con sentencia firme, estarán excluidas del examen acerca de la legitimación activa del Fiscal. En las restantes, pendientes de juicio oral, el Ministerio Público deberá apartarse por pérdida sobrevenida de legitimación.

IV. CESE DE LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL

La salida del Ministerio Público de las causas por delitos que el NCP ha convertido en delitos de naturaleza privada no puede efectuarse en cualquier forma, sino que deberá llevarse a cabo ordenadamente. Habrán de cumplirse determinados requisitos para evitar la indefensión de aquellos particulares que, sin haber renunciado a la acción penal o a la civil, hubieran dejado, por medio de la no personación en la causa, en manos del Ministerio Fiscal, a tenor del artículo 110, párrafo 2.º de la LECrim., la persecución de tales conductas que en el momento de su comisión tenían la naturaleza de delitos públicos o semipúblicos.

Aplicando en forma analógica lo dispuesto en el artículo 276 de la LECrim., el Fiscal, al presentar su escrito de apartamiento de la causa por pérdida de legitimación al tratarse de un delito convertido en privado, deberá examinar si existe algún perjudicado por el delito que no se hallare personado en las actuaciones, y, en tal caso, instará del órgano judicial que dicte Auto teniendo por apartado al Ministerio Fiscal y concediendo a dicho perjudicado un plazo de treinta días para que pueda personarse en la causa.

CONSULTA NÚMERO 8/1997, DE 8 DE OCTUBRE, SOBRE ALGUNAS CUESTIONES EN RELACIÓN CON LA FORMALIZACIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ha remodelado el mapa jurídico de la protección de menores. La Ley, lejos de ser rupturista, trata de profundizar en una dirección iniciada con anterioridad perfeccionando los mecanismos jurídicos de protección de menores a la luz de la experiencia adquirida con la aplicación de la legislación de 1987. Al mismo tiempo realiza una proclamación formal de algunos de los derechos de los menores, desarrollándolos en sus aspectos de mayor repercusión práctica.

Como es natural dada la materia en la que incide, la ley afecta muy directamente a la actuación del Ministerio Fiscal que tiene en el campo de protección de menores un terreno básico donde llevar a cabo sus misiones constitucionales. Por tal motivo esta Fiscalía General no abandona su propósito de abordar de una forma general mediante una Circular o Instrucción toda la temática de protección de menores y en especial la generada con motivo de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996.

Mientras llega ese momento convenía responder anticipadamente a unas cuestiones puntuales que se han suscitado dando lugar a los temas de esta Consulta y que tienen un denominador común: todas ellas están relacionadas con las nuevas exigencias formales del documento en el que ha de plasmar el acogimiento familiar. En efecto, la Ley Orgánica 1/1996 modifica la institución del acogimiento familiar que, sin perder sus caracteres esenciales según la legislación de 1987, ni las líneas básicas de su forma de constitución, se ve diversificado en varias modalidades según su finalidad, tal y como aconsejaba la práctica, y, de otra parte, viene a ser reglamentado más detalladamente en su forma de constitución acogiéndose así en la legislación común con ciertas variaciones unas exigencias que ya se contemplaban en la normativa de algunas autonomías (por ejemplo, art. 28 del Decreto 66/1992, de 7 de septiembre de la Comunidad Autónoma de Cantabria; artículo 32 del Decreto 79/1995, de 18 de abril de la Diputación General de Aragón, por el que se regula la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la Ley 10/1989 de 14 de diciembre de Protección de Menores; artículo 48 de la Ley 1/1995, de 27 de enero de Protección del Menor del Principado de Asturias; o artículo 18 de la Orden 175/1991, de 18 de marzo de desarrollo del Decreto 121/1988, de 23 de noviembre de la Comunidad Autónoma de Madrid).

II. LAS NUEVAS EXIGENCIAS FORMALES DEL DOCUMENTO DE CONSTITUCIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR

El artículo 173.2 del Código Civil según la redacción dada por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, se limitaba a exigir la formalización del acogimiento por escrito como requisito *ad solemnitatem* y a señalar los consentimientos necesarios, sin los que el acogimiento había de ser constituido judicialmente, La Disposición Final 6.^a de la

Ley Orgánica 1/1996 ha modificado ese precepto y en lo que aquí interesa ha marcado los contenidos del documento de formalización del acogimiento familiar que necesariamente ha de incluir los siguientes extremos:

- «1.º Los consentimientos necesarios.
- 2.º Modalidad del acogimiento y duración prevista para el mismo.
- 3.º Los derechos y deberes de cada una de las partes, y en particular:
 - a) La periodicidad de las visitas por parte de la familia del menor acogido.
 - b) El sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros.
 - c) La asunción de los gastos de manutención, educación y atención sanitaria.
- 4.º El contenido del seguimiento que, en función de la finalidad del acogimiento, vaya a realizar la entidad pública, y el compromiso de colaboración de la familia acogedora al mismo.
- 5.º La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores.
- 6.º Si los acogedores actúan con carácter profesionalizado o si el acogimiento se realiza en un hogar funcional, se señalará expresamente.
- 7.º Informe de los servicios de atención a menores.»

El documento con el contenido expresado debe ser remitido al Ministerio Fiscal por disposición expresa de este precepto en concordancia con la función de superior vigilancia que atribuye al Fiscal el artículo 174.1 del Código Civil.

Cuando el acogimiento ha de ser constituido judicialmente, también la propuesta de la Entidad Pública debe contener todas las menciones impuestas por el artículo 173.2 según dispone el apartado siguiente.

Cuando es el Fiscal el que promueve la constitución del acogimiento en virtud de las facultades que le otorga el artículo 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque no lo especifique el artículo 173 del Código Civil que no contempla esa legitimación del Fiscal afirmada por la Ley Procesal, no será exigible con el mismo carácter la cumplimentación y mención de todos los datos enumerados en el artículo 173, aunque sí aquellos de los que el Fiscal pueda disponer.

En relación con el expresado contenido del documento de formalización del acogimiento se han planteado tres cuestiones con objeto de ser resueltas mediante Consulta:

- a) Forma de expresar el régimen de visitas por parte de la familia biológica del menor acogido.
- b) Alcance de la necesaria mención del régimen de cobertura de las posibles responsabilidades civiles.
- e) Momento de remisión del documento al Fiscal por parte de la Entidad Pública.

III. LA ESPECIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS

Explica la Fiscalía que eleva la consulta que en ocasiones en los documentos de formalización del acogimiento para cubrir la exigencia prevista en el artículo 173.2.3.º a) se hace constar una vaga alusión a la necesidad de pactar el régimen de visitas con la familia biológica, sin precisar ni concretar nada más y se pregunta si tal forma de actuar puede considerarse conforme con las exigencias del citado precepto y debe ser consentida por el Ministerio Fiscal.

A efectos de una adecuada respuesta es preciso distinguir si estamos ante un acogimiento administrativo o se trata de constituir un acogimiento judicial.

La primera hipótesis –acogimiento administrativo o convencional– es la más habitual. Su presupuesto es que exista consentimiento de los padres no privados de la patria potestad, si fueren conocidos, o, en su caso, del tutor. Si falta ese consentimiento no será posible la constitución del acogimiento sin intervención judicial. En esos casos, dada la situación fáctica en que nos encontramos, sería posible y normal que a tiempo que se consiente el acogimiento se acuerde con los referidos titulares de la patria potestad o con el tutor una periodicidad para las visitas que será la que se debe plasmar en el documento escrito por el que se formaliza el acogimiento. No parece aceptable diferir la fijación del régimen de visitas para acuerdos posteriores. Si el Fiscal al recibir los documentos de formalización del acogimiento comprueba omisiones en ese sentido debe exigir a la Entidad Pública la subsanación del defecto.

Si no se llegase a un acuerdo lo más probable es que los padres rechacen incluso la formalización del acogimiento, por lo que estaremos en el segundo supuesto a analizar. Y si se llegase al supuesto de conformidad con el acogimiento y disconformidad con la regulación del *ius visitandi* propuesta por la Entidad Pública o la familia acogedora, es claro que por disposición del artículo 161 del Código Civil sería necesario acudir al Juez quien tendría la última decisión al res-

pecto. En esos supuestos, que desde luego no serán frecuentes, el documento de formalización del acogimiento puede recoger las visitas propuestas, sin perjuicio de mencionarse la pendencia de resolución judicial definitiva sobre tal extremo dada la disconformidad de una de las partes en cuanto a las visitas.

Esa posibilidad –acuerdo respecto al acogimiento pero no respecto a la periodicidad de las visitas– junto con la hipótesis de que vigente ya el acogimiento se haga conveniente una modificación del régimen de visitas pueden hacer aconsejable una práctica que ya llevan a cabo algunas Entidades y que no es repudiable de forma alguna por respetar el mandato del artículo 173.2 del Código Civil: hacer figurar la regulación del régimen de visitas en un documento anexo de forma que pueda modificarse posteriormente sin necesidad de renovar todo el escrito de formalización del acogimiento. Obviamente esas modificaciones exigirán nuevamente el consentimiento o acuerdo de todas las partes implicadas. Faltando el consentimiento de los afectados será necesario acudir al órgano judicial competente para llegar a una limitación del *ius visitandi* de los titulares de la patria potestad (arts. 160 y, especialmente, 161 del Código Civil).

El acogimiento judicial, por contra, supone que los titulares de la patria potestad o el tutor no han consentido el acogimiento bien por no estar localizados, bien por haber rehusado comparecer, bien por haberse opuesto expresamente. En algunos de tales casos, ciertamente puede ser más problemática la fijación de la periodicidad de las visitas, especialmente cuando los padres no están en paradero conocido. Ello no excluye que en la Propuesta de la Entidad Pública se recojan las circunstancias que determinen la forma de ejercicio del *ius visitandi* durante la vigencia del acogimiento, pero serán admisibles todo tipo de fórmulas flexibles como una indicación genérica de la posibilidad de variar el régimen que inicialmente se fije de acuerdo con los padres.

Esta consideración es especialmente predicable cuando no existe conformidad de los padres tampoco en cuanto al régimen de visitas. En esos casos la Entidad Pública debe hacer figurar en su propuesta la periodicidad concreta de visitas que estima más adecuada en atención al interés del menor. Corresponderá en definitiva al Juzgador, al pronunciarse sobre el acogimiento, decidir igualmente, una vez haya oído en el expediente a los acogedores y a los padres (art. 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sobre lo adecuado de esa propuesta que podrá modificar precisando definitivamente el régimen de visitas (art. 161 del Código Civil y disposición final 20.^a de la Ley Orgánica 1/1996).

Que no exista acuerdo previo, por tanto, no es obstáculo para que la Entidad Pública refleje en su propuesta el régimen que considere adecuado, sin perjuicio, obviamente, de las facultades que tendrá el Juzgador para variar tal propuesta y sin perjuicio de las modificaciones que pueda sufrir el régimen en virtud de acuerdos posteriores de todas las partes o nueva resolución judicial en su defecto.

No obstante si la Propuesta de la Entidad adolece de algún defecto en este punto al no señalarse de forma clara lo relativo a la concreción de las relaciones del menor acogido con su familia de origen, la incorrección podrá subsanarse durante el propio trámite procesal requiriendo a tal fin a la Entidad, o en definitiva, podrá suplirse mediante la correspondiente decisión judicial en el auto de constitución del acogimiento sobre la regulación del *ius visitandi*.

IV. LA CLÁUSULA RELATIVA AL SISTEMA DE COBERTURA DE POSIBLES RESPONSABILIDADES CIVILES

La letra b) del apartado 3.º del num. 2 del artículo 173 se refiere igualmente a la fijación en el documento de formalización del acogimiento del «sistema de cobertura por parte de la entidad pública o de otros responsables civiles de los daños que sufra el menor o de los que pueda causar a terceros». La Fiscalía consultante cuestiona que la genérica remisión a las normas legales de aplicación a tales responsabilidades civiles sea suficiente para entender cumplimentada esa exigencia legal.

Ha de entenderse, sin embargo, que la disposición citada ni sirve para imponer una obligación de suscripción de un seguro de responsabilidad civil para cubrir esos eventuales daños, ni tiene vocación de alterar el régimen de responsabilidad civil que se deduce de las normas generales del Código Civil y del Código Penal. Así se desprende de forma mucho más clara de la redacción originaria del Proyecto de Ley que hablaba de «posibles sistemas de cobertura» y al final del inciso introducía el inciso «*en su caso*», con lo que se resaltaba más enfáticamente la naturaleza puramente formal de estas menciones.

En consecuencia será totalmente lícito y respetable que el documento se limite a remitirse a lo que resulte de la Ley sobre tales extremos. Si la Entidad Pública tiene suscrita una póliza de seguros para cubrir esas responsabilidades, habrá de hacerse constar. Pero eso no significa que el acogimiento exija como requisito ni la existencia de

esa póliza ni pactos particulares en orden a la cobertura de las responsabilidades civiles.

Si no existe nada expresamente pactado en el documento, la remisión a la normativa general atraerá la aplicación de los correspondientes preceptos del ordenamiento jurídico: normalmente, artículos 1.902 y siguientes del Código Civil. Si se trata de daños causados por el menor podrán responder la familia acogedora o la Entidad Pública o ambas solidariamente según cada supuesto, sin que sea ahora momento de entrar en la discutida cuestión del título en virtud del cual respondería cada uno: basta consignar aquí que aunque en la literalidad del artículo 1.903 del Código Civil no encajan estos supuestos, la doctrina no vacila en afirmar la posible responsabilidad tanto de los acogedores como de la Entidad Pública por los daños causados por el menor basándola tanto en una posible interpretación extensiva del artículo 1.903, como en el propio artículo 1.902. El desempeño de la guarda con las obligaciones que lleva consigo (art. 173.1) respecto de los acogedores y el deber de vigilancia que imponía el antiguo artículo 172.3 a la Entidad Pública y que subsiste en la nueva regulación por más que no haya una mención tan expresa (art. 173.2.º 4) fundamentan esa posible responsabilidad doble, sin perjuicio de las matizaciones que deban hacerse en cada caso para llegar a una concreción definitiva de las personas que deben responder por los perjuicios causados por el menor.

Si estamos ante daños causados al menor igualmente el artículo 1.902 puede determinar en algunos casos la responsabilidad patrimonial tanto de los acogedores como de la misma Entidad Pública cuya responsabilidad, de otra parte, es expresamente recordada por el artículo 174.3 del Código Civil. E igualmente no será desechable en algunos casos la aplicación de lo dispuesto en los artículos 220 y 306 del Código Civil, sin olvidar la vía abierta a través del artículo 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Pero no es este el momento de adentrarse en el estudio exhaustivo del régimen de responsabilidad civil en los casos de acogimiento. Son suficientes esos brevísimos apuntes para llegar a lo que es objeto (directo de la consulta: la remisión genérica a ese régimen legal sin pretensión de modificación alguna y sin haberse concertado sistemas especiales de cobertura es suficiente para entender cumplimentada la exigencia contenida en el artículo 173.2.3.º b) de la que no puede deducirse otro alcance sustantivo. El precepto no pretende diseñar un nuevo sistema de responsabilidad civil, sino sencillamente que se consignen en el documento de formalización del acogimiento, de existir, los posibles mecanismos de cobertura mediante seguros o, en su caso, los

hipotéticos acuerdos que sobre esta materia hayan fijado las partes. No se trata por tanto de señalar *a priori* mediante pactos quién deberá responder civilmente, cuestión que se decidirá en su momento con arreglo a lo dispuesto en la normativa del Código Civil en atención a las circunstancias del caso concreto, sino tan solo de constatar la existencia o no de seguros y en su caso eventuales pactos para hacer frente a las hipotéticas responsabilidades pecuniarias. Esos posibles pactos en virtud de los cuales una de las partes podría comprometerse a asumir el pago de todas las posibles responsabilidades que se contraigan como consecuencia de actuaciones del menor (a modo de una asunción de deuda futura), y que no tendrían eficacia más que inter partes por carecer de aptitud para alterar el régimen legal frente a terceros, deberán consignarse si se han concertado, pero no es necesario que se realicen.

V. MOMENTO IDÓNEO PARA LA REMISIÓN DEL DOCUMENTO DE FORMALIZACIÓN DEL ACOGIMIENTO AL MINISTERIO FISCAL

Un último punto es suscitado en relación con el documento de formalización del acogimiento: el momento adecuado para su remisión al Fiscal que impone el inciso final del artículo 173.2 que se está analizando, cuando el acogimiento no puede formalizarse en vía administrativa y ha de acudir a la intervención judicial.

La Fiscalía que eleva la consulta considera que, en contra de la práctica que se ha impuesto en algún territorio, sería deseable que el documento se remita al Fiscal con anterioridad a la presentación de la Propuesta ante el órgano judicial competente. De esa forma, se argumenta, el Fiscal habrá podido requerir a la Entidad Pública para que subsane posibles defectos y conocerá ya del asunto antes de su conocimiento a través del Juzgado de 1.^a Instancia correspondiente.

Para dar contestación a este último punto es preciso distinguir dos planos: el de la estricta legalidad y el de la conveniencia.

En el terreno de la estricta legalidad el artículo 173.2 en su inciso final alcanza en rigor exclusivamente a los acogimientos administrativos, pues solo en esos casos se puede hablar propiamente de *documento de formalización del acogimiento*. En las hipótesis de necesaria intervención judicial por faltar el consentimiento de los padres no privados de la patria potestad o tutor la formalización del acogimiento no se produce más que a través de la resolución judicial con forma de Auto (art. 1.828 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Antes sólo existirá una pro-

puesta de la Entidad Pública por más que el contenido de ésta deba ser paralelo al establecido para los documentos de formalización de los acogimientos administrativos, como ya se explicó antes. A esas propuestas no alcanza la obligación de remisión al Ministerio Fiscal establecida por el inciso final del artículo 173.2 de forma en todo caso redundante pues ya está explicitada en el artículo 174.2 del Código Civil. El Ministerio Fiscal en todo caso tendrá conocimiento de la propuesta al tramitarse el expediente de jurisdicción voluntaria (arts. 1.815 y 1.825 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en cuyo seno podrá hacer las observaciones que considere procedentes, promover alguna modificación respecto de los términos de la propuesta o requerir a la Entidad instante para que subsane alguna omisión o defecto en la propuesta.

Pero si en el plano de la legalidad no se puede afirmar la obligación de esa comunicación al Fiscal antes de que la Entidad Pública promueva el expediente judicial de acogimiento, nada la impide máxime en el entorno de colaboración y necesaria coordinación que ha de regir las relaciones entre las distintas instituciones implicadas en materia de protección de menores, como lo son muy significadamente el Ministerio Fiscal y las Entidades Públicas competentes, sin perjuicio del respeto a sus respectivos ámbitos de autonomía y competencias. Esa necesaria colaboración imprescindible para el ejercicio por parte del Ministerio Fiscal de su función de superior vigilancia proclamada por el artículo 174.1 del Código Civil y reiterada en algunas de las normas autonómicas, puede aconsejar en algunos casos el conocimiento previo de la propuesta de acogimiento judicial que va a formular la Entidad pública. Pero de cualquier forma, hay que reiterar que la vigente legislación no impone esa comunicación previa que además en otros casos no será ni siquiera conveniente si tan solo va a ser fuente de dilaciones y el Fiscal en todo caso va a conocer la propuesta y formular todas las observaciones que considere procedentes en el expediente judicial. En cada territorio y según las circunstancias se establecerán en consecuencia de acuerdo con estos criterios generales las formas de actuación concreta.

CONCLUSIONES

1.^a En el documento de formalización del acogimiento deberá hacerse constar el régimen de visitas por parte de la familia del menor, sin perjuicio de que en caso de desacuerdo la decisión última al respecto corresponda al órgano judicial.

2.^a Es suficiente a efectos de entender cumplido el requisito formal, hacer constar en el documento de acogimiento el sistema de cobertura de las posibles responsabilidades civiles en relación con el menor con una remisión genérica al régimen legal. Tan solo cuando existan otros mecanismos de cobertura —como un seguro concertado— o pactos o compromisos específicos y con fuerza exclusiva entre las partes, deberán consignarse.

3.^a La ley no impone, aunque tampoco lo excluye y en algunos casos pudiera ser conveniente, que la Entidad Pública remita al Ministerio Fiscal la propuesta de acogimiento judicial antes de su presentación ante el órgano jurisdiccional.

CONSULTA NÚMERO 9/1997, DE 29 DE OCTUBRE, SOBRE REINCIDENCIA Y DELITOS DE ROBO

I

La cuestión objeto de consulta tiene una repercusión práctica fuera de duda, tanto por la frecuencia con que se presenta el supuesto analizado como por las nada desdeñables consecuencias penológicas que van a derivarse del criterio que se sostenga.

El interrogante formulado presenta un sencillo enunciado: la previa condena por un delito de robo con fuerza en las cosas, ¿sirve de fundamento para apreciar la agravante de reincidencia en un delito posterior de robo con violencia o intimidación? La cuestión ha de extenderse lógicamente a la pregunta inversa.

La respuesta exige una cuidadosa valoración de los distintos argumentos que pueden manejarse en favor de una u otra solución. La dificultad —casi imposibilidad— de hallar una solución plenamente satisfactoria y que concite la unánime adhesión se intuye al constatar cómo en la Fiscalía Consultante las dos posiciones antagónicas han encontrado igual respaldo; y se acredita definitivamente comprobando la solidez de los argumentos que sirven de apoyo a cada una de las posturas. Y es que, como en muchas otras materias, también en lo relativo a la reincidencia el Código Penal de 1995 presenta aspectos en que la ambigüedad —a veces deliberada— obliga a diferir a ulteriores decisiones jurisprudenciales los perfiles o fronteras de uno u otro precepto o de determinadas instituciones penales.

II

La historia de la agravante de reincidencia en los años posteriores a la Constitución es la crónica de una paulatina restricción. La supresión de la multirreincidencia; la abolición tanto de los tipos delictivos configurados sobre la base de previas condenas por falta como de aquellos otros en que los delitos anteriormente sentenciados determinaban una exasperación penal; la unificación de las dos modalidades de reincidencia; la progresiva flexibilización en materia de cancelación de antecedentes penales; son algunas muestras de ese proceso evolutivo que culmina con la regulación que da a la reincidencia el Código Penal de 1995.

A partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 de julio, se han considerado superadas las doctrinas que sostenían la incompatibilidad de semejante agravación con los principios constitucionales y que llegaron a provocar cierto eco en alguna jurisprudencia. La agravación, que era expulsada del ordenamiento en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, reaparece en el Proyecto de Código Penal de 1992, aunque sin ser concebida propiamente como una agravante.

En el Proyecto de 1994 recobra su condición de circunstancia genérica de agravación atendándose a las observaciones que al respecto había realizado el Consejo General del Poder Judicial. En tal proyecto, precedente inmediato del vigente Código Penal, la reincidencia seguía manteniendo una doble vertiente, tradicional en nuestro derecho: la específica que venía determinada por la condena previa por delito comprendido en el mismo capítulo siempre que fuese de la misma naturaleza; y la genérica para cuya concurrencia se exigía la condena por delito castigado con pena igual o superior o por varios delitos castigados con pena inferior (art. 21 .9.^a). Frente a la última redacción del artículo 10.15 del Código Penal (texto refundido de 1973), las modificaciones eran mínimas y se reducían a exigir para la reincidencia específica junto al criterio sistemático, otro material: la identidad de naturaleza.

La tramitación parlamentaria arrojaría innovaciones de trascendencia en el precepto. En el texto definitivo ha desaparecido la reincidencia genérica. Posiblemente para compensar esa reducción del radio de acción de esta agravante se ha flexibilizado la reincidencia específica. Ya no es requisito imprescindible la ubicación sistemática de ambos delitos en el mismo capítulo: es suficiente que se acomoden en el mismo Título.

La apreciación de la agravante de reincidencia exige en el Código Penal de 1995, en lo que respecta al carácter de la previa condena, además del resto de requisitos —ejecutoriedad, no cancelación o cancelabilidad del antecedente...— un doble presupuesto cumulativo:

a) Uno de carácter sistemático formal: que la condena lo sea por delito comprendido en el mismo Título del Código Penal (lo que plantea el problema de la reincidencia en los delitos regulados por leyes especiales).

b) Otro, de carácter material y valorativo: que el delito tenga identidad de naturaleza con la infracción por la que se condenó previamente.

Al diseñar los rasgos legales de la reincidencia específica el legislador puede optar por dos sistemas que presentan cada uno sus ventajas e inconvenientes.

Acudir a un criterio formal sistemático de modo que se aprecie reincidencia específica siempre y sólo cuando el nuevo delito comparta una misma ubicación sistemática con la infracción anterior. La total certeza y nitidez de esta forma de delimitación con el consiguiente incremento de seguridad jurídica son el principal aliado de esta técnica legislativa. Y su más señalado defecto la arbitrariedad que a veces acompaña la distribución sistemática de las distintas infracciones, reparto que no siempre responde a criterios asumibles y ordenados. Con cierta facilidad se pueden encontrar en un mismo Título o incluso capítulo infracciones que tienen una relación entre sí muy tenue (piénsese en algunos de los delitos contra la Salud Pública o en éstos y los delitos contra la Seguridad del Tráfico; o dentro de éstos últimos en el delito del art. 380). Y también es frecuente hallar delitos que, aún estando dispersos en zonas distintas del Código Penal, guardan entre sí un estrechísimo parentesco (calumnia y acusación y denuncia falsa; delitos de falsedad de los arts. 393 y 461). Mediante esta técnica, por tanto, se alcanza una mayor seguridad jurídica pero pagando un importante tributo: la posibilidad de conducir en algunos casos a soluciones nada satisfactorias, cuando no pintorescas. Desde esta perspectiva el criterio es algo tosco y así lo han subrayado muchas críticas doctrinales. En palabras de un clásico tratadista, «lo que se gana en fijeza y claridad, se pierde en razón y justicia». Se parte de una confianza desmesurada en los criterios sistemáticos del legislador que se convierten en algo con trascendencia normativa: la tarea de agrupar las distintas infracciones será mucho más que una mera cuestión de elegancia metódica.

El otro sistema renuncia a la certeza en aras de una mayor congruencia y dando unos criterios más genéricos y menos automáticos –identidad o semejanza de naturaleza– confía al arbitrio judicial la decisión última necesariamente impregnada de valoraciones.

El legislador de 1995 ha combinado ambos sistemas y partiendo del criterio puramente formal o sistemático lo mitiga introduciendo la necesidad de que además de compartir el mismo rubro en la ordenación legal, las dos infracciones participen de la «misma naturaleza». La ubicación sistemática de las dos infracciones introduce un factor de certeza en la apreciación de la agravante de reincidencia: aunque es cierto que habrá delitos de idéntica naturaleza no agrupados sistemáticamente y de los que materialmente pueda afirmarse la idéntica naturaleza, se ha considerado que la reincidencia debía tener unos mínimos límites fijos para no dar excesiva cabida al arbitrio judicial en materia de agravantes. Pero junto a ello y queriéndose evitar que sirvan de base de la reincidencia una infracción sin más relación con la nuevamente cometida que la sistemática, se ha introducido como factor de corrección la exigencia de la identidad de naturaleza.

La formulación legal cuenta con precedentes en nuestro Derecho. La Ley de 24 de diciembre de 1962 de uso y circulación de vehículos de motor en su artículo 11 habló ya de «igualdad de naturaleza» de los delitos como presupuesto para la reincidencia. Y el antiguo artículo 530 se refería a los reincidentes «en el mismo o semejante especie de delito», fórmula que tomaron prestada los redactores del Proyecto de Código Penal de 1980 y que había figurado antes en el Código de 1848-50.

Ciertamente la expresión legal –«misma naturaleza»– es imprecisa, pero tampoco es tarea fácil introducir mayores concreciones en un texto legal y se hace inevitable en cada supuesto llegar a soluciones particularizadas. Junto a casos en que con gran claridad y de forma inmediata se llega a la afirmación de la identidad de naturaleza (calumnia e injuria, por ejemplo) o a su negación (en general, las modalidades culposas frente a las dolosas); hay muchos otros supuestos dudosos entre los que se cuenta el que ha motivado la Consulta.

Alguna referencia de derecho comparado confirma la dificultad de precisar más. Así el Código Penal Italiano habla de delitos «de la misma índole», añadiendo una interpretación legal que pretende servir de orientación pero que tampoco resuelve mucho más al establecer que se considerarán de la misma índole «no sólo aquellos que violan una misma disposición de la ley, sino también aquellos que, aún estando previstos en disposiciones diversas de este Código o bien en leyes diversas, sin embargo, por la naturaleza de los hechos que los

constituyen o de los motivos que los determinaron, presentan en los casos concretos, caracteres fundamentalmente comunes».

III

¿Tienen los delitos de robo con fuerza en las cosas la misma naturaleza que los delitos de robo con violencia a los efectos de la agravante de reincidencia? El razonado e inteligente desarrollo que se hace por la Fiscalía consultante acaba inclinándose por la respuesta negativa arguyendo una serie de motivos de indudable peso que se reproducen a continuación y cuyo telón de fondo es la necesidad de interpretar restrictivamente las normas penales y entre ellas las circunstancias de agravación.

a) La identidad de naturaleza alude en primer lugar a la igualdad de objeto de tutela jurídica. Desde esta inicial perspectiva el objeto primario de tutela en ambos tipos penales es idéntico –el patrimonio–. Pero la Fiscalía consultante considera que no basta esa apresurada estimación pues en el robo con violencia o intimidación aparecen otros bienes jurídicos comprometidos como es la libertad, ausentes en los delitos de robo con fuerza. Además, el criterio del bien jurídico –se apunta– puede ser insuficiente en la medida en que resultaría tautológico con el otro presupuesto –inclusión en el mismo Título del Código Penal–. También los autores que toman como primer indicador de la homogeneidad de naturaleza la identidad de bien jurídico protegido se apresuran a establecer otros correctivos y matizaciones, negando que ese único criterio sea definitivo.

b) En otro orden de cosas y de acuerdo con alguna ilustre propuesta interpretativa, si se parte del concepto de homogeneidad construido en torno al artículo 794.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tendríamos que negar la equivalencia de naturaleza entre ambas variedades de los delitos de robo pues la igualdad de bien jurídico no corre pareja a una semejanza fáctica que impida hablar de mutación sustancial del hecho, según la terminología legal.

c) La imposibilidad tantas veces recalcada por la jurisprudencia de agrupar en un mismo delito continuado los delitos de robo con violencia o intimidación con delitos de robo con fuerza es invocada también como argumento que alentaría la posición contraria a hablar de identidad de naturaleza a efectos de reincidencia entre ambas modalidades de robo.

d) En el terreno del derecho positivo la disposición transitoria 7.^a se erige en otro importante argumento al emanar de la misma un criterio interpretativo explícitamente asumido por el legislador:

«A efectos de apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo Legal que se deroga y que tengan análogo denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico.»

Para el legislador de 1995 y a efectos de régimen transitorio no basta ni la identidad de bien jurídico protegido, ni la analogía en el *nomen* para afirmar la reincidencia, es necesaria también una similitud en los modos de agresión. Y esa semejanza no concurre en las dos modalidades básicas de robo: en una se utiliza la fuerza en las cosas y en la otra la compulsión sobre las personas.

e) Por fin se considera en el planteamiento de la Consulta que los criterios de estricta dogmática penal pueden no ser suficientes para resolver esta cuestión técnica y se revela como buen método complementario dejar que entre el «aire fresco y esclarecedor de la Criminología» que establezca puentes de comunicación entre la dogmática y la vida cotidiana, y que permita interpretar la expresión «misma naturaleza» también con pautas axiológicas extraídas de valoraciones sociales. Desde esos parámetros es claro que ni el perfil del delincuente, ni la peligrosidad concreta de la conducta permiten equiparar las dos modalidades clásicas de robo. Se arguye como apoyo de esa desconexión conceptual el escaso número de supuestos en que lo que comienza siendo un robo con fuerza se muta en robo con violencia o intimidación.

IV

No se puede negar la solidez de los argumentos expuestos, pero de cualquier forma, aún reconociéndose que se trata de un tema que encierra unas enormes dosis valorativas que permiten considerar defendible las dos posturas, se considera que encierran mayor poder de convicción y se ajustan mejor al derecho positivo vigente las razones que abogan por afirmar la identidad de naturaleza entre las distintas formas comisivas del tipo único de robo y sostener en consecuencia que la condena previa por un delito de robo, sea cual sea su clase, será presupuesto suficiente para apreciar la agravante de reincidencia en un delito posterior de la misma especie.

a) La identidad de bien jurídico protegido es un dato desde luego clave. Es evidente que aunque exista igualdad de bien jurídico entre dos tipos, si están regulados en Títulos distintos (por ejemplo: malversación y apropiación indebida o hurto de bienes públicos; falsedad electoral y falsedad común...), existirá una barrera legal infranqueable para apreciar la reincidencia. Pero desde la premisa contraria, constatada la regulación en un mismo Título del Código Penal el siguiente paso para llegar a conclusiones sobre la reincidencia será indagar si el objeto de tutela jurídica es el mismo, lo que muchas veces no sucederá. Afirmada la identidad de bien jurídico, el juicio ponderativo habrá de concluir la existencia de reincidencia: el dato básico para afirmar la identidad de naturaleza de dos infracciones es su objeto de tutela. Este sirve para definir su elemento nuclear, su esencia. No significa ello que la homogeneidad de bien jurídico protegido deba llevar ya inexorablemente a afirmar la equivalencia de naturaleza a efectos de reincidencia: es necesario introducir algunos correctivos (piénsese en las modalidades culposa y dolosa entre las que, en principio, habrá que negar la identidad de naturaleza).

Las dos modalidades del delito de robo tienen un mismo bien jurídico protegido: el patrimonio. Que en el delito de robo con violencia aparezcan en un lugar secundario otros intereses tutelados como la libertad o el sentimiento de seguridad no ensombrece para nada esa primera afirmación, y menos en el Código Penal de 1995 en que esos otros bienes jurídicos que determinan la pluriofensividad del delito de robo con violencia o intimidación se han difuminado en gran medida al haber abandonado el legislador la técnica de los complejos delictivos (art. 501 del Código derogado) en favor del concurso de infracciones.

Podría en este punto optarse por una tesis intermedia que afirmase la reincidencia cuando todos los bienes jurídicos protegidos por el delito precedente estuviesen también amparados por el delito posterior pero no al revés. De esta forma un delito de robo con violencia serviría de base para aplicar la reincidencia en el posterior delito de robo con fuerza pero no en sentido inverso por contener el delito de robo con violencia la tutela de intereses no contemplados en el robo con fuerza. Pero la delimitación legal de la reincidencia —*misma naturaleza*— obliga a establecer entre los distintos delitos relaciones de reciprocidad y transitividad. No son conciliables con la fórmula legal técnicas interpretativas que conduzcan a considerar que un delito es de la misma naturaleza que otro, pero no en sentido contrario.

Item más, también en algunas modalidades de robo con fuerza aparecen protegidos otros intereses jurídicos: así en los robos en casa

habitada se tutela junto al patrimonio la intimidad encarnada en el hogar o la seguridad de las personas; o en los robos con la agravación del artículo 235.2.^a, el buen funcionamiento de los servicios públicos. Y la presencia de esos otros bienes jurídicos no hará pensar a nadie que las condenas por esos subtipos no servirían para apreciar la reincidencia en un nuevo delito de robo con fuerza en las cosas en su modalidad básica.

Lo decisivo para poder afirmar la identidad de naturaleza es que el bien jurídico básico o predominantemente protegido sea el mismo: y el patrimonio es el bien jurídico protegido en ambas modalidades de robo.

b) Los criterios jurisprudenciales de desarrollo de la regla contenida en el artículo 794.3 relativa a la necesaria homogeneidad de los delitos para salvar la congruencia de la sentencia tienen un alcance diverso: constituyen el reflejo procesal del derecho constitucional a ser informado de la acusación. Se mueven, por tanto, en un orden más de principios procesales básicos que de derecho sustantivo penal, por lo que no son trasladables a la materia que ahora se analiza. Obedecen a un fundamento distinto: las exigencias del derecho constitucional al conocimiento previo de la acusación como base de una defensa eficaz y no puramente formal. En esa temática se trata de comprobar si el derecho de defensa ha sido vulnerado por el cambio en sentencia del título de imputación y a tales efectos lo decisivo es constatar si todos los nuevos elementos fácticos y jurídicos estaban ya de alguna forma o no incluidos en el acta de acusación. De ahí que una infracción pueda ser homogénea respecto de otra pero no en la relación inversa en la medida en que una de ellas sea más amplia o extensa desde el punto de vista fáctico. La exigencia de la identidad de naturaleza de las infracciones a efectos de la agravante de reincidencia tiene un fundamento bien diverso por lo que no parece adecuado trasvasar a este campo las conclusiones obtenidas en el ámbito procesal.

c) En cuanto a la negativa jurisprudencial a agrupar en un único delito continuado los delitos de robo con violencia o intimidación y los perpetrados mediante fuerza en las cosas responde igualmente a razones no relacionadas para nada con la semejanza o disimilitud entre la naturaleza de ambas infracciones. Era el párrafo final del derogado artículo 69 bis el que servía de sostén al Tribunal Supremo para negar la posibilidad de integrar los antiguos delitos de robo del artículo 501 no ya con otros delitos de robo con fuerza, sino ni siquiera con otros de robo con violencia o intimidación cuya idéntica naturaleza, obviamente, no puede negarse. El carácter eminentemente personal de algunos de los bienes jurídicos protegidos en los antiguos

delitos del artículo 501 vedaba toda posible consideración en relación con el delito continuado (entre otras, sentencias de 6 de noviembre de 1985, 18 de julio de 1986, 8 de junio de 1992 ó 1976/1993, de 18 de septiembre). Esta línea jurisprudencial no condiciona en nada por tanto la cuestión de la igualdad o no de naturaleza entre las dos modalidades de robo. Precisamente la nueva regulación del delito continuado (art. 74) utiliza una locución semejante a la del artículo 22.8.1: «preceptos de igual o semejante *naturaleza*» para sustituir a la fórmula más vaga de la legislación anterior que hablaba sencillamente del «mismo o semejantes preceptos penales». Pero, por lo expuesto no cabe extraer de ahí mayores conclusiones. En todo caso, en la medida en que la jurisprudencia al enumerar los requisitos del delito continuado menciona en apartados distintos la identidad de naturaleza o «semejanza de tipo» según la terminología de la sentencia de 4 de julio de 1991, que se basa primordialmente en la naturaleza del bien jurídico protegido (sentencia de 29 de abril de 1989); y la homogeneidad de la técnica comisiva que es requisito distinto del anterior, que por tanto no condiciona la naturaleza, y que consiste en una cierta uniformidad en las técnicas comisivas (sentencia de 6 de octubre de 1989); se apuntaría en sentido contrario. Si entre los delitos de robo con violencia o intimidación y robos con fuerza no se da esa homogeneidad de técnica comisiva, sí se aprecia sin embargo la «semejanza de tipo» que sirve para sostener que comparten la misma naturaleza.

d) La literalidad de la disposición transitoria 7.^a emerge desde luego como razón de fuste para mantener que el legislador al hablar de identidad de naturaleza en el artículo 22.8.^a estaba pensando no solo en el bien jurídico protegido, sino también en la modalidad de agresión. De ahí se puede concluir que en el robo con fuerza y el robo con violencia o intimidación las dispares formas de ataque determinan una naturaleza divergente.

Sin embargo esta argumentación no es definitiva y frente a ella deben predominar otros razonamientos a los que se aludirá enseguida. Por una parte, tal disposición es meramente transitoria sin que tenga más alcance que el destinado a regular los conflictos de derecho intertemporal: al no poder guiarse por ubicaciones sistemáticas el legislador tuvo que buscar otros criterios para resolver los problemas de transitoriedad. Por otra parte, la disposición adolece de graves defectos por lo que no conviene extremar su valor interpretativo: así la referencia a la analogía de denominación no solo es desafortunada sino que está necesitada de una interpretación correctora si no se quiere llegar al absurdo de negar la reincidencia al condenado por violación que comete un delito de agresión sexual del artículo 179 del nuevo

Código Penal. Por fin, la igualdad en la modalidad de ataque al bien jurídico que propugna tal disposición transitoria ha de entenderse en un sentido no de estricta identidad. Un robo con violencia no tiene idéntica forma de ataque a la propiedad que un robo con intimidación pero las diferencias accidentales no deben enturbiar la identidad en lo básico. Y entre los delitos de robo con fuerza y los delitos de robo con violencia en los elementos básicos existe también igualdad en el modo de agresión al bien jurídico «patrimonio»: son delitos de enriquecimiento, en que la modalidad de ataque es el apoderamiento venciendo la resistencia al despojo opuesta personalmente o mediante obstáculos por la víctima.

e) Desde el punto de vista criminológico la introducción de criterios menos dogmáticos como el de las motivaciones, al modo de la disposición antes transcrita del Código Penal italiano, abonarían también una interpretación favorable a la afinidad de naturaleza entre ambas modalidades del robo.

V

Atendiendo a otras perspectivas pueden, además, alegarse muchas razones que militan en favor de la igualdad de naturaleza de los delitos de robo, se perpetren con fuerza en las cosas o utilizando la *vis* física o moral. La identidad de denominación o su inclusión en un mismo capítulo (y consiguiente homogeneidad a efectos de habitualidad: art. 94) son solo algunas de ellas: no por formales, menos elocuentes.

Un repaso por distintos apartados del Código Penal evidencia una realidad muy relevante a estos efectos: es criterio legislativo reiterado la equiparación de la fuerza en las cosas con la violencia o intimidación en las personas. Determinados subtipos agravados del Código Penal se edifican tomando como punto de referencia alternativo ambas modalidades comisivas: así sucede en los delitos de quebrantamiento de condena (arts. 469 ó 470.2) de una manera explícita. En otros tipos penales son precisamente esas dos formas comisivas –violencia en las personas o cosas e intimidación– las que constituyen el rasgo determinante de la intervención del derecho penal (art. 455 que tipifica la realización arbitraria del propio derecho o, con ciertos matices, el art. 504.3.0). Y, por fin, en otro precepto el término «violencia» ha sido interpretado por el Tribunal Supremo en el sentido de abarcar tanto la ejercida sobre las personas como la violencia *in rebus* (delito de coac-

ciones –art. 172: sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1992 y 15 de abril de 1993, entre otras–; o delito de allanamiento de morada –art. 202.2 y sentencias de 6 de noviembre de 1987, 21 de abril de 1988, 9 de febrero de 1990 y 12/1993, de 14 de enero–). Estas referencias legales y jurisprudenciales ponen de manifiesto la proximidad legal que existe entre ambas modalidades. No es asumible que delitos como el allanamiento de morada o el quebrantamiento de condena varíen de naturaleza con las consecuencias que en orden a la reincidencia se derivarían por el dato de que se hayan cometido con intimidación o con fuerza en las cosas. En el robo, a diferencia de las otras infracciones citadas, las dos modalidades comisivas tradicionales están diversificadas porque así lo exige la frecuencia de esas infracciones y la necesidad que ha sentido el legislador de modular cada una de las variedades del robo. Pero esa diversificación no es suficiente para quebrar su unidad básica de naturaleza.

La capacidad de los delitos de robo con fuerza en las cosas para transmutarse en robos con violencia o intimidación cuando éstas surgen en su *iter* comisivo constituye otro dato jurisprudencial (por todas, sentencias de 23 de noviembre de 1991 ó 726/1996, de 19 de octubre) que avala la unidad de naturaleza, hasta el punto que precisamente el mero peligro de esa conversión es penalizado en el robo con fuerza en las cosas creándose unos subtipos agravados cuyo fundamento es justamente ése (robo en morada o en establecimiento abierto al público del art. 241: sentencia del Tribunal Supremo 591/1997, de 16 de junio). Esa comunicabilidad entre ambas modalidades delictivas parece que debe extenderse al campo de la nueva agravante de reincidencia.

Desde el punto de vista gramatical la identidad de naturaleza hace referencia a la igualdad en lo esencial, prescindiendo de lo accidental. Y en lo esencial, en todo lo medular, la igualdad entre ambas modalidades de robo es evidente hasta el punto de que son objeto de una definición legal conjunta: el legislador quiere ese tratamiento unificado sistemática y semánticamente lo que demuestra su querencia por considerar que estamos ante infracciones de la misma naturaleza, aunque históricamente el robo con fuerza haya estado más vinculado al hurto (*furta periculosa*) y en otros ordenamientos siga configurado como un hurto cualificado (vid. sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1991).

Finalmente se puede ofrecer un argumento de coherencia penológica que, aun no siendo en modo alguno decisivo pues la congruencia en las sanciones señaladas no es desde luego una de las virtudes del Código de 1995 ni de su regulación de los delitos de robo, puede coadyuvar a las razones ya expuestas. De sostenerse la incompatibili-

dad de las dos modalidades de robo a efectos de reincidencia, el condenado por un delito de robo con fuerza en las cosas que cometiese otro delito de robo con fuerza en un establecimiento abierto al público se vería beneficiado penológicamente si no se conformase con el forzamiento y lograrse a la vez intimidar a alguno de los presentes. De esa forma eludiría la agravante de reincidencia y la pena se podría ver sensiblemente rebajada (sin contar ahora con el posible descenso derivado de la apreciación facultativa del 242.3).

CONCLUSIÓN

En conclusión, entre los delitos de robo con fuerza en las cosas y robo con violencia o intimidación en las personas puede afirmarse la identidad de naturaleza necesaria para sustentar la agravante de reincidencia y así lo sostendrán los Fiscales en sus dictámenes y calificaciones.

CONSULTA NÚMERO 10/1997, DE 29 DE OCTUBRE, SOBRE ROBOS CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN PERPETRADOS EN MORADA

I

La consulta versa sobre las relaciones concursales entre el delito de robo con violencia o intimidación y el delito de allanamiento de morada. El supuesto de hecho que la motiva se produce ya bajo la vigencia del Código Penal de 1995 y consiste en el apoderamiento mediante intimidación de diversos objetos en el domicilio de la víctima. Tras conseguir que se le franquease la entrada del domicilio mediante engaño, la autora exige a la moradora que le entregue dinero y diversas joyas llegando a esgrimir amenazadoramente una jeringuilla ante la resistencia presentada, para emprender finalmente la huida en el curso de la cual lesiona a una vecina que había acudido alertada por los gritos.

No cabe duda alguna de que en la calificación jurídica de los hechos están presentes un delito de robo con violencia o intimidación de los artículos 237 y 242.1 y 2 y una falta o, en su caso, delito de lesiones. La cuestión suscitada estriba en dilucidar si será apreciable también en régimen de concurso medial el delito de allanamiento de

morada previsto en el artículo 202.1 y 2, dado que en principio parecen concurrir simultáneamente todos los elementos que describen tal infracción: permanencia en el domicilio ajeno contra la voluntad del morador valiéndose de intimidación.

La Fiscalía consultante, tomando en consideración la desaparición en el nuevo Código Penal tanto de la agravante genérica de morada (art. 22) como la específica de casa habitada en el robo con violencia o intimidación (art. 242) se pronuncia por la concurrencia junto al delito de robo, de un delito de allanamiento de morada.

II

Una adecuada respuesta al problema planteado en la Consulta exige adentrarse en cuestiones muy diversas. Y parece preciso además antes que nada dibujar el *status quaestionis* de los diferentes temas comprometidos bajo la vigencia del texto penal inmediatamente anterior. Ese ha de ser el necesario punto de partida para afrontar desde una plataforma sólida el alcance que deba darse a las modificaciones operadas por el nuevo Código Penal.

La compatibilidad entre los delitos de robo y allanamiento de morada bajo la vigencia del anterior Código Penal debía negarse radicalmente. Por un lado por la existencia de la agravación específica de perpetración del robo en casa habitada (art. 506.2.^a) que era aplicable no solo a los supuestos de robo con fuerza en las cosas sino también a determinados casos de robo con violencia o intimidación en virtud de la remisión que contenía el inciso final del artículo 501.5.^o De ahí que en virtud de los principios de especialidad y absorción no cupiese ni la apreciación de la agravante genérica de morada ni, por supuesto, el concurso con el delito de allanamiento de morada. La presencia de ánimo depredatorio excluiría el allanamiento de morada.

Por otra parte, la perpetración de un robo con violencia o intimidación en el domicilio de la víctima cuando no era aplicable la citada agravación específica de casa habitada hacía entrar en juego no el delito de allanamiento de morada, sino la agravante genérica de morada que contemplaba el desaparecido artículo 10.16.^a (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero o 16 de septiembre de 1988. Con criterio distinto, únicamente la sentencia de 13 de diciembre de 1990, que, además de ir acompañada de un voto particular precisamente por esta cuestión, sin negar la compatibilidad rotundamente estima que debe matizarse según los resultados alcanzados).

III

Estas conclusiones permanecen incólumes en el nuevo Código Penal para el delito de robo con fuerza en las cosas pues sigue presente para tal infracción la cualificación agravatoria basada en la perpetración de los hechos en casa habitada (art. 241), agravación que repudia la apreciación conjunta de un delito de allanamiento de morada.

Pero en los delitos de robo con violencia o intimidación (art. 242) se han cerrado todas las puertas para contemplar específicamente esa circunstancia de perpetración de los hechos en una vivienda.

En efecto, por una parte ya no existe portillo alguno para apreciar el subtipo cualificado de casa habitada a los delitos de robo con violencia o intimidación. Se culmina así una evolución que partiendo de la aplicación de esa agravación a todo tipo de robos (antes de la reforma de 1983), y pasando por la aplicación tan solo en determinados supuestos (art. 501.5.º, inciso final en la redacción conferida por la reforma operada en virtud de Ley Orgánica 8/1983), ha llegado en el nuevo Código Penal a la aplicación de esa agravación específica en exclusividad a los delitos de robo con fuerza en las cosas.

Y, en otro orden de cosas, el vigente panorama legal queda ya completado refiriéndonos a la desaparición de la agravante genérica de morada en el listado del artículo 22 del Código Penal de 1995. La realización del hecho «aprovechando las circunstancias de lugar... que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente» (art. 22.2.ª) no cubre los supuestos que antes contemplaba la agravante de morada y obedece a una teleología sustancialmente diversa: la protección de la intimidad y santidad del hogar –que fundamentaban la agravación del artículo 10.16.ª– ya no están de manera alguna presentes en las genéricas referencias al lugar de realización del hecho que se recoge en el artículo 22.6.ª

IV

No resultando aplicables por tanto ni una agravación específica ni una genérica que contemple la circunstancia de haberse perpetrado el robo con intimidación en un domicilio ajeno, parecen haberse desvanecido con la entrada en vigor del nuevo ordenamiento penal las razones que servían de base para rechazar el concurso de delitos entre el

robo con violencia o intimidación y el allanamiento de morada ahora contemplado en el artículo 202.

La diversidad de bien jurídico protegido por ambas infracciones –en un caso, el patrimonio; en otro, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio– abona la conclusión de que estamos ante un concurso de delitos y no ante un concurso de normas regulado en el artículo 8. Tan solo el castigo a través de ambas infracciones abarcaría el total desvalor de la conducta afectante a diversos bienes jurídicos.

V

La conclusión anterior puede merecer determinadas objeciones. En efecto se han esfumado las bases que sustentaban la opinión unánime en la práctica y en la jurisprudencia de negar la compatibilidad entre los delitos de allanamiento de morada y robo con violencia o intimidación. Pero podrían argüirse desde distintas perspectivas otras razones para continuar rechazando la existencia en esos supuestos de un delito de allanamiento de morada.

Entre esas posibles objeciones destaca en primer lugar una referida a los elementos subjetivos del delito de allanamiento de morada. En ocasiones tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que el delito de allanamiento de morada requería un elemento subjetivo específico, el ánimo de atentar contra la intimidad ajena. De hecho también en otros países (Alemania, Francia e Italia) se ha producido esa discusión aunque la doctrina más reciente no vacila en entender que para la comisión de ese delito basta el dolo genérico, prescindiéndose de los *animi* o móviles que guían al sujeto.

El artículo 490 del Código Penal derogado contenía una descripción puramente objetiva, sin referencia alguna a elementos anímicos o tendencias o intenciones específicas. Pero la necesidad de buscar mecanismos que permitiesen excluir la punición de los supuestos de imprudencia (dado el sistema de *numerus apertus* de nuestro anterior Código Penal) y la conveniencia de levantar unas fronteras más o menos claras frente a la agravante genérica de morada, motivaron que la jurisprudencia y parte de la doctrina afirmasen en ocasiones la necesidad de un dolo específico de vulnerar la morada para apreciar el delito del antiguo artículo 490. Ese criterio permitía, conforme ya propuso algún clásico tratadista en criterio que luego plasmaría en el Código Penal Argentino, excluir el delito de allanamiento de morada cuando la entrada en la vivienda ajena se realizaba con la finalidad de cometer otro delito de mayor gravedad.

La base legal de tal doctrina era endeble y aparecía incluso contradictoria por la declaración del artículo 491 que hubiese resultado superflua de exigirse un dolo específico en el delito de allanamiento de morada. Pese a ello, junto a algún señalado autor, la jurisprudencia en diversas resoluciones exigió para apreciar el delito de allanamiento de morada un dolo específico o elemento subjetivo del injusto: el ánimo de atentar contra la «paz o santidad del hogar» (entre otras, sentencias de 24 de enero de 1961, 20 de febrero y 11 de noviembre de 1965, 20 de abril de 1966, 27 de mayo de 1968, 23 de octubre de 1969 y 8 de marzo de 1979), ánimo que no sería apreciable cuando la entrada en la morada ajena se hace con finalidad de cometer otro delito: contra la propiedad, contra la libertad sexual, contra la integridad física... En esos casos no sería apreciable un concurso de delitos con el allanamiento de morada, sino tan solo, en su caso, la genérica agravante de morada.

Sin embargo la jurisprudencia mayoritaria ha rechazado con toda lógica esa exigencia de un ánimo específico: basta el dolo genérico (sentencias de 17 de abril, 8, 14 y 19 de mayo de 1970, 8 de mayo de 1973, 5 de octubre de 1974, 29 de enero de 1975, 15 de enero y 15 de noviembre de 1976). La sentencia de 8 de mayo de 1973 razonaba así:

«Que para resolver el problema atinente a la culpabilidad, ampliamente discutido en la doctrina, de si es suficiente en el delito de allanamiento de morada, con la presencia del dolo genérico, de conocer o tener voluntad de entrar o mantenerse en vivienda ajena contra la voluntad de su morador, o si requiere la presencia, del antiguamente llamado dolo específico y ahora con más técnica elemento subjetivo del injusto, de sólo violar el bien ideal de la morada ajena y la “santidad del hogar”, no teniendo relieve en el primer supuesto, por estar ya consumado el acto con la realización del acceso, las finalidades subsiguientes, que operarían en concurso delictual, mientras que en el segundo caso, la constatación de otros objetivos distintos al de violar la morada, evitarían la acción dolosa del allanamiento que quedaría absorbida, por el deseo teleológicamente buscado, del delito-fin, es evidente, que aun reconociendo las fluctuaciones de la doctrina de esta Sala, entre ambas posiciones, resulta más fundada la que declara con la mayoría abrumadora de la doctrina científica patria, que sólo debe exigirse el dolo genérico, de tener conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico —entrar o permanecer contra la voluntad del morador—, porque el artículo 490 estructura tal infracción únicamente con base en elementos objetivos, sin constancia expresa de elementos subjetivos, al no exigir nominativamente, ningún propósito, ni intención especial determinada, como sería menester para la apreciación de los elementos subjetivos del injusto, máxime cuando se trata de un delito instrumental, que se pone en relación, por lo general, según denota

la experiencia, con otras finalidades, por ser la entrada el comienzo de un proceso con objetivo más distante, por lo que el dolo de violar el domicilio ajeno, más que de propósito, es de consecuencias necesarias, en que tal acto se representa en la mente del inculpado como medio indispensable para conseguir la meta finalmente pretendida, que no se podría lograr de manera distinta, por lo que resulta indiferente el propósito que guíe al autor, ya quiera el allanamiento como fin o como medio de ulterior logro, salvo el especial supuesto de que el delito-fin exija expresa y típicamente la ejecución en morada ajena... »

La jurisprudencia más reciente apunta ya sin fisuras y de forma inequívoca en esa dirección sin que la configuración del delito de allanamiento de morada en el Código de 1995 (art. 202) introduzca elemento alguno que pudiese hacer inaplicable ese criterio jurisprudencial. En ese sentido se pronuncian las sentencias de 6 y 20 de noviembre de 1987, 9 de febrero de 1990 o la más cercana sentencia 2107/1994, de 28 de noviembre que aunque sigue hablando de dolo específico lo hace para equipararlo con el dolo genérico, como se deduce de la solución que se da al supuesto contemplado, explicando incluso que el delito de allanamiento de morada aparecerá casi siempre en concurso con otros delitos (implícitamente también las de 22 de noviembre de 1992 o la de 8 de junio de 1992).

VI

Negada la exigencia de un especial elemento subjetivo del injusto en el delito de allanamiento de morada queda expedito el camino para llegar a una solución concursal cuando la invasión ilegítima en la morada ajena era el medio para realizar un atentado contra otros bienes jurídicos: integridad física, vida, libertad sexual... Y en la jurisprudencia existen abundantes precedentes en esta línea: concurso con coacciones (sentencia de 9 de febrero de 1964); con lesiones (sentencias de 11 de marzo de 1964, 29 de septiembre de 1967, 18 de mayo de 1979, 11 de mayo de 1985, 18 de junio de 1990 y 17 de marzo de 1992); con violación (sentencias de 13 de mayo de 1964 y 7 de febrero de 1987); con agresiones sexuales (sentencias de 19 de mayo de 1970, 18 de mayo de 1990); con amenazas (sentencias de 15 de diciembre de 1970 y 6 de noviembre de 1987); con realización arbitraria del propio derecho (sentencia de 22 de abril de 1978); o con hurto (sentencia de 21 de marzo de 1984).

Y cuando se rechazaba el concurso de delitos se hacía para afirmar la concurrencia de la agravante genérica de morada hoy desaparecida (sentencias de 11 de noviembre de 1965, 26 de abril de 1977 o 20 de diciembre de 1978), insinuándose a veces incluso que posiblemente fuese más correcta la solución del concurso con el delito de allanamiento de morada (sentencia de 22 de noviembre de 1992 que contempla un caso de delito de violación con apreciación de la agravante de morada).

Expulsada del vigente Código Penal la agravante de morada, no cabe esa posibilidad de respuesta punitiva. En consecuencia todos los casos en que la entrada o permanencia ilícita en la morada ajena conviva con otra infracción penal se penarán a través de las normas del concurso de delitos que muchas veces será medial (art. 77), aunque no es descartable que en ocasiones haya que acudir al sistema ordinario de punición del artículo 73 por tratarse de un concurso real puro (sentencias de 17 de marzo de 1992 y 2107/1994, de 28 de noviembre).

No existe ningún dato o característica especial en los delitos de robo con violencia o intimidación que, con arreglo al nuevo Código Penal, fundamenten una solución distinta a la del concurso con el delito de allanamiento de morada que se utiliza sin duda alguna para otros delitos como los de lesiones o los que atentan contra la libertad sexual. La inexistencia de elemento diferencial alguno justificativo de un tratamiento diferente obliga a dar por válida también en esos supuestos la solución concursal, única capaz de abarcar el mayor desvalor de la conducta que supone, junto al atentado a la seguridad y a la propiedad, un ataque a la intimidad encarnada en la protección del domicilio. Tan solo en el delito de robo con fuerza en las cosas es descartable esa respuesta por la previsión específica del artículo 241.1.

De esa forma además se introduce un importante paliativo al absurdo que representaría establecer una penalidad igual y con posibilidad de rebaja para el robo con violencia cometido en casa habitada (art. 242.1 y 3) que para el robo con fuerza en idénticas circunstancias (art. 241.1).

Lógicamente para que se aprecie el concurso de infracciones será necesario que se den todos los elementos definidores del delito de allanamiento: penetración en la parte cerrada de la morada; voluntad contraria del morador, que no necesariamente ha de ser expresa basando la que se deduce lógicamente y racionalmente (sentencias de 2 de febrero de 1988, 9 de febrero de 1990 o 12/1993, de 14 de enero); un mínimo de permanencia en la morada tras la exteriorización de la voluntad contraria...

Esta solución, con las matizaciones que deban hacerse, es también válida para los delitos de allanamiento previstos en el artículo 203.

CONCLUSIONES

1.^a La supresión de la agravante de morada y la limitación del tipo agravado de casa habitada al robo con fuerza en el vigente Código Penal conducen a afirmar la compatibilidad entre el delito de robo con violencia o intimidación en las personas y el delito de allanamiento de morada.

2.^a La perpetración de un robo con violencia o intimidación en morada ajena a la que se haya penetrado de forma ilegítima, dará lugar a un concurso entre los delitos de robo y allanamiento que si se da la relación de medio a fin exigida por el artículo 77 del Código Penal deberá penarse con arreglo a tal disposición.

CONSULTA NÚMERO 11/1997, DE 29 DE OCTUBRE, SOBRE ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS COMETIDO EN EDIFICIO O LOCAL ABIERTOS AL PÚBLICO

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 241.1 del vigente Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, prevé un subtipo agravado de robo con fuerza en las cosas cuando se cometa «en edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias».

La Fiscalía consultante plantea sobre dicho precepto dos cuestiones diferentes. La primera, objeto central de su exposición, hace referencia a si tal agravación opera solamente cuando el robo se cometa en edificio o local durante las horas de apertura al público, o si la agravación será de aplicación también cuando el robo se cometa en horas de cierre.

La segunda cuestión, suscitada en la Consulta de forma indirecta, se refiere al alcance de la expresión «edificio o local abiertos al público» y, en concreto, a cuáles sean las características definidoras

de los inmuebles que hayan de entenderse incluidos en la referida agravación.

Un orden lógico en el examen de tales cuestiones aconseja comenzar por la segunda. De esa forma, una vez fijado qué deba entenderse por «edificio o local abierto al público», se analizará cuál sea el horario al que alcanza la especial protección de tales lugares.

II. EL FUNDAMENTO DEL SUBTIPO AGRAVADO

La expresión «edificio o local abiertos al público» es empleada en el vigente Código Penal no sólo en el citado artículo 241, sino también en otros preceptos que utilizan parecidas expresiones. Así, entre otros, en el artículo 120.3 respecto de la responsabilidad civil subsidiaria; en el artículo 194 referido a la clausura de establecimientos o locales abiertos o no al público en los que se realizaren conductas constitutivas de delitos relativos y a la prostitución o de exhibicionismo y provocación sexual; en los artículos 203 y 635 referidos al allanamiento de locales; en los artículos 271 y 276.2 respecto de los delitos de propiedad intelectual e industrial; 298.2 y 302 apartados a) y b) en cuanto al delito de receptación; y, finalmente, en el artículo 369.2 que recoge un subtipo agravado en el delito de tráfico de drogas y 370 apartados a) y b) que regula su clausura.

Pese a tan profusa utilización del término, no existe en el Código un concepto legal de tales lugares, a diferencia de lo que sucede con los conceptos de casa habitada o de dependencias (apartados 2 y 3 del artículo 241). La indefinición ha suscitado una diversidad de criterios interpretativos que han tenido reflejo en las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales hasta la fecha, con la consiguiente disparidad de soluciones y merma de la seguridad.

En la indagación de la solución a tales problemas deberá necesariamente partirse del fundamento último de la agravación, es decir, de la razón de política criminal que ha movido al legislador a agravar tales conductas, como pauta interpretativa de primer orden para esclarecer el concepto de local abierto al público y el alcance, en definitiva, del subtipo.

En el Código Penal de 1995 la conducta delictiva se agrava por su realización en establecimientos o locales abiertos al público en los delitos de tráfico de drogas, en los de receptación y, finalmente, en los de robo con fuerza en las cosas. La finalidad de la agravación es distinta en cada uno de tales delitos.

En aquél radica en las mayores probabilidades de difusión de la droga y de eludir la responsabilidad al realizarse la actividad desde un local abierto al público. La finalidad aparente o de cobertura es la de prestar un servicio lícito que se desarrolla para tapar o camuflar la verdadera actividad ilícita, con la especial dificultad para el descubrimiento de los hechos y su persecución que conlleva la mezcla de ambas actividades y la confusión de personas que acuden al establecimiento. Por dicha razón, el subtipo agravado del artículo 369.2 –equivalente al antiguo artículo 344 bis a) número 2– se aplicará cuando se difunda la droga por los responsables o empleados de los establecimientos abiertos al público durante las horas en las que se halle abierto el local y pueda, por tanto, confundirse la actividad ilícita con la lícita que sirve de tapadera. Es claro que una operación de tráfico de droga llevada a cabo en el interior de un local durante las horas de cierre al público no permitirá por ese solo dato reclamar la figura agravada.

En el delito de receptación se prevé una agravación cuando el receptor adquiere, recibe u oculta los efectos para traficar con ellos. Incluso la pena se agrava si el tráfico se realizase utilizando un «establecimiento o local comercial o industrial» (art. 298.2 para la receptación de efectos provenientes de delito), o un «local abierto al público» (art. 299.2 para la receptación de faltas). El artículo 302 en sus apartados a) y b) contempla la clausura definitiva o temporal de los locales o establecimientos abiertos al público de las organizaciones dedicadas a este tipo delictivo. El fundamento de la agravación estriba en la mayor peligrosidad que supone el poner un establecimiento abierto al público al servicio de la receptación, con la facilidad para dar salida de dicho modo a los efectos receptados.

Sin embargo, en el delito de robo con fuerza en las cosas, por su propia naturaleza, la ratio de la agravación no coincide con el de las anteriores figuras delictivas y, por ello, se hace precisa la tarea de indagación, máxime cuando el legislador de 1995 no ha proporcionado orientación o justificación alguna de este subtipo en la escueta Exposición de Motivos del Texto punitivo.

El artículo 241.1 al referir la agravación del robo con fuerza en las cosas a que éste se cometa «en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias», equipara un conjunto de lugares de diferente signo. Junto a la casa habitada se incluyen los edificios o locales abiertos al público. En el CP derogado eran varios los lugares dignos de especial protección en el robo: la casa habitada (506 número 2), los edificios públicos (506 número 5) y las oficinas bancarias o recaudatorias (506 número 4).

Pues bien, ha de buscarse el fundamento que justifique la inclusión, junto a la casa habitada, de determinados espacios en el subtipo del artículo 241.1 del NCP.

Para la casa habitada, la jurisprudencia unánimemente ha señalado (así, por solo citar algunas, sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1988, 1 de marzo de 1990, 10 de abril de 1992 y 14 de junio de 1993) que la mayor protección de tales lugares se dispensa en atención a la especial peligrosidad del robo por la probable presencia de personas en el interior de la vivienda y al plus que supone el ataque a lo que se ha venido en denominar la «santidad del hogar», marco físico en el que se desenvuelven facetas esenciales de la intimidad de la persona. De ahí que el Alto Tribunal aprecie la agravación aun cuando no existan moradores accidentalmente en el momento de la comisión o cuando, incluso, el agente se asegura de la inexistencia de habitantes en dicho momento, en consideración tanto a la posibilidad de un inesperado regreso de los mismos cuanto del siempre existente ataque a la referida intimidad.

El problema estriba en averiguar el fundamento que permite la inclusión junto a la casa habitada de otros lugares tales como edificios públicos o establecimientos mercantiles o comerciales.

En el CP derogado se contenía una agravación del robo en el artículo 506 número 5, que disponía: «cuando se verifique en edificio público o en alguna de sus dependencias». La jurisprudencia recaída sobre este precepto —sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991, 26 de mayo de 1989, 8 de abril de 1986, 22 de noviembre de 1985, de 5 de diciembre de 1984, y 4 de junio de 1981, entre otras— vino entendiéndose por «edificio público», a efectos de la agravación, aquellos inmuebles que por su función se encuentran adscritos a cualquier servicio oficial, civil o militar, de las Administraciones Públicas.

El fundamento de la especial protección de tales lugares se dispensaba no sólo por la naturaleza de los mismos como bienes pertenecientes a las instituciones u organismos fundamentales de la sociedad, que encarnan, en mayor o menor medida, a todos los ciudadanos, sino también por el carácter de función pública que tiene cuanto dentro de los mismos se desarrolla, como misión realizada en pro de primarios servicios sociales, en su más amplio significado, la mayoría de las veces por personas investidas del carácter de autoridad o al servicio de las mismas.

La razón de la agravación, explicitada por la jurisprudencia recaída sobre el antiguo artículo 506 número 5 y enteramente acogible, podría justificar la inclusión de tales lugares en el nuevo subtipo. Sin

embargo, el artículo 241.1 del vigente CP no se refiere a «edificios públicos», como sucedía en el número 5 del antiguo artículo 506, sino a los edificios o locales «abiertos al público». De ahí se colige que el concepto de edificio o local abierto al público no es coincidente con el anterior concepto de edificio público.

Por una parte, con la expresión abiertos al público se excluyen aquellos edificios públicos en los que la actividad desarrollada no permita en modo alguno el acceso a los mismos de terceras personas distintas de quienes allí prestan sus servicios, es decir, de público. Los locales o edificios públicos pero no abiertos al público están excluidos del subtipo del artículo 241.1, al no darse en los mismos uno de los elementos exigidos por el subtipo. Ello sin perjuicio de que la sustracción en edificios públicos de cosas destinadas a un servicio público pueda venir agravada por la remisión del artículo 241.1 a lo dispuesto en el artículo 235.2 del Código Penal.

Por otra parte, se extiende el radio de la agravación a lugares en los que no concurre la nota de la afectación de servicios públicos de interés general.

Por ello, la nota de «abiertos al público» se erige en un dato esencial para indagar el fundamento último de la protección dispensada a todos estos lugares, ya sean de destino público o privado.

La razón de la agravación del antiguo artículo 506 número 5 para los edificios públicos no subsiste en el subtipo agravado en el artículo 241.1, que sólo comprende a los edificios públicos cuando en ellos haya posibilidad de libre acceso de público. Por ello, debe buscarse una justificación del subtipo que permita explicar la razón de la inclusión en el mismo de los edificios públicos únicamente cuando, además de los funcionarios o personal existente en su interior, puedan acceder terceros a su interior, así como de los edificios o locales destinados a fines de carácter particular.

De entre las posibles razones que se han esgrimido por la doctrina cabe citar las siguientes:

1.^a La protección última de la integridad física de las personas. La inclusión de estos locales obedecería al riesgo que de tales acciones se deriva para las personas que puedan hallarse en el interior de los mismos.

2.^a La protección del derecho fundamental de la intimidad de las personas, en la medida en que ésta se vulnere mediante la entrada en algunos de dichos lugares o sus dependencias.

3.^a La protección del comercio. Respondería así la inclusión de estos lugares a la decisión del legislador de dispensar una especial protección a la actividad mercantil de los comerciantes que se desa-

rolla en determinados espacios físicos –los locales de tipo mercantil o comercial–. Esta justificación llevaría a excluir del ámbito del subtipo a los edificios públicos abiertos al público.

4.^a Meras razones de técnica legislativa: la creación en el nuevo Código de una figura que, aunando los bienes jurídicos propiedad e intimidad, evite el concurso delictivo entre delito de robo con fuerza y el delito de allanamiento de local contemplado en el nuevo artículo 203. La agravación punitiva encontraría su fundamento en la inclusión en el ámbito del artículo 241.1 de la conducta típica del artículo 203.

El acogimiento de una u otra línea de justificación llevaría a conclusiones distintas en el entendimiento del subtipo agravado. Pese a reconocer la dificultad e inseguridad de la cuestión, hemos de acoger el primero de los fundamentos señalados. A ello contribuyen las siguientes razones.

En primer lugar, existe un antecedente legislativo que abona dicha interpretación: el Proyecto del Código Penal de 1980 en su artículo 246.1 emplea, por vez primera, idéntica fórmula a la del actual artículo 241.1. Dicha agravación ha ido posteriormente recogiendo en los sucesivos Proyectos hasta plasmarse definitivamente en el presente Código. Pues bien, en la Memoria Explicativa del Proyecto de 1980 puede leerse lo siguiente: «los robos calificados son (...) el perpetrado en casa habitada o en edificio o local abierto al público, noción esta última que reemplaza a la de edificio público o destinado al culto, con lo que *se pone el acento en el riesgo de ataque para las personas...*».

La omisión de toda referencia en la Exposición de Motivos del NCP puede suplirse así mediante ese texto proyectado que, pese a no cuajar en derecho positivo, sirvió de inspiración a los siguientes proyectos y entre ellos el que ha venido a ser el vigente Código, textos que no han hecho más que transcribir la modificación del Proyecto de 1980.

De otra parte, el Tribunal Supremo, en la función de complementar el ordenamiento jurídico con la doctrina emanada de la interpretación y aplicación de las normas, ha resuelto en sentencia número 591/1997, de 16 de junio, que «el fundamento de la agravación prevista en el número 1.º del artículo 241 del Código Penal no puede ser otro que el riesgo que pueda derivarse para las personas que pueden encontrarse en su interior cuando se comete el robo». El criterio sostenido por la sentencia fue previamente sometido al Pleno de la Sala Segunda del Alto Tribunal y aprobado por unanimidad.

Por último, ninguno de los otros criterios antes señalados explica el hecho de que se incluyan en el subtipo agravado un conjunto dispar de lugares (casa habitada, edificio público, edificio comercial, o dependencias de todos los anteriores) y se exija, además, a excepción de la casa habitada, que se hallen por su propia naturaleza abiertos al público.

III. CONCEPTO DE EDIFICIO O LOCAL ABIERTOS AL PÚBLICO

Partiendo, por lo tanto, de dicha justificación, que habrá de servir de clave para la resolución de cuantas cuestiones suscite la agravación, podemos señalar que en el concepto de edificio o local abierto al público, ya sea de destino público o privado, han de darse las dos siguientes notas:

a) Existencia de una cierta infraestructura y acondicionamiento de un local que permitan el acceso físico de público a su interior.

Esta primera nota ha permitido en el delito de tráfico de drogas excluir de la agravación determinados supuestos tales como los kioscos callejeros. En relación con el tráfico de drogas, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1994 ha estimado que no cabe reputar establecimiento abierto al público un kiosco callejero de la ONCE al sostener que no tiene virtualidad, por insuficiente infraestructura, para permitir camuflar el tráfico ilícito, por lo que no concurre el fundamento de la agravación.

Cabe cuestionarse si tal solución es trasladable al delito de robo con fuerza en las cosas. El fundamento de la agravación –riesgo para las personas que se encuentren en el interior cuando el hecho se comete– reclama la aplicación de la agravante solamente en la medida en que exista una cierta infraestructura inmobiliaria que dé cobertura a la actividad allí desarrollada y permita el acceso de público al interior. El empleo del término «local abierto al público» hace referencia a espacios o lugares cerrados, tanto según la significación etimológica del término local, como el de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada con ocasión de la legislación arrendaticia que viene entendiendo por local el «...recinto comprendido dentro de las paredes y el techo que limitan ese espacio, tanto en sentido vertical como horizontal...» (sentencia de 27 de septiembre de 1985).

La agravante, pues, so pena de interpretar extensivamente el precepto, no podrá aplicarse a aquellos lugares en los que no exista la posibilidad de acceso de público al interior, en la medida en que no son, como gramaticalmente reclama el artículo 241, «local abierto al público». Se excluyen así los puestos de venta callejera, kioscos, taquillas de despacho de billetes, venta desde vehículos, etc... La agravación precisa de la existencia de un inmueble o local a cuyo interior pueda acceder público (oficinas públicas, bares, cafeterías, tiendas de artículos, hoteles, bancos, etc.).

Baste, por último, en este sentido, señalar que en la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo antes citada, de 16 de junio de 1997, se recuerda que «...se sustituyó el concepto de edificio público por el absolutamente injustificable “local abierto al público”, que se estimó omnicomprendivo y que supone una descripción amplísima que acoge desde los edificios públicos en sentido estricto hasta cualquier lugar que está a disposición de toda persona *que en él quiera entrar...*».

La posible entrada de público en el local o recinto protegido, y no la mera permanencia en la vía pública o en el exterior, se erige en nota esencial para la apreciación del subtipo. El peligro derivado del robo con fuerza en el primero de los supuestos es evidentemente mayor, lo que justifica dicho requisito.

De otra parte, los artículos 203 y 635 al referir el delito y la falta de allanamiento, respectivamente, al «domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público», contraponen los conceptos de establecimiento o local abiertos al público al resto de los lugares que mencionan. En caso de robo con fuerza en tales lugares, cuando en ellos no se den las notas que ahora examinamos, se deberán aplicar las normas concursales entre el tipo básico de robo con fuerza y las infracciones penales contempladas en los artículos 203 y 635.

b) En tales locales ha de poder acceder indiscriminadamente cualquier persona –sin perjuicio de la reserva del derecho de admisión y de la existencia de un horario de apertura.

La posible entrada de público al local debe ser entendida como acceso de carácter físico, debiendo erradicarse por ello del concepto de local abierto al público aquellas dependencias a las que el público no accede físicamente sino en forma figurada a través de la atención que reciben, generalmente las veinticuatro horas, mediante líneas telefónicas o servicios informáticos. En estos supuestos no se cubre el

requisito del posible acceso de público al local, no concurriendo la justificación del subtipo agravado.

IV. SOBRE EL PROBLEMA DE LA APRECIACIÓN O NO DE LA AGRAVANTE EN LOS ROBOS COMETIDOS DURANTE LAS HORAS DE CIERRE DE LOS ESTABLECIMIENTOS

Dos son las posibles soluciones a este problema y ambas cuentan con sólidos apoyos.

a) Criterio de la apertura administrativa.

La que se ha venido en denominar tesis de la apertura administrativa, que admite la apreciación del subtipo tanto cuando el robo se cometa en horas de apertura física del local al público cuanto durante el horario de cierre del mismo, cuenta con los siguientes argumentos.

En primer lugar, el artículo 241.1 no distingue entre horas de apertura o de cierre, lo que conlleva la imposibilidad de que se efectúe por el intérprete dicha distinción. Es más, la no distinción del artículo 241 se lleva a cabo intencionadamente por el legislador, no se trata de un olvido o de una mera falta de previsión del posible problema interpretativo generado por la ausencia de mención. Que esto es así se deduce del hecho de que en el allanamiento, en las modalidades de los artículos 203.1 y 635, se limita la conducta ilícita a su realización «fuera de las horas de apertura». Incluso en el debate parlamentario se rechazó la enmienda del Grupo Parlamentario Coalición Canaria en el Congreso de los Diputados que pretendía la supresión de la expresión «fuera de las horas de apertura». Por contra, en la modalidad de allanamiento del artículo 203.2 no se circunscribe a dicho momento la posible comisión del delito.

En segundo lugar, si bien como argumento de menor relevancia, se aduce que la propia dinámica de las cosas hace prácticamente impensables supuestos de robo con fuerza en locales durante las horas de apertura. La mayoría de tales robos se cometen en horarios de cierre.

b) Criterio de la apertura física.

Según esta línea de interpretación, el subtipo sólo entra en juego cuando el robo se cometa durante las horas de apertura física del local, no pudiendo apreciarse cuando se realice hallándose el local cerrado al público.

Es esta tesis por la que se ha decantado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la precitada sentencia de 16 de junio de 1997. Los argumentos de apoyo son los siguientes.

El motivo principal, proporcionado por la sentencia, estriba en que si el fundamento de la agravación radica en el riesgo que puede derivarse para las personas que pueden encontrarse en el interior del local cuando se comete el robo, dicho riesgo no existe durante las horas de cierre del mismo. No existiendo riesgo fuera de las horas de apertura, la agravación no puede extenderse más allá de esas horas. Carece de fundamento aplicar el subtipo en tales casos.

En la casa habitada se excepciona dicha solución en el artículo 241.2 que permite la apreciación del subtipo aunque accidentalmente se hallen ausentes los moradores cuando el robo tiene lugar. El riesgo de posible vuelta de tales moradores, al margen de la santidad del hogar, imponen la apreciación del subtipo. En los «edificios o locales abiertos al público», sólo cuando concorra dicho riesgo se apreciará la agravación. No existe tal riesgo durante las horas de cierre y sí durante las de apertura física haya o no personas en su interior, dada la posible entrada ulterior de las mismas.

La objeción antes expuesta de que son impensables supuestos de robo con fuerza en locales durante las horas de apertura no es tal si se repara, por un lado, en la extensión de la agravante a las dependencias a que se refiere el artículo 241.3 en las que cabe perfectamente pensar en la hipótesis de un robo con fuerza durante la apertura del local principal, y, por otro, en la cada vez más usual existencia dentro de determinados establecimientos (grandes superficies, joyerías, etc.) de barreras específicas de protección o sistemas de cierre individual o colectivo de determinados productos de alto valor.

El criterio de apertura física ha de ser acogido, en tanto resulta más respetuoso con el fundamento último de la agravación, con las siguientes matizaciones. Es claro que si el fundamento del subtipo no concurre no podrá apreciarse el mismo. Ahora bien, esto impone las siguientes soluciones: primero, se apreciará la agravante durante las horas de apertura del local haya o no personas en su interior; segundo, no será aplicable durante las horas de cierre si no existen personas efectivamente en el interior o de existir se desconocía tal extremo por el sujeto activo del robo; y, por último, consecuentemente se dará la agravación, por concurrir su fundamento, si durante las horas de cierre se lleva a cabo el robo conociendo el sujeto activo la existencia de personas en su interior (v. gr.: el local se cierra a terceros pero permanecen aún clientes o trabajadores dentro).

La solución que se acoge se ve posibilitada en tanto que el artículo 241.1 no limita la aplicación del subtipo a ningún horario determinado, a diferencia de lo que sucede en las modalidades de los artículos 203.1 y 635 que restringen la conducta ilícita a su realización «fuera de las horas de apertura». Por ello, la no aplicación de la agravación en el robo durante las horas de cierre se preconiza en tanto no concorra el fundamento de la agravación, no por ausencia de algún elemento del tipo. Por ello, si durante las horas de cierre se diera el fundamento de subtipo, éste habría de ser aplicado siempre que la culpabilidad del agente lo abarque.

CONCLUSIONES

Primera.—El fundamento de la inclusión en el subtipo agravado del artículo 241.1 del Código Penal, junto a las casas habitadas, de los «edificios o locales abiertos al público» estriba en el riesgo derivado del robo para las personas que puedan encontrarse presentes en el interior del local.

Segunda.—Por edificio o local abierto al público se entienden aquellos lugares con una infraestructura tal que permita el acceso físico de público a su interior y que, destinados a fines públicos o particulares, tengan abierto su acceso indiscriminadamente a cualquier persona —sin perjuicio de la reserva de derecho de admisión y de la existencia de un horario de apertura.

Tercera.—El subtipo agravado sólo se apreciará en tanto concorra el fundamento de la agravación, por tanto, siempre durante las horas de apertura al público, y también cuando, pese a tratarse de horas de cierre, el sujeto activo del robo tuviera conocimiento a la realización del hecho de la existencia de personas en el interior del local.

Instrucciones

INSTRUCCIÓN NÚMERO 1/1997, DE 6 DE OCTUBRE, ACERCA DE ALGUNOS ASPECTOS RELATIVOS A LA PRESENCIA DE LA REPRESENTACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS RECURSOS DE APELACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL JURADO

El sistema de recursos creado por la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, supuso la introducción de los artículos 846 bis a) a 846 bis f), de la LECr. Tal cuadro normativo, que incluía la novedosa coexistencia de los recursos de apelación y casación frente a las sentencias dictadas en el ámbito de la Audiencia Provincial y en primera instancia por el Magistrado Presidente, ha sido objeto de análisis crítico por la dogmática y por la propia praxis de los Tribunales que se han enfrentado a la experiencia aplicativa del citado texto legal. Sin embargo, al margen del grado de aceptación o censura que merezca el régimen de impugnación ideado, lo cierto es que su vigencia ha generado algunos problemas de índole puramente funcional y que pueden llegar a afectar, en cierta medida, a la operatividad misma del Ministerio Fiscal.

En efecto, la práctica ha puesto de manifiesto que, en no pocos casos, cuando cualquiera de las partes o el Ministerio Fiscal entablan el recurso de apelación autorizado por el artículo 846 bis a), párrafo primero, a resolver por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma, el representante del Fiscal que ha ejercido la acción pública ante el Tribunal del Jurado, solicita autorización para la llevanza personal de la vista de la apelación ante el citado Tribunal Superior de Justicia. Dicha solicitud refleja un elogiable interés por parte del Fiscal que, desde la incoación del proceso penal, ha estado en contacto con las fuentes de la investigación y en consecuencia, conoce de primera mano los datos que singularizan el hecho justiciable. De ahí que, en aquellos casos en que el lugar en el que se celebrara el juicio en primera instancia fuera el mismo que la sede del Tribunal Superior de Justicia, la conveniencia de que los Fiscales-Jefes acomoden la distribución de asuntos de forma que se produzca la deseada coincidencia entre el funcionario del Ministerio Fiscal que conoció del juicio ante el Tribunal del Jurado y aquél que haya de hacer valer la tesis del Fiscal en la apelación, resulta incuestionable.

El problema surge cuando no existe esa identidad entre ambas sedes procesales. En tales supuestos, las solicitudes por parte del Fiscal conecedor del caso a fin de que sea autorizada su presencia en la vista de la apelación, están generando algunas disfunciones. La existencia de una cobertura legal para que tal instancia sea atendida, es innegable a la vista de lo prevenido en el artículo 26 del Estatuto Orgánico de 1981. Sin embargo, el óptimo funcionamiento del Ministerio Fiscal sugiere que las fórmulas estatutarias excepcionales –y el artículo 26 presenta todas las evidencias de serlo– sean aplicadas a supuestos también excepcionales. El buen gobierno de la institución no parece compatible con una –cada vez más numerosa– presencia itinerante de miembros del Ministerio Fiscal en un seguimiento procesal que –no se olvide– puede acabar ante el Tribunal Supremo, si se hace valer el recurso de casación que habilitan los artículos 847 y 848 de la LECr. Resulta evidente, en definitiva, que el principio de unidad orgánica que informa la actuación del Ministerio Fiscal se refuerza, si cabe, con la presencia ante el Tribunal Superior de Justicia de Fiscales adscritos funcionalmente a tal órgano jurisdiccional, con independencia de quien hubiera representado al Ministerio Fiscal en la primera instancia.

En consecuencia, en el ámbito de sus respectivas competencias, los Fiscales Jefes acomodarán sus decisiones y darán curso a las distintas solicitudes que pudieran producirse, conforme a un criterio restrictivo, con arreglo al cual, se evitará el desplazamiento de aquellos Fiscales que hubieran conocido el procedimiento por Jurado en la primera instancia hasta la sede del Tribunal Superior de Justicia que haya de conocer de la apelación. Ello no es obstáculo, claro es, para que en aquellos supuestos de especial complejidad o en los que la singular naturaleza del objeto del proceso así lo impongan, se acuerde lo necesario para activar la fórmula estatutaria que permite el excepcional traslado del representante del Fiscal. A tal efecto, la solicitud habrá de ir acompañada de cuantos antecedentes e informes avalen la especialidad del caso que motiva aquella medida.

BIBLIOGRAFÍA

KURT SCHMOLLER (HRSG.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Springer-Verlag Wien-New York, 1996, 840 pgs.

Con motivo del 65 cumpleaños del Doctor Otto Triffterer –Catedrático de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Salzburgo (Austria), así como Decano de la Facultad de Derecho de la mencionada Universidad– numerosos amigos y colegas austríacos, alemanes, y de otros muchos países han aportado sus contribuciones recopiladas en el homenaje que se recensiona. El libro ofrece una visión extremadamente valiosa de la situación actual de la ciencia penal, así como de las perspectivas de la moderna política criminal. Aborda problemas nucleares tanto de la Parte General como de la Parte Especial del Derecho Penal, expone las últimas tendencias de la política criminal, y profundiza en cuestiones centrales de la criminología (y sus relaciones con la teología), el Derecho Penitenciario, el Derecho Procesal Penal y la psiquiatría.

A modo de prólogo, el maestro del homenajeado, el Profesor *Hans-Heinrich Jescheck*, relata la trayectoria académica de su discípulo desde los años de estudiante en la Universidad de Friburgo (Alemania). Desde su época como referente para el Derecho Penal inglés y americano en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal extranjero e internacional, hasta su 65 aniversario como Catedrático y Decano de la Universidad de Salzburgo, el Profesor Triffterer ha ocupado diversos cargos académicos, primero como asistente en la Universidad de Friburgo, y luego como Catedrático de Derecho Penal, Procesal Penal y Derecho Penal internacional en diversas universidades tanto alemanas como austríacas. Su discípulo y editor de esta obra, el también Catedrático de la Universidad de Salzburgo Doctor *Kurt Schmoller*, dedica unas páginas para felicitar a su maestro homenajeado. Destaca especialmente su humanidad, que se manifiesta no sólo en sus trabajos científicos, sino también en la vida diaria.

Entre los amigos del homenajeado se encuentra el Profesor *Antonio Beristain*, quien inicia la obra con una contribución (enmarcada en el capítulo relativo a la ciencia penal y a la teología) referida a dos ciencias, la criminología y la teología, que necesitan de una apertura crítica recíproca. La tesis central del autor acentúa que la criminología, como ciencia multi e interdisciplinar, ha de ser una ciencia abierta al resto de las disciplinas y, por tanto, también a una nueva dimensión de valores «teológicos» (tales como el respeto, la tolerancia, etc...). En este sentido, considera de gran utilidad la intensificación del diálogo mutuo entre ambas disciplinas.

En el marco de un homenaje al Profesor Otto Triffterer no podía faltar un apartado dedicado a la dogmática penal, uno de los aspectos que más ha ocupado su atención. Abordan los distintos autores problemas específicos tanto de la Parte General como de la Parte Especial del Derecho penal. En cuanto a la Parte General se estudian cuestiones relativas a la estructura temporal del juicio de imputación, a la causalidad y a la imputación objetiva, a las categorías de la antijuridicidad y de la culpabilidad, a las formas de imperfecta ejecución, así como a la autoría y a la participación. El Profesor *Justus Krümpelmann* destaca la distinción existente en la ciencia penal para el juicio de un suceso entre consideraciones *ex ante* y consideraciones *ex post* y la importancia que tiene el juicio de pronóstico (que no es un juicio de imputación, sino que lo prepara) para la determinación de la evolución de los hechos. En el ámbito de la causalidad es de destacar la contribución del Profesor *Kurt Schmoller*, quien estudia aquellos casos en los que un comportamiento sólo es subsumible en un tipo penal cuando tiene lugar con posterioridad el comportamiento erróneo de un tercero. El problema en concreto radica en determinar si el resultado punible es imputable al primer interviniente. Para reflejar mejor la problemática analiza tres concretos supuestos, ofreciendo criterios para la resolución de los mismos. Algunas contribuciones se centran en la categoría de la antijuridicidad y su exclusión. Así, el Profesor *Karl Heinz Gössel* discute uno de los puntos más conflictivos de la dogmática jurídico-penal: el tratamiento del error sobre el tipo permisivo, o error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. Por su parte, el Profesor *Kristian Köhl* analiza ampliamente la discusión existente en la segunda mitad del siglo XIX sobre la legítima defensa tanto en Alemania como en Austria. El doctor *Einhart Steininger* estudia el concepto de imprudencia en los casos de exceso en la legítima defensa en el marco del Código Penal austríaco. Entre las contribuciones relativas a la categoría dogmática de la culpabilidad cabe incluir la del Profesor *Reinhard Moos*, que

centra su estudio en el concepto de culpabilidad en el Código Penal austríaco. Partiendo del reconocimiento que hace dicho texto legal del principio «no hay pena sin culpabilidad» –la culpabilidad aparece en el Código Penal como fundamento y como medida de la pena–, desarrolla especialmente las diferentes interpretaciones doctrinales del Código Penal austríaco en función de los autores más destacados. También aquí se puede incluir el estudio del Profesor *Wolfgang Schild*, quien aborda la figura de la «*actio libera in causa*» (alic) a la que califica, en paralelo con la teoría de la participación y siguiendo al Profesor Nowakowski, como autoría mediata mediante la que el autor se utiliza a sí mismo como instrumento. En tales casos, dice, es imputable al autor la acción del instrumento, que es él mismo. El Profesor *Walter Gropp* analiza la punibilidad de los soldados de la antigua DDR que vigilaban el muro de Berlín, frontera entre las dos alemanias, por razón de los disparos –algunos mortales– realizados contra ciudadanos que cruzaban de un país al otro, con base tanto en el Derecho de la antigua RDA como con el de la RFA, concluyendo que, de acuerdo con los presupuestos e intereses del Estado de Derecho, tales conductas deben ser consideradas impunes.

En cuanto a las formas de imperfecta ejecución, el Profesor *Helmut Fuchs* aborda, desde el punto de vista del derecho austríaco, una discusión que tiene reflejo en la doctrina alemana, en la austríaca y también en la española. Analiza el problema que divide a la doctrina de si la tentativa de un delito requiere en el autor el dolo del delito consumado o si por el contrario, se ha de diferenciar entre el dolo y la resolución o voluntad de realización de actos ejecutivos. En cuanto a las cuestiones relativas a la autoría y a la participación, el *Doctor Wilhelm Friedrich* se centra en una de las peculiaridades más importantes del ordenamiento penal austríaco: el problema del concepto unitario de autor en relación con la admisibilidad o no de la accesoriedad en la participación. Por su parte, el Profesor polaco *Andrzej Zoll* explica las particularidades del sistema de la participación punible en los delitos especiales en el Código Penal polaco vigente. El sistema de la participación en Derecho Penal polaco goza de una serie de especificidades propias tanto del concepto unitario de autor como de la teoría de la participación, planteando diversas dificultades interpretativas en lo relativo a su aplicación a los delitos especiales.

También se abordan determinadas cuestiones de la Parte Especial del Derecho Penal, fundamentalmente relativas al Derecho Penal económico y al Derecho Penal del medio ambiente. Al margen de ambos sectores el Profesor *Urs Kindhäuser* estudia el problema que plantea aplicar las normas de la Parte General del Código Penal alemán al

§ 243 (referido a los casos graves de robo). La contribución de la doctora *Maria Eder-Rieder* se centra en el análisis de las lesiones de bagatela en el marco de los delitos de lesiones corporales en el Derecho austríaco y en el comentario y crítica de las reformas más recientes que permiten al fiscal la renuncia puntual a la persecución penal sólo para los casos de lesiones corporales leves por imprudencia.

En el ámbito del Derecho Penal económico, el estudio del Profesor *Peter Cramer* se refiere a la punibilidad de la utilización y divulgación de información privilegiada según el Derecho alemán, fundamentalmente con base en las prescripciones de carácter penal que introduce la 2.^a Ley de Fomento del Mercado Financiero, que entró en vigor en enero de 1995, en aplicación de la normativa de la Comunidad Europea. La contribución del Profesor *Klaus Lüderssen* se refiere extensamente a la posibilidad de exigir responsabilidades penales a los notarios por el incumplimiento de sus obligaciones, pues en ocasiones pueden dar lugar a la realización de algunos delitos del Código Penal alemán. Un tema de eminente actualidad es abordado por el Profesor *Winfried Platzgummer* y por el Doctor *Wolfgang*, la corrupción de extranjeros. Se trata de una cuestión de gran interés, pues las empresas nacionales, para poder competir en el extranjero, pueden tener que recurrir a prácticas de este tipo. Los autores estudian las posibilidades de sancionar tales comportamientos en virtud del Código Penal austríaco, comentando los problemas que surgen respecto de la ley penal austríaca en el espacio, pues los hechos que se analizan tienen siempre una relación con el extranjero. El Doctor *Eckart Rainer* analiza los delitos contra los bienes artísticos y culturales, consistentes habitualmente en robos, daños, destrucción e incluso en la receptación de los mismos, y propone diversas medidas para luchar contra este tipo de criminalidad dotada de un alto grado de especialización. El Doctor *Herbert Steininger* estudia desde la perspectiva del Derecho Penal austríaco el delito de quiebra imprudente y las relaciones que surgen con la reciente ley sobre el concurso de acreedores que entró en vigor en enero de 1995.

Uno de los problemas más trabajados por el homenajeadado, y respecto del cual se puede decir que es un auténtico especialista, es el Derecho Penal del medio ambiente. El Derecho del medio ambiente tiene un carácter eminentemente internacional que es puesto de manifiesto por el Profesor *Frank Höpfel*—este carácter se deriva no sólo de los elementos que conforman el medio ambiente, sino también del propio medio ambiente como bien jurídico susceptible de protección penal, pues éste no conoce fronteras—, quien aborda algunas cuestiones problemáticas en este ámbito como las sanciones más adecuadas

—penales o administrativas— o la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El carácter internacional del medio ambiente y de las conductas contrarias al mismo se manifiesta también en un fenómeno estudiado por una persona muy cualificada en este ámbito, el Profesor *Günter Heine*. Su estudio se centra en la criminalidad del medio ambiente que traspasa las fronteras nacionales de los Estados, en concreto, el tratamiento penal de la contaminación por residuos que van a parar a otros países que es lo que en alemán se denomina «*Abfalltourismus*». El Profesor *Bernd Schönemann* destaca la necesidad de que el Derecho Penal asegure la conservación de los fundamentos de la vida, sin cuya presencia no existiría la vida humana en sociedad. Su contribución se centra principalmente en el estudio de las cuestiones fundamentales del Derecho Penal del medio ambiente, entre las que destaca el problema de si se puede considerar la lesión de bienes jurídicos ecológicos como injusto merecedor de pena, el problema de la accesoriadad administrativa en el marco del Derecho del medio ambiente, así como la estructura de los delitos en el Derecho Penal del medio ambiente. El Doctor *Herbert Wegscheider* se ocupa de la evolución histórica del Derecho Penal del medio ambiente en Austria.

En la obra que se comenta se abordan también temas relativos a la Criminología, a la política criminal, a la penología y al Derecho penitenciario. Entre las contribuciones de carácter criminológico se puede incluir la del Profesor *Axel Montenbruck*, que pone en relación el tiempo con el marco de las penas fijadas en el Código Penal. Estudia el concepto de tiempo desde el punto de vista histórico, filosófico, sociológico (tiempo social), psicológico y biológico. Finalmente relaciona los diversos períodos de la vida con las fases de la pena privativa de libertad, extrayendo conclusiones respecto de su tiempo de duración (15 años como máximo) con base en los datos extraídos previamente desde las diversas perspectivas. También cabe incluir aquí la contribución del Profesor *Josef Kürzinger*, centrada en el importante papel desempeñado por Johann Christian Gottlieb Schaumann en el comienzo de la psicología criminal en Alemania. Es uno de los primeros que realizó un sistema científicamente argumentado y aceptable de tal ciencia en Alemania, y de ahí su interés.

En el marco de la política criminal el Profesor *Gunther Arzt* aborda el proceso de americanización de la justicia, y la influencia que tal proceso tiene en los principios inspiradores del Derecho Procesal penal y también del Derecho Penal material. El Profesor *Christian Bertel* estudia la conciliación extrajudicial desde una perspectiva político-criminal. Si bien la normativa de menores en Austria prevé la posibilidad de que el fiscal retire la demanda en caso de que el autor

se haya disculpado ante la víctima y haya reparado total o parcialmente los daños, la cuestión reside en si tal posibilidad puede ser aplicable al Derecho Penal de adultos. Opina, entre otras cosas, que la conciliación entre delincuente y víctima en el marco del Derecho Penal de adultos ha de excluir el proceso penal sólo en casos menos graves, fundamentalmente para delitos que atentan contra bienes jurídicos individuales y que están sancionados con pena de multa o con privación de libertad no superior a un año. En la discusión político-criminal habida desde finales del siglo pasado uno de los problemas más debatidos ha sido el relativo a las penas cortas privativas de libertad, el cual centra el estudio del Profesor *Günter Kohlmann*. Plantea este autor la posibilidad de proceder a la ejecución de las penas cortas privativas de libertad, sobre todo en la lucha contra la criminalidad pequeña y mediana. Se pregunta si no sería necesario, en determinados casos excepcionales, imponer y también ejecutar las penas cortas privativas de libertad, aunque es consciente de las consecuencias negativas derivadas de la ejecución de tales penas, sobre todo si lo que se pretende es su orientación hacia el objetivo resocializador. El Profesor *Thomas Weigend* destaca la tendencia actual a la ampliación del Derecho Penal y al mismo tiempo el dominio de las dificultades de prueba. Estudia el autor la evolución que en las últimas décadas ha tenido el efecto recíproco entre los problemas de prueba y las modificaciones del Derecho Penal material en Alemania. En su opinión se ha de reaccionar contra la tendencia a la ampliación del Derecho Penal mediante el reconocimiento de sus peculiaridades, y se debe ser estricto en los límites formales del Derecho Penal tales como el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad y el principio *in dubio pro reo* entre otros. El Profesor *Heinz Müller-Dietz* se pregunta si existen progresos en la ciencia penal, y para responder expone las dos tendencias existentes en la doctrina, una que rechaza la expansión del Derecho Penal, su distorsión y ampliación, y otra que califica la sociedad actual como una «sociedad de riesgo», y aboga por una ampliación eficaz del Derecho Penal como medio de «aseguramiento futuro». En su opinión, la respuesta a la pregunta de qué se ha de entender por progreso en el ámbito del Derecho Penal ha de proceder del recurso a los derechos humanos, los cuales pertenecen tanto a las víctimas como a los autores. La Profesora polaca *Eleonora Zielińska* hace un recorrido por las reformas más importantes llevadas a cabo tanto en la Parte General como en la Parte Especial del Derecho Penal polaco desde el proceso democrático de reforma.

En el ámbito de las sanciones el Profesor *Kazimier Buchala* analiza el principio «no hay pena sin culpabilidad» en su doble vertiente, como fundamento y como límite de la pena, en el Código Penal polaco. Si bien el texto vigente de 1932 no regula expresamente tal principio, a diferencia de los Códigos austríaco y suizo, el proyecto de Código Penal polaco de 1993 recoge en su artículo 1 § 3 la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad criminal, y en el artículo 52 la culpabilidad como límite de la pena. El Profesor *Jürgen Meyer* destaca la necesidad de reforma del sistema de sanciones en el Derecho Penal atendiendo especialmente a la conciliación delincuente-víctima, codificada expresamente en Derecho Penal juvenil alemán donde es ampliamente aplicada.

En cuanto al Derecho Penitenciario, el Profesor *Udo Jesionek* estudia las diversas medidas introducidas en Austria por la reforma del Derecho Penitenciario de 1993. Tales medidas producen efectos compensatorios respecto de las consecuencias negativas que se derivan de la vida en prisión e inciden en las posibilidades de resocialización, fundamentalmente las introducidas en el ámbito del trabajo en las prisiones, como por ejemplo la remuneración del trabajo y la posibilidad de que los trabajadores presos reciban las prestaciones por desempleo.

El libro contiene también un apartado dedicado al Derecho Penal internacional, tema ampliamente estudiado por el homenajead (no se ha de olvidar su Tesis doctoral relativa al estudio dogmático de la evolución del Derecho Penal Internacional material desde Nuremberg). Los mayores especialistas presentan sus trabajos sobre los temas más relevantes en esta materia. Entre ellos se encuentra una auténtica autoridad, el Profesor *M. Cherif Bassiouni*, quien realiza algunas reflexiones sobre la extradición desde el punto de vista del Derecho Penal internacional. El Profesor *Albin Eser* se centra en lo que en lengua inglesa se denominan «defences», entendidas como los medios de defensa, tanto procesales como de Derecho Penal material, que se pueden oponer en los casos de crímenes de guerra. Entre ellas destaca extensamente el obrar en virtud de obediencia debida, el estado de necesidad, la legítima defensa, la colisión de deberes, el consentimiento de la víctima, el error, la alegación de las necesidades de guerra, la inmunidad de los jefes de Estado, etc... El Profesor *Günther Kaiser* realiza un análisis de la función que desempeña el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura en relación con la prevención del abuso de poder, destaca los fines más relevantes de este comité y describe algunas experiencias prácticas del mismo, acentúa la importancia de algunos derechos de los detenidos para prevenir

actos de tortura y expone los posibles abusos que llevan a cabo los funcionarios de prisiones y el especial peligro que plantean algunos colectivos de detenidos, especialmente extranjeros, menores y mujeres. La asistencia judicial internacional en materia penal plantea ciertos problemas en el ámbito del Derecho austríaco que son expuestos y analizados en profundidad por el Profesor *Manfred Burgstaller*. El Profesor *Theo Vogler* pone de relieve la laguna existente en el sistema de protección creado a partir de la ley sobre asistencia judicial internacional en materia penal en Alemania, con motivo de un caso práctico planteado entre la justicia austríaca y la alemana.

En el capítulo dedicado al Derecho Penal y a la Psiquiatría, el Profesor *Gerhart Harrer* y su asistente *Christel Frank* estudian los problemas de las enfermedades neurológicas y su significado forense. Exponen determinados conocimientos médicos respecto de las enfermedades neurológicas, y finalmente abordan el significado que puede tener la génesis neurológica para el juicio médico de la capacidad de culpabilidad. La responsabilidad de los delincuentes mentalmente anormales es el tema de la contribución del Profesor *Bernhard Mittrauer*, quien sobre la base de datos empíricos fruto de su investigación elabora una serie de criterios generales de diagnóstico de la anomalía psíquica o mental grave.

También el Derecho Procesal penal tiene cabida en esta obra con las contribuciones de destacados autores. Las posibilidades de acceso de la víctima al proceso penal en Alemania a partir de la ley de protección a la víctima de 1986 es el tema de la contribución del Profesor *Rudolph Leibinger*, quien explica los problemas interpretativos que tal normativa plantea. El Doctor *Roland Miklau* aborda, frente al tradicional estudio de las facultades del juez durante la fase de instrucción en el proceso penal con la finalidad de otorgar garantías legales, el nuevo papel que desempeña el fiscal durante esta fase en Austria. También el proceso ante la jurisdicción de menores tiene cabida en este apartado, donde el Profesor *Klaus Schwaighofer* estudia los medios jurídicos de que dispone el representante legal del menor según la normativa austríaca, quien es parte en el proceso de menores y dispone de todos los medios jurídicos que le corresponden al inculgado, y además tiene derecho a conocer el comienzo del juicio oral así como todas las decisiones jurídicas que se tomen en relación con el joven inculgado.

La presente obra supone un importante paso adelante en la ciencia del Derecho Penal. En opinión del Profesor Schmöller, al hilo de la pregunta planteada por un autor sobre si hay progreso en Derecho Penal, el libro constituye un hito en el avance de la ciencia penal. En

efecto, la evolución de la ciencia penal es patente en trabajos como este, donde los autores presentan serias e innovadoras contribuciones que impulsan a esta ciencia hacia nuevas dimensiones. Por eso, es una obra plenamente recomendable no sólo a penalistas, sino también a todas aquellas personas que se interesan y desarrollan su labor en conexión con la ciencia penal.

Isidoro Blanco Cordero
Master en Criminología
Becario de Investigación del Gobierno Vasco
en el *Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht
und Kriminologie* de la Universidad de Salz-
burgo (Austria).

ÍNDICE

Págs.

SECCIÓN DOCTRINAL

| | |
|---|-----|
| <i>La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig | 5 |
| <i>Derechos Humanos y respuestas a la delincuencia (reflexiones desde una ética de valores máximos)</i> , por Antonio Beristain | 113 |
| <i>Criminología crítica: Abolicionismo y garantismo</i> , por Elena Larrauri | 133 |
| <i>La reincidencia en el Código Penal de 1995</i> , por Rosario de Vicente Martínez ... | 169 |
| <i>Las revoluciones científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal</i> , por Esteban Juan Pérez Alonso | 185 |
| <i>El delito de piratería</i> , por Alicia Rodríguez Núñez | 211 |
| <i>Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales</i> , por Isidoro Blanco Cordero | 263 |
| <i>La regulación de la eutanasia en Holanda</i> , por Carmen Tomás y Valiente | 293 |
| <i>Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal Español de 1995</i> , por Eduardo Demetrio Crespo | 323 |
| <i>Algunas consideraciones acerca de los fundamentos teóricos del sistema de la teoría del delito de Jakobs</i> , por Beatriz de la Gándara Vallejo | 363 |
| <i>La comisión por omisión como problema dogmático</i> , por Ángeles Cuadrado Ruiz .. | 387 |
| <i>La respuesta estatal a la obligación internacional de prevención de la toma de rehenes en el ordenamiento interno: una aproximación a la posible tipificación española del delito</i> , por Montserrat Abad Castelos | 457 |
| <i>Una explicación dual del castigo. Comentario crítico de la propuesta de Von Hirsch y Hörnle</i> , por María Martín Lorenzo | 533 |

CRÓNICAS EXTRANJERAS

| | |
|---|-----|
| <i>Sistema penal y transición a la democracia en México: bases para su análisis y tendencias</i> , por Alejandro González Gómez | 561 |
| <i>Investigación y enjuiciamiento de los «delitos de cuello blanco» en el sistema judicial norteamericano</i> , por María Ángeles Gutiérrez Zarza | 579 |

SECCIÓN LEGISLATIVA

| | |
|--|-----|
| <i>Disposiciones</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro | 655 |
|--|-----|

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

| | |
|---|-----|
| <i>Conducción de vehículos con consciente desprecio por la vida de los demás y tentativa de homicidio</i> , por Ramon Ragués y Vallès | 787 |
|---|-----|

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

815

BIBLIOGRAFÍA

911

