

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLIX, FASCÍCULO II

MAYO-AGOSTO, MCMXCVI



BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO
MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA

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 Y DISTRIBUCIÓN

Librería del Boletín Oficial del Estado.

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 91 538 21 11

Fax: 91 538 21 21

SUSCRIPCIONES

Boletín Oficial del Estado

Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

Tel.: 91 384 17 15

Fax: 91 384 17 14

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO XLIX, FASCÍCULO II
MAYO-AGOSTO, MCMXCVI

MINISTERIO DE JUSTICIA
Centro de Publicaciones



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

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

NIPO (BOE): 007-99-017-0
NIPO (M. de Justicia): 051-99-003-1
ISSN: 0210-3001
Depósito legal: M-126/1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid. 1998

SECCIÓN DOCTRINAL

El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995 *

AGUSTÍN JORGE BARREIRO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.—II. Sistema de penas: las penas privativas de libertad; las penas privativas de otros derechos, y la multa.—III. Sistema de medidas de seguridad.—IV. Las consecuencias accesorias.—V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de sanciones de un Código Penal viene a ser una de las partes fundamentales de todo texto punitivo básico, y es donde se advierte con mayor claridad las tendencias de Política Criminal de la reforma penal. El sistema de sanciones del Código Penal español de 1995 (LO de 23 de noviembre de 1995; BOE núm. 281, de 24 de noviembre), que ha entrado en vigor a partir del 25 de mayo de 1996, constituye una de las partes más novedosas del NCP (nuevo Código Penal de 1995) en cuanto supone una importante innovación del sistema de sanciones del CPA (Código Penal anterior, texto refundido, de 17 de septiembre de 1973). La Exposición de Motivos del NCP destaca, en primer lugar, dentro de los cambios que se introducen para adaptar el NCP a los valores constitucionales, «la reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que

* Este trabajo se corresponde con el contenido del manuscrito remitido para formar parte del libro homenaje al Prof. Dr. h.c. mult. KLAUS TIEDEMANN, con motivo de su nombramiento como Doctor *honoris causa* por la Universidad Jaume I.

la Constitución le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y, de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad». Hasta aquí la exigua e incompleta declaración de la Exposición de Motivos del NCP sobre el nuevo sistema de sanciones. En efecto, el sistema de sanciones que nos ofrece el NCP es de mucha mayor trascendencia y amplitud, pudiendo resumirse sus notas más novedosas en las características siguientes: 1.^a La simplificación de las penas, especialmente de las penas privativas de libertad, limitándose éstas (art. 35) a la prisión unitaria (de seis meses a veinte años, salvo las excepciones previstas en el CP); el arresto de fin de semana (de uno a veinticuatro fines de semana), y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (arresto sustitutorio). Además, cabe destacar la significativa simplificación de las operaciones de medición de la pena, desapareciendo las viejas escalas graduales de penas (art. 73 del CPA) y optando el NCP por una razonable división interna de la pena en dos mitades (una superior y otra inferior. Cfr. art. 70 del NCP). 2.^a La supresión de las penas privativas de libertad de corta duración (inferiores a seis meses) de cumplimiento continuado, colmándose este vacío mediante el arresto de fin de semana o la multa, y con los trabajos en beneficio de la comunidad como substitutivos de las penas últimamente mencionadas (arts. 88 y 53); 3.^a La posibilidad recogida en el NCP de sustituir, como regla general, las penas de prisión de hasta un año de duración, y excepcionalmente las de prisión que no excedan de dos años, por arresto de fin de semana o multa, pudiendo sustituirse el arresto de fin de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88). El arresto sustitutorio (por impago de multa) podrá cumplirse, en el caso de multa temporal, en régimen de arresto de fin de semana o mediante trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53.1), y en los supuestos de multa proporcional, el arresto sustitutorio podrá cumplirse mediante trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53.2). Por último, el artículo 89 del NCP contempla la posibilidad de que las penas privativas de libertad inferiores a seis años, impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, puedan ser substituidas por su expulsión del territorio nacional. 4.^a La posibilidad de ampliar la condena condicional a todas las penas privativas de libertad –también a los arrestos de fin de semana y a los arrestos sustitutorios– de hasta dos años (art. 80), e incluso es aplicable a las penas privativas de libertad de hasta tres años (art. 87), mientras que en el CPA (art. 93) la condena condicional se aplicaba a las penas privativas de libertad cuya duración no excediera de un año y, excepcionalmente, a los reos condenados a penas de hasta dos años de duración. 5.^a Se aproxima el valor efectivo de la pena (su tiempo de cumplimiento) a su valor nominal (a la extensión impuesta en la senten-

cia condenatoria), al haberse suprimido la redención de penas por el trabajo (art. 100 del CPA), que producía de un modo casi automático, y al margen de consideraciones de prevención especial y general, la reducción de la condena impuesta en un tercio o más en la práctica totalidad de las más importantes penas privativas de libertad. Se mantiene, en el NCP, la institución de la libertad condicional (art. 90), que permite reducir el cumplimiento de la pena privativa de libertad a una cuarta parte. En la nueva regulación de la libertad condicional puede destacarse como novedades más significativas las siguientes: *a)* Mejoras técnicas como la mayor precisión del requisito 1.º (art. 90.1 del NCP) de que el reo se encuentre «en el tercer grado de tratamiento penitenciario», en lugar de la fórmula del artículo 98.1.ª del CPA (de que el reo se encuentre «en el último período de la condena»). *b)* El artículo 91 del NCP, al permitir alcanzar la libertad condicional tras la extinción de sólo dos tercios de la condena cuando los reos «merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales», viene a hacer posible, de algún modo, la reaparición de la derogada redención de penas por el trabajo (cfr. el artículo 205 del nuevo Reglamento Penitenciario, RD de 9 de febrero de 1996). *c)* El artículo 92 del NCP legaliza la vieja previsión reglamentaria sobre la libertad condicional de los septuagenarios y de los enfermos incurables o terminales, para quienes no se exige el requisito temporal de tener cumplidas las tres cuartas partes o las dos terceras partes de la condena para obtener la concesión de la libertad condicional (cfr. el art. 60 del viejo Rto. Penitenciario, RD de 8 de mayo de 1981, y el art. 196 del nuevo Rto. Penitenciario). 6.ª Se consagra en la regulación de la multa, y con carácter general, el sistema escandinavo de días-multa (art. 50.2), que permite una determinación individualizada de la multa a la situación económica del reo. Sin embargo, se mantiene también la multa proporcional (art. 52). 7.ª Se simplifican las penas privativas de derechos (art. 39), clarificándose su contenido (inhabilitaciones y suspensiones de empleo o cargo público). Se incorpora, como importante novedad del NCP, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49). 8.ª Se inserta en el NCP un sistema de medidas de seguridad (arts. 95 ss.), abandonando la tradicional técnica legislativa española en esta materia, con la excepción del CP de 1928, de regular fundamentalmente las medidas de seguridad mediante leyes especiales (LVM de 1933 y LPRS de 1970). La disposición derogatoria única, 1.c) del NCP deroga la LPRS de 4 de agosto de 1970, con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias, desapareciendo las criticables medidas de seguridad predelictivas y su fundamento indeterminado de la peligrosidad social. El nuevo sistema de medidas de seguridad se caracteriza porque su regulación se somete a las mismas garantías penales previstas para las penas (arts. 1-3); las medidas de seguridad tienen su fundamento en la peligrosidad criminal del sujeto, manifestada en la comisión de un hecho previsto como delito

(art. 6.1); se someten las medidas de seguridad al principio de proporcionalidad (art. 6.2); se contempla el sistema vicarial o de sustitución para resolver el problema relativo a la concurrencia entre penas y medidas de seguridad privativas de libertad (art. 99). 9.^a Se dedica un título (el VI, del libro I del NCP) a las consecuencias accesorias, donde se recogen como tales el comiso de los efectos e instrumentos y ganancias provenientes del delito (arts. 127 y 128), y una serie de medidas (como la clausura, disolución, suspensión... de sociedades, empresas, asociaciones o fundaciones) aplicables a personas jurídicas (art. 129). 10.^a Por último, no conviene olvidar que el objetivo fundamental del nuevo sistema de sanciones del CP español de 1995 es el de su adaptación a la Constitución democrática de 1978, que se concreta –entre otras manifestaciones– en la supresión de las penas cortas privativas de libertad; el establecimiento de substitutivos penales a las penas de prisión de corta duración; la exigencia de que las medidas de seguridad han de ser post-delictivas, desterrando las predelictivas (1). Sin embargo, como veremos en el análisis de la regulación de las instituciones que integran el nuevo sistema de sanciones del CP de 1995, el legislador español no ha sido muy respetuoso con principios básicos –como los de legalidad, humanidad, proporcionalidad y de reinserción social– que informan todo sistema de sanciones en la moderna Política Criminal y que se reconocen en la Constitución española de 1978. Sí conviene recordar que en el sistema sancionador del Derecho Penal español no está prevista la pena de muerte (2) ni la cadena perpetua (3).

La nueva panorámica que nos ofrece el sistema de sanciones del CP español de 1995 proviene de las directrices político-criminales que sobre esta materia ofrecieron los textos prelegislativos anteriores sobre un nuevo CP español –desde el Anteproyecto de CP de 1979, y muy especialmente el Proyecto de CP de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de

(1) Vid. TIEDEMANN, KL., «Das neue Strafgesetzbuch Spaniens und die europäische Kodifikationsidee», en *JZ* 13/1996, pp. 648.

(2) El artículo 15 de la CE dispone que «queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra». Esta excepción, para determinados delitos cometidos en tiempo de guerra, ha sido materializada por la LO 13/1985, de 9 de diciembre, por la que se aprueba el Código Penal Militar. Pues bien, la LO 11/1995, de 27 de noviembre (*BOE* núm. 284, de 28 de noviembre de 1995) dispone, en su artículo 1.º, que «queda abolida la pena de muerte establecida para tiempo de guerra».

(3) Conviene advertir que el NCP contempla la posibilidad de aplicar penas de prisión de hasta treinta años de cumplimiento efectivo de privación de libertad (cfr. art. 78 del NCP), dando lugar a un cierto paralelismo con la cadena perpetua. En este sentido, señala SÁEZ VALCÁRCEL, en «El nuevo código: maximalismo penal», en *Jueces para la Democracia* 26 (julio/1996), p. 7, que «la posibilidad vergonzosa de cumplimiento íntegro de las penas, que establece el artículo 78 del Código, significará en algunos casos, según la edad del condenado o sus expectativas de vida, una especie de condena perpetua».

Nuevo Código Penal de 1983—, cuya redacción ha estado condicionada por la influencia del movimiento alemán de reforma penal (4).

El CP español de 1995 consagra el sistema dualista, que había incorporado al Derecho Penal moderno Carlos Stooss, autor del Anteproyecto de CP suizo de 1893 (5). El NCP adopta el sistema sancionador de la doble vía (binomio delito-pena, y peligrosidad criminal-medidas de seguridad): regulación de las penas y medidas de seguridad en nuestro texto punitivo básico, abandonando la tradicional y criticable técnica de legislación especial que informaba, fundamentalmente, hasta ahora la regulación de las medidas de seguridad en el Derecho Penal español.

II. EL SISTEMA DE PENAS

Las penas previstas por el NCP (art. 32) son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa, manteniéndose la tradicional distinción entre penas principales y accesorias (cfr. arts. 54-57).

1. *Las penas privativas de libertad.*—Las penas privativas de libertad en el NCP (art. 35) son: 1.^a La prisión; 2.^a El arresto de fin de semana, y 3.^a La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. El NCP se caracteriza, en esta materia, por la nota de la simplificación, destacando, por un lado, que de la anterior clasificación de penas privativas de libertad (reclusión mayor y menor; prisión mayor y menor; arresto mayor y menor) se pasa a la de prisión unitaria (de seis meses a veinte años), y se incorporan las de arresto de fin de semana y arresto sustitutorio, y, por otra parte, la supresión de las penas cortas privativas de libertad (inferiores a seis meses).

1.^a *La pena de prisión*

Puede valorarse positivamente la opción de política criminal del NCP, ya apuntada por los textos prelegislativos anteriores y conforme a las consideraciones críticas de la Política Criminal moderna (ya formuladas por von Liszt, en su famoso Programa de Marburgo en 1882), de suprimir las penas privativas de libertad de corta duración. El NCP establece como sus-

(4) En este sentido, se manifestaba GIMBERNAT ORDEIG, en su estudio comparativo entre el sistema de penas del Anteproyecto de CP español de 1979 —primer texto prelegislativo de nuestro reciente movimiento de reforma penal— y el del CP alemán (y el del Proyecto Alternativo alemán). Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., «El sistema de penas en el futuro Código Penal», en AA.VV. *La Reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, 1980, pp. 181 ss. Sobre las conexiones de la reforma penal alemana con el NCP, vid. MANZANARES, J.L., en *Comentarios al Código Penal*, J. L. MANZANARES/J. CREMADES, 1996, pp. 20 ss.

(5) Vid. STOOSS, C., «Der dualismus im Strafrecht», en *SchwZStr.* 41, 1928, pp. 54 y 55.

titutivos de las penas cortas privativas de libertad de cumplimiento continuado (inferiores a seis meses): la pena de arresto de fin de semana, la pena pecuniaria regulada según el sistema de días-multa, y la novedosa pena de trabajos en beneficio de la comunidad, como sustitutiva del arresto de fin de semana y del arresto sustitutorio (cfr. arts. 88 y 53). La supresión de las penas de prisión inferiores a seis meses puede considerarse, en principio, un acierto del NCP, pues tales penas tienen relevantes efectos negativos en cuanto resultan demasiado cortas para lograr el tratamiento resocializador del condenado, y son excesivamente largas para producir un preocupante contagio entre el destinatario de estas penas —normalmente delincuentes ocasionales— y los delincuentes profesionales en el mundo del crimen y de la cárcel. Sin embargo, sobre esta cuestión, no se puede ignorar que existen autorizadas voces de la moderna Política Criminal (6) que llaman la atención sobre la eficacia de las penas privativas de libertad de corta duración, por su efecto intimidatorio (de prevención general, de advertencia), para ciertos sectores de la delincuencia (la económica y la del tráfico rodado) relacionados con personas socialmente integradas, sin que en tales casos se llegue a producir el temido efecto desocializador de la prisión; e incluso, las penas privativas de libertad de corta duración pueden considerarse indispensables por razones de prevención especial (efecto de «shock», aplicación de medidas de control). A pesar de todo ello, cabe considerar como acertada la opción de política criminal adoptada por el NCP en esta materia, debiendo advertirse que en el NCP no se llegan a abolir totalmente las penas privativas de libertad de corta duración: así, cuando el condenado a la pena de arresto de fin de semana quebranta la condena (dos ausencias no justificadas), el Juez de Vigilancia puede acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente (art. 37.3); o, en los supuestos de impago de la pena de multa, y el Juez ordene el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria (arresto sustitutorio) de forma continuada, sin hacer uso la autoridad judicial de las posibilidades que le confiere el artículo 53 de que el arresto sustitutorio se pueda cumplir en régimen de arresto de fin de semana o mediante trabajos en beneficio de la comunidad. Cabe considerar como un acierto del NCP, dentro de su encomiable tendencia de evitar los efectos nocivos de la prisión, la previsión recogida en su artículo 71.2 de que serán sustituidas las penas de prisión inferiores a seis meses por las de arresto de fin de semana o multa, cuando por la puesta en práctica de las reglas de aplicación de penas hubiera procedido imponer una pena de prisión inferior a seis meses.

En cuanto a las penas privativas de libertad de larga duración, el artículo 36.1 del NCP declara 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». Conviene

(6) Vid. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, PG, trad. y adiciones de Derecho español por S. MIR PUIG Y F. MUÑOZ CONDE, vol. II, 1981, p. 1066.

recordar que en el NCP desaparece el anterior privilegio de la redención de penas por el trabajo, que suponía, con la acumulación a la libertad condicional, que el cumplimiento efectivo no sobrepasaba la mitad de la pena impuesta en la sentencia. En función de su naturaleza y duración, la pena de prisión se clasifica según el NCP (art. 33) en pena grave, si es superior a tres años [art. 33.2.a)], y menos grave, cuando se trate de la prisión de seis meses a tres años [art. 33.3.a)].

La regla general del límite máximo de veinte años de prisión se encuentra condicionada —como señala el último inciso del artículo 36.1.º— a la salvedad de lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código. Pues bien, son demasiadas las excepciones que contempla el NCP, permitiendo aumentar considerablemente el límite máximo de veinte años de prisión: Por un lado, los numerosos supuestos recogidos en la Parte Especial del NCP para determinadas figuras delictivas (7), pudiendo llegar hasta una pena de prisión de treinta años; y, por otra, determinadas reglas previstas para la aplicación de las penas permiten sobrepasar el límite máximo de veinte años de prisión y llegar también hasta treinta años de duración. En este sentido, cabe citar el artículo 70.2.1.º (la pena superior en grado a la de prisión de hasta veinte años tendrá una duración máxima de treinta años) y el artículo 76.1 (que contiene las reglas de aplicación

(7) El CPN contiene un importante elenco de excepciones a la pena de prisión de hasta 20 años, que en ningún caso sobrepasan el límite de 30 años, y que podemos concretar en los supuestos siguientes: artículo 140, cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo 139 (alevosía; precio, recompensa o promesa; ensañamiento), se impondrá la pena de prisión de 20 a 25 años; artículo 473, los promotores y los jefes principales de la rebelión serán castigados con la pena de prisión de 15 a 25 años, e incluso hasta 30 años si se han esgrimido armas o si ha habido combate entre la fuerza de su mando y los sectores leales a la autoridad legítima o la rebelión hubiese causado estragos; artículo 485, será castigado con la pena de prisión de 20 a 25 años quien matare al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia o al Príncipe heredero de la Corona. Si concurriera en el delito dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de prisión de 25 a 30 años; artículo 572.1.1.º, se castigará con la pena de prisión de 20 a 30 años a quienes, realizando actos terroristas, causaren la muerte de una persona, imponiéndose la pena en su mitad superior si los hechos previstos en el artículo 572.1 se realizaran contra algún miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional 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 (art. 572.2); artículo 605.1, será castigado con la pena de prisión de 20 a 25 años a quien matare al Jefe de un Estado extranjero o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, y si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena de prisión de 25 a 30 años, y artículo 607.1.1.º, párrafo 2.º, si concurrieran en los actos de genocidio previstos en el apartado 1 dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de 20 a 30 años.

de penas para los supuestos del concurso real de delitos, y que recoge dos excepciones al límite máximo de los veinte años de prisión: la de veinticinco años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta veinte años; y la de treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años). Esta preocupante situación del régimen de excepciones que contempla el NCP respecto del límite máximo de los veinte años de prisión, y que pone en entredicho principios constitucionales y de Política Criminal moderna, se agrava considerablemente con la desafortunada disposición del criticable artículo 78 del NCP. En efecto, el artículo 78, que carece de precedente alguno en nuestro Derecho (8), trata de hacerse eco de una lamentable política de opinión pública de alarma social («ley y orden»), que se articula en torno a la inquietud social por la inseguridad ciudadana, y reclamando el cumplimiento íntegro de las penas (9). Así, el artículo 78.1.º del NCP viene a consagrar la idea del cumplimiento íntegro de las penas, limitando el posible juego de los beneficios penitenciarios —que desaparecen en el NCP (art. 36.2.º), debiendo tener presente la derogación del artículo 256 del Reglamento Penitenciario— y de la libertad condicional (10). El artículo 78.1.º, que se puede extender a toda clase de infracciones, es aplicable exclusivamente al concurso real de delitos (art. 76), cuando la pena a cumplir —conforme al artículo 76— resultase inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas. En tales casos, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acor-

(8) Sólo se encuentran precedentes en los textos prelegislativos de los Proyectos de CP de 1992 (art. 94 y 364) y 1994 (art. 79). Cfr. los «Informes del CGPJ», en *Cuadernos del CGPJ* 11 (pp. 170 ss.) y 40 (pp. 171 y 172). Vid. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, en AA.VV., *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, pp. 447 y 448.

(9) Vid. en este sentido crítico, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, en ob. cit., p. 449, al señalar que «este precepto —art. 78— no tiene otro sentido ni otra acta de nacimiento, que una fuerte presión de la opinión pública, previamente manipulada por ciertos grupos ultraconservadores, que periódicamente, y cuando no tienen otra idea que aportar, reabren la discusión sobre la inseguridad ciudadana y el cumplimiento íntegro de las penas». Por su parte, GIMBERNAT ORDEIG, denuncia —en su *Prólogo al Código Penal de 1995*, edit. Tecnos, 2.ª ed., 1996, p. 32— el insostenible rigor punitivo del NCP, «influido por el renacimiento en los últimos años de la ideología de la “ley y el orden”».

(10) El artículo 36.2.º del NCP circunscribe los beneficios penitenciarios a aquellos que supongan acortamiento de la condena, ajustándose a los dispuesto en las Leyes y en el CP. Pues bien, no hay en la legislación vigente beneficios penitenciarios que acorten la condena. Por otra parte, la disposición derogatoria única, 1.f) deroga el artículo 256 del Reglamento Penitenciario (RD de 8 de mayo de 1981), que recogía los beneficios penitenciarios. En realidad, el nuevo artículo 78.1.º del CP viene a ser aplicable sólo a la libertad condicional, que puede llegar a retrasarse más allá de cualquier expectativa de vida. Vid. MANZANARES, J. L. en *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 39.

dar que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas, en lugar de hacerlo sobre el límite de cumplimiento resultante. La problemática aplicación del artículo 78.1.º del NCP, cuya constitucionalidad es más que discutible en cuanto niega toda posibilidad real de reinserción social del condenado, trata de solventarse mediante la previsión que recoge el párrafo 2.º del mencionado artículo, cuando contempla la posibilidad de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria pueda acordar –valorando las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social– la aplicación del régimen general de cumplimiento, es decir, que el cómputo de libertad condicional se establezca en atención al máximo de cumplimiento efectivo fijado conforme al artículo 76 y no a la totalidad de las penas impuestas. La remisión de la decisión final al Juez de Vigilancia, acerca del retorno al régimen general o normal de cumplimiento de las penas no deja de suscitar problemas de inseguridad jurídica (11).

Recapitulando, y a título de conclusión sobre la perspectiva que nos ofrece el NCP acerca de la prisión, como pena privativa de libertad por excelencia y más importante, pueden formularse las consideraciones siguientes: 1.ª Es un acierto el haber suprimido, con carácter general, las penas privativas de libertad de corta duración (inferiores a seis meses) de cumplimiento continuo, y la previsión de las alternativas del arresto de fin de semana, de la multa (sistema días-multa), y de los trabajos en beneficio de la comunidad. 2.ª Resulta una aportación positiva del NCP el régimen de sustitución de las penas privativas de hasta dos años de prisión, previsto por los artículos 88 y 89. 3.ª Es criticable la previsión de un significativo elenco de excepciones que recoge el NCP respecto del límite máximo de la pena de prisión de veinte años, pudiendo llegar hasta un cumplimiento efectivo de treinta años de duración. Si tenemos en cuenta que la Criminología moderna ha puesto de manifiesto que las penas privativas de libertad superiores a quince años de duración producen graves e irreversibles alteraciones en la personalidad del condenado (12) y que el sistema de sanciones penales ha de estar informado por los principios básicos –como los de humanidad y reinserción social– que inspiran la moderna Política Criminal y la Constitución de 1978 en el marco del cumplimiento de las penas privativas de libertad, puede afirmarse que el NCP

(11) Así, se señala que «la remisión de la decisión final deja en la indefinición el régimen de cumplimiento y puede permitir considerables cotas de inseguridad jurídica» (D. LÓPEZ GARRIDO/M. GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, p. 69).

(12) Vid. MAPELLI, en MAPELLI/TERRADILLOS, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., 1996, p. 70.

no respeta en este ámbito —en el de las penas de prisión de larga duración— tan elementales exigencias y principios fundamentales de un Estado social y democrático de Derecho (13).

2.^a *La pena de arresto de fin de semana*

El arresto de fin de semana se configura en el NCP como pena menos grave [de siete a veinticuatro fines de semana, artículo 33.3.i)], y como pena leve en caso de arresto de uno a seis fines de semana [art. 33.4.d)]. Se trata de una pena corta privativa de libertad, de cumplimiento discontinuo, que es aplicable a los delitos menos graves y a las faltas. Además, la pena de arresto de fin de semana opera en el NCP como una de las alternativas a la pena corta de prisión, siendo posible que el arresto de fin de semana —conforme a lo previsto por el artículo 88— sea un sustitutivo de las penas de prisión de hasta dos años de duración. El excesivo ámbito de aplicación de esta nueva pena, unido a las dificultades prácticas de su ejecución, pueden poner en peligro su eficacia y el futuro de uno de los pilares del sistema sancionador del NCP (14).

El arresto de fin de semana, que como pena privativa de libertad ya se había contemplado en textos prelegislativos anteriores de CP español, tiene su antecedente en nuestro Derecho como medida de seguridad (de cuatro a doce fines de semana) en el artículo 5.4.^a de la derogada LPRS de 1970. A favor de esta nueva pena se alega que permite al condenado mantener sus vínculos familiares, sociales y laborales, y que su cumplimiento no llevará consigo los efectos negativos desocializadores y de promiscuidad con otros delincuentes profesionales (15). Hoy, en el Derecho Penal comparado, se tiende a configurar como una forma de cumplimiento de las penas cortas de prisión (así, el artículo 44 del CP portugués).

(13) En esta dirección se manifiestan, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, al señalar que «el CP 1995 no ha tenido inconvenientes en establecer sanciones aniquiladoras de la persona... no sólo endurece, de forma generalizada, las penas privativas de libertad hasta ahora efectivamente aplicables, sino que introduce sanciones de hasta treinta años de duración efectiva (arts. 78 y 572.2 CP 95), que sólo pueden encontrar un paralelo, por su brutalidad, en la cadena perpetua de los Códigos españoles del siglo pasado, y que deben ser rechazadas no sólo desde los principios de una política criminal mínimamente progresista y acorde con la Constitución, sino simplemente sobre la base de la más elemental humanidad» (*Prólogo, al Código Penal de 1995*, 2.^a ed., cit., p. 25). Por su parte, GRACIA MARTÍN, en el *Prólogo al Código Penal y Leyes Penales Especiales*, Egido edit., 1996, p. 20, denuncia que con el régimen de excepciones al límite máximo (veinte años) de prisión, «el nuevo Código penal establece la posibilidad de que en algún caso pueda ejecutarse una pena privativa de libertad de treinta años de cumplimiento efectivo. Es evidente que, con estas previsiones, el legislador conculca el principio de humanidad del Derecho Penal y que, con ello, posibilita nada menos que la ejecución de penas inhumanas, prohibidas por el artículo 15 de la Constitución española».

(14) Vid. CEREZO MIR, J., «Consideraciones político-criminales sobre el Nuevo Código Penal de 1995», en *La Ley*, año XVII, núm. 4063, 21 junio 1996, p. 2.

(15) Vid. HIGUERA GUIMERA, J. F., *La pena de arresto de fin de semana*, 1982, p. 89.

El arresto de fin de semana, según establece el artículo 37.1, «tendrá una duración de treinta y seis horas y equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad». Este módulo de conversión no se mantiene para los supuestos en los que el arresto de fin de semana opere como sustitutivo de las penas de prisión de hasta dos años de duración, pues en tales casos –según el art. 88.1– «cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana». Esta excepción al módulo de conversión normal –que consagra el art. 37.1 y ratifica la disposición transitoria octava del NCP– del arresto de fin de semana en días de privación de libertad, sólo puede explicarse porque el legislador ha pretendido limitar el alcance de la privación de libertad que llevaría consigo el arresto de fin de semana como sustitutivo de las penas cortas de prisión, y que si se aplicara para tales casos el módulo de conversión previsto por el artículo 37.1 se llegaría a imponer un número excesivo de arrestos de fin de semana (16).

El límite mínimo de esta nueva pena es el de un arresto de fin de semana [art. 33.4.d)], y el máximo será, con carácter general, el de veinticuatro fines de semana [art. 33.3.i)]. Sin embargo, el NCP establece dos excepciones al límite máximo de la pena de arresto de fin de semana: 1.^a La prevista por el artículo 70.2.5.^o, relacionada con la regla de determinación de la pena superior en grado, cuando ésta exceda de los límites máximos fijados para cada pena en el CP. En el caso del arresto de fin de semana, se considerará como pena superior en grado el mismo arresto, «con la cláusula de que su duración máxima será de treinta y seis fines de semana»; y, 2.^a Cuando el arresto de fin de semana opere como sustitutivo de las penas de prisión que no excedan de dos años, aunque la Ley no hubiera previsto aquélla para el delito de que se trate, estableciéndose que en tales casos «cada semana de prisión será sustituido por dos arrestos de fin de semana» (art. 88.1). De esta manera, aplicando ese módulo de conversión y si el arresto de fin de semana sustituyera a una pena de prisión de hasta dos años de duración, se puede llegar a la imposición de doscientos ocho arrestos de fin de semana.

Uno de los problemas más graves que plantea esta nueva pena privativa de libertad, es el que se refiere a las dificultades de su puesta en práctica, y, en definitiva, a su ejecución y régimen de cumplimiento. En esta materia, teniendo en cuenta lo previsto por el artículo 37 del NCP y por el RD 690/1996, de 26 de abril, que establece las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana (17), pueden destacarse los siguientes aspectos: 1.^o «Su cumpli-

(16) Vid. J. L. MANZANARES, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 46.

(17) Cfr. RD 690/1996, de 26 de abril; «BOE» núm. 120, de 17 de mayo de 1996. Sobre el contenido y crítica de esta normativa, vid. J. L. MANZANARES SAMANIEGO/B. ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, «La ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana: el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril», en *Actualidad Penal* núm. 27 (1-7 julio 1996), pp. 485 ss.

miento tendrá lugar durante los viernes, sábados o domingos en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado» (art. 37.2, párrafo 1.º, del NCP). Sin embargo, el párrafo 2.º del artículo 37.2 «flexibiliza» el régimen de cumplimiento, al contemplar la posibilidad de que el arresto de fin de semana se pueda cumplir –si las circunstancias lo aconsejaran– en otros días de la semana, o en depósitos municipales, siempre que fuera posible, cuando no exista centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado. Puede considerarse un acierto que el NCP haya contemplado la posibilidad de que el arresto de fin de semana, que se trata realmente de «un arresto del período de descanso semanal» (18), se cumpla en otros días de la semana diferentes a los viernes, sábados o domingos, pues las actividades profesionales no tienen necesariamente como días descanso los que se corresponderían con el período cronológico propio del fin de semana (19). En cuanto al lugar de cumplimiento del arresto de fin de semana, cabe denunciar cierta indeterminación y la preocupante falta de prevención de una infraestructura para su adecuado cumplimiento: como regla general, se cumplirá en el centro penitenciario más próximo al domicilio del arrestado, y, subsidiariamente, si no existiera centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado, se cumplirá en el depósito municipal de detenidos. El artículo 12 del RD 690/1996, de 26 de abril, ratifica lo previsto por el artículo 37.2 del NCP para el lugar de cumplimiento del arresto de fin de semana, pero añade dos consideraciones: primera, el cumplimiento preferente en el centro de inserción social (20) más próximo al

(18) Así lo califica LUZÓN PEÑA, D. M. en «El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia», en *Jueces para la Democracia* 14, 3/1991, p. 56.

(19) En este sentido, ya se había pronunciado –entre nosotros– MIR PUIG (en «El sistema de sanciones», en AA.VV., *El Proyecto de Código Penal*, Barcelona, 1980, p. 28), al sugerir que debía flexibilizarse el cumplimiento de esta pena corta privativa de libertad, «tanto en cuanto a los días en que debe tener lugar –pues no todas las profesiones tienen como día de descanso el domingo–, como en cuanto a su duración horaria, para que resulte compatible con todos los horarios profesionales». En la misma dirección, el derogado Reglamento para la aplicación de la derogada LPRS (Decreto del 13 de mayo de 1975) contemplaba –en su art. 9.3– la posibilidad de que el Juez podía señalar discrecionalmente los días y horarios de cumplimiento de la medida de seguridad del arresto de fin de semana, si a causa del trabajo del sometido a esta medida no fuera conveniente mantener el régimen normal de cumplimiento, respetándose sólo el límite mínimo de duración que era de treinta y dos horas. Por último, el artículo 13.4 del RD 690/1996, de 26 de abril, en cuanto a la definición del plan de ejecución del arresto de fin de semana, establece que «al planificar la ejecución se buscará que el cumplimiento de la pena no perjudique las obligaciones laborales, formativas o familiares del condenado...».

(20) El Reglamento Penitenciario de 9 de febrero de 1996 (RD 190/1996, de 9 de febrero; *BOE* núm. 40, de 15 de febrero; corrección de errores en *BOE* núm. 112, de 8 de mayo), ha creado los Centros de Inserción Social, dentro de las formas especiales de ejecución de las penas privativas de libertad, definiéndose en su artículo 163 tales centros como «establecimientos penitenciarios destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad en régimen abierto y de las penas de arresto de fin de semana...», donde la actividad penitenciaria tendrá por objeto esencial «potenciar las capacidades de inserción social positiva que presenten las personas en ellos internadas mediante el desarrollo de actividades y programas de tratamiento destinados a favorecer su incorporación al medio social».

domicilio del arrestado, si existieran varios centros penitenciarios, pero sin indicar dónde; y, cuando no existiera centro penitenciario en el partido judicial del penado, y no se acordara el cumplimiento en el depósito municipal, sin señalar de dónde, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias u órgano autonómico equivalente indicará el centro de cumplimiento —¿de qué clase?— que se les asignará a quienes se impusiese tal pena. Son demasiados los interrogantes sin despejar, haciendo presagiar que lamentablemente el arresto de fin de semana pueda acabar cumpliéndose en la cárcel (21); 2.º El artículo 13 del RD 690/1996, de 26 de abril, define el plan de ejecución del arresto de fin de semana. La definición del plan le corresponde al Director del centro penitenciario, o, en su caso, al encargado del correspondiente depósito municipal, siguiendo ciertas pautas (22). Con carácter previo a la definición del plan, los arrestados serán entrevistados por los servicios sociales. La propuesta de ejecución será aprobada por el Juez de Vigilancia. Todo ello, lo relacionado con la complejidad del plan de ejecución (entrevistas, asesoramiento técnico, el control de su cumplimiento sin personal idóneo...), unido a la problemática de los traslados, pone de manifiesto las dificultades que van a existir en la práctica para el cumplimiento efectivo de esta nueva pena privativa de libertad (23); 3.º De acuerdo con la opinión doctrinal dominante, el artículo 17 del RD 690/1996, de 26 de abril, establece que el arresto de fin de semana «se cumplirá en celda individual y en régimen de aislamiento, es decir, con absoluta separación del resto de los detenidos, presos o penados que puedan hallarse en el mismo centro o depósito municipal»; 4.º En los supuestos en los que el penado incurriera en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente (art. 37.3 del NCP), es decir, se contempla la posibilidad de resucitar una pena privativa de libertad de corta duración y de cumplimiento continuo. El Director del establecimiento, a los efectos del artículo 37.3 del NCP, pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia la falta de presentación del penado en el establecimiento penitenciario o depósito municipal,

(21) En este sentido crítico se manifiestan, entre otros, MANZANARES —en Comentarios al Código Penal, 1996, cit., p. 25—, al señalar que «cabe temer que los reos terminen soportando resignadamente las insuficiencias de los depósitos municipales de su lugar de residencia sólo por evitar el traslado y encarcelamiento en sentido estricto», y SÁEZ VALCÁRCEL —en *Jueces para la Democracia*, 26, julio/1996, cit., p. 6—, indicando que «los arrestos de fin de semana, en ausencia de previsiones presupuestarias y establecimientos especiales, se van a cumplir en la cárcel».

(22) El artículo 13.3 del RD 690/1996, de 26 de abril, establece que el plan de ejecución «deberá contener al menos los siguientes extremos: a) Datos de identidad personal del penado, de su domicilio o residencia, trabajo u ocupación habitual; b) Delito por el que ha sido condenado y número de arrestos de fin de semana impuestos, y c) Indicación expresa de si deberá cumplirse de viernes a domingo u otros días de la semana, así como los días en que deberá hacerse efectiva la ejecución de la pena».

(23) Vid. J. L. MANZANARES SAMANIEGO/B. ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, en *Actualidad Penal*, núm. 27/1-7 julio 1996, cit., pp. 504 ss.

así como la presentación posterior a las doce horas del sábado o del día señalado al efecto (art. 22 del RD 690/1996, de 26 de abril).

Ante las más que previsibles dificultades prácticas para el cumplimiento del arresto de fin de semana, un sector doctrinal ha señalado –con razón– que hubiera sido deseable mantener el arresto domiciliario, como modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad de corta duración (24), o incorporar el arresto domiciliario bajo control o vigilancia por transmisores electrónicos, como alternativa a la pena corta de prisión (25). El futuro del arresto de fin de semana, por la deficiente regulación de su régimen de cumplimiento y –sobre todo– por la falta de previsión de infraestructura (de personal y centros idóneos) para su adecuado cumplimiento (26), no es nada halagüeño. En tal situación, hubiera sido más serio y correcto el haber optado por su supresión, y ensayar otras alternativas más viables (27), sin poner en entredicho una de las novedades más significativas del sistema de sanciones del NCP. En todo caso, no se puede olvidar que el NCP confiere a los tribunales de justicia diversas posibilidades de eludir la ejecución de los arrestos de fin de semana: ya sea por dejar en suspenso su ejecución (arts. 80 ss.) o bien mediante su sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88.2).

(24) *Vid. en este sentido, SÁEZ VALCÁRCEL, lug. ob. ult. cit. En esta dirección, LUZÓN PEÑA –en Jueces para la Democracia, 14, 3/1991, cit., p. 56– consideró que «debería admitirse también como modalidad alternativa de cumplimiento, aunque excepcional, el arresto domiciliario, que preveía el artículo 85 del CPA para cumplir el arresto menor y que admitía el artículo 42 del P. 1980 para el arresto de fin de semana; si bien, por ser menos intimidatorio y por sus dificultades de control, debiera reservarse para situaciones especiales o especialmente favorables en el sujeto o para casos excepcionales de imposibilidad de cumplimiento en otro centro».*

(25) *Vid. LUZÓN PEÑA, D. M., ob. lug. ult. cit. Esta sanción, apunta LUZÓN PEÑA, está centrada sobre todo en la restricción del tiempo libre diario, y tiene una progresiva implantación en el ámbito angloamericano. Se puede imponer aisladamente para infracciones poco graves o, conjuntamente, con la aplicación de una condena condicional, libertad condicional o alguna medida de seguridad. A favor de incorporar otras medidas alternativas a la del arresto de fin de semana, se pronuncia también SERRANO BUTRAGUEÑO, I., «Las penas en el Código Penal de 1995», en *Boletín del Ilre. Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 3.^a época, abril-mayo 1996, p. 108.*

(26) *RODRÍGUEZ RAMOS, en «Un buen Código para reformar», en La Ley, año XVII, núm. 4043, 24.5.1996, p. 10, destaca como uno de los defectos importantes de la PG del NCP «la ausencia de infraestructura inmobiliaria y personal para el cumplimiento de los arrestos de fin de semana».*

(27) *En este sentido, se había manifestado RODRÍGUEZ MOURULLO, en «Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código Penal español», en AA.VV., *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 46, al considerar que si esta pena no cuenta con los lugares adecuados para su cumplimiento más vale suprimirla y ensayar otras soluciones. Conviene advertir que estas consideraciones críticas se formularon con relación al Proyecto de CP 1980, en cuyo artículo 42 se llegó a admitir la posibilidad de cumplimiento de la pena de arresto de fin de semana en el propio domicilio del arrestado.*

3.^a *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa*

El artículo 35 del NCP reconoce como tercera modalidad de las penas privativas de libertad a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, más conocida como «arresto sustitutorio». De esta manera, el NCP se hace eco de la opinión de un sector doctrinal que consideraba, desde una perspectiva material, que la naturaleza jurídica del arresto sustitutorio era la de una pena, y que su contenido material era idéntico al de una pena privativa de libertad (28). Esta pena tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya (art. 33.5).

La específica regulación del NCP sobre la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa ha de ser abordada posteriormente, es decir, en el apartado dedicado a la multa.

La penas privativas de otros derechos.—Se trata de las penas privativas de derechos distintos al de la libertad, y se regulan en los artículos 39-49 del NCP. Desaparecen las viejas penas de: extrañamiento, confinamiento, destierro, reprensión pública, la pérdida de la nacionalidad española, la inhabilitación especial de derecho de sufragio activo y la suspensión de derecho de sufragio activo y pasivo. Por otra parte, se incorporan al NCP, como nuevas penas privativas de derechos, las siguientes: la privación del derecho a la tenencia y porte de armas [art. 39.e)], la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos [art. 39.f)], que recuerda la antigua pena de destierro; la inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, o de cualquier otro derecho [art. 39.b)], que tiene cierta similitud con la vieja pena de interdicción civil suprimida por la LO de 25 de junio de 1983; y, como gran novedad, los trabajos en beneficio de la comunidad [art. 39.g)]. Se mantienen en el NCP las penas de: inhabilitación absoluta [art. 39.a)]; las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión oficio, industria o comercio, y del derecho de sufragio pasivo [art. 39.b)]; la supresión de empleo o cargo público [art. 39.c)]; y, la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores [art. 39.d)].

La regulación del NCP sobre las penas privativas de derechos puede ser susceptible de las consideraciones siguientes: 1.^a Se simplifica la normativa sobre esta clase de penas, y se clarifica la distinción entre las penas de inhabilitación especial para el empleo o cargo público, que llevan consigo la privación definitiva de los mismos y de los honores que le sean anejos, y las de suspensión, que sólo privan del ejercicio del empleo o cargo público al penado durante el tiempo de la condena; 2.^a Se reduce el tradicional automatismo de la imposición de determinadas penas privati-

(28) Vid. COBO/VIVES, *Derecho Penal*, P.G., 3.^a ed., 1990, p. 664. Se considera un acierto que el artículo 35 del NCP reconozca finalmente como pena privativa de libertad, renunciando a los eufemismos y complicados razonamientos por los que se había tratado de evitar dicha calificación (GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, PG, por M. CONDE/G. ARÁN, 2.^a ed., 1996, p. 536).

vas de derechos como accesorias de ciertas penas de prisión (arts. 54-57), manteniendo el criticable automatismo en los artículos 55 y 56 del NCP; 3.^a Cabe objetar la cláusula indeterminada prevista por el artículo 39.b, inciso final, al referirse a la inhabilitación especial para «cualquier otro derecho», poniendo en entredicho el principio de legalidad (29); 4.^a Se acoge acertadamente la exigencia, ya recogida por la doctrina del TS (30), de que habrán de especificarse en la sentencia los empleos, cargos y honores sobre los que recayere la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público (art. 42, último inciso), y 5.^a En función de su naturaleza y duración, las penas privativas de derechos pueden ser graves, menos graves y leves (art. 33.2.3 y 4). Cfr. artículo 40. Si operan como penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal (art. 33.6).

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad es catalogada como pena privativa de derechos, y viene a ser una de las novedades más relevantes del sistema de sanciones del NCP. No tiene precedente alguno como pena en nuestro Derecho, recogiéndose como medida de seguridad «la prestación de servicios en beneficio de la comunidad» en el artículo 17.5.^a de la LO de 5 de junio de 1992, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de menores. Los trabajos en beneficio de la comunidad, que como pena fue introducida en los años setenta de nuestro siglo en Inglaterra (31), se recoge en el Derecho comparado de forma diferenciada: como una de las tareas a desarrollar dentro de la suspensión condicional de las penas privativas de libertad, en Alemania (párrafo 56/b, II, núm. 3 del CP alemán); como pena correccional, aplicable a los delitos menos graves, en el CP francés (arts. 131.3, 4.^o; 131-22; 131-23; y 131-24); y, como sustitutivo de la pena de prisión no superior a tres meses o de la pena de multa hasta el mismo límite, en el CP portugués (art. 60).

La regulación prevista por el artículo 49 del NCP, sobre la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, proviene del Proyecto de CP de 1994, donde —en su art. 49— se recogían sus características fundamentales (32). Con anterioridad, en el artículo 48 del Anteproyecto de CP de 1994, se había recogido una regulación muy escueta de esta nueva pena

(29) Vid. críticamente, SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Las penas en el Código Penal de 1995*, cit., p. 110.

(30) Vid. SSTs de 9 de enero de 1942; 16 de diciembre de 1953; 25 de diciembre de 1953; 25 de enero de 1957; 23 de enero de 1958; 27 de abril de 1961; 3 de enero de 1962; 18 de mayo de 1963.

(31) Vid. CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE., «La sanción de trabajo en provecho de la comunidad», en *La Ley*, 1985 (2), pp. 1068 ss.

(32) El artículo 49 del P. de CP de 1994 establecía que «Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del penado, obligan al mismo a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas. Las demás circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente».

privativa de derechos (33), que dio lugar a una valoración crítica del Consejo General del Poder Judicial (34) y motivó que el Proyecto de CP de 1994 recogiera en su artículo 49 el contenido esencial de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. La Memoria del Proyecto de LO del CP de 1994, antecedente prelegislativo inmediato al NCP, clarifica los orígenes de la nueva pena, al señalar que «durante la tramitación del Proyecto de Código Penal de 1992 una mayoría de Grupos Parlamentarios propuso la introducción de la pena consistente en los trabajos en beneficio de la comunidad. El Gobierno ha acogido dicha propuesta incorporándola al Proyecto como forma sustitutiva de cumplimiento de las penas privativas de libertad de hasta dos años de duración». El artículo 49 del NCP recoge las características fundamentales de la nueva pena, remitiendo la regulación de las demás circunstancias de su ejecución a la vía reglamentaria –RD 690/1996, de 26 de abril–, de acuerdo con lo dispuesto por la LGP (35).

La pena de trabajos en beneficio de la comunidad se clasifica, en función de su naturaleza y duración, en pena menos grave, si su duración es de noventa y seis horas a trescientas ochenta y cuatro horas [art. 33.3.j)], y como pena leve, cuando su duración va desde dieciséis a noventa y seis horas [art. 33.4.e)]. Su duración, según el artículo 40, será de un día a un año.

Las condiciones fundamentales de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad son las siguientes: 1.^a Se define en el artículo 1 del RD 690/1996, de 26 de abril, como «la prestación de la cooperación personal no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, con interés social y valor educativo, tendente a servir de reparación para la comunidad perjudicada por el ilícito penal y no supeditada al logro de intereses económicos», de acuerdo con lo previsto por el artículo 49 del

(33) El artículo 48 del Anteproyecto de CP de 1994 establecía que «El trabajo en beneficio de la comunidad tendrá una duración mínima de 20 horas y máxima de 120 horas. Las circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente».

(34) El Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de CP de 1994 destacó la parquedad del artículo 48 y que lo más preocupante es que el contenido esencial de la pena no se recoja en el marco de la Ley Orgánica. El CGPJ afirmó que «cabe hablar de una pena en blanco que, como tal, se aviene mal con las exigencias de los artículos 25.1 y 81.1 de la Constitución Española» (*Cuadernos del CGPJ* 40, Anteproyecto de CP 1994, Informe del CGPJ y voto concurrente formulado, pp. 165 y 166).

(35) *Vid.* RD 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana (*BOE* núm. 120, de 17 de mayo de 1996). La remisión a la LGP se formuló para subsanar los problemas de constitucionalidad que se derivarían de la nueva remisión a la vía reglamentaria sobre la ejecución de esta pena. El texto aprobado del artículo 49.2 es producto de la correspondiente transacción parlamentaria. Cfr. D. LÓPEZ GARRIDO/M. GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, p. 63.

NCP (36); 2.^a No podrá imponerse sin consentimiento del penado (art. 49.1.^o), es decir, la prestación del trabajo ha de ser voluntaria, y no podría ser de otra forma si tenemos en cuenta que el artículo 25.2 de la CE prohíbe los trabajos forzados; 3.^a Su duración diaria, según el artículo 49.1.^o, no podrá exceder de ocho horas. El artículo 5.1 del RD 690/1996, de 26 de abril, establece que «cada jornada de trabajo tendrá una extensión máxima de ocho horas diarias y mínima de cuatro». El apartado 2 del mencionado artículo 5 permite la flexibilización de la ejecución de esta pena, al permitir que el Juez o Tribunal pueda autorizar —cuando concorra causa justificada— el cumplimiento de aquélla de forma partida, en el mismo o diferentes días y en períodos mínimos de dos horas. De esta manera, se confiere excesiva discrecionalidad a los tribunales de justicia; y, por otra parte, la prevista flexibilización de su cumplimiento puede llegar a desnaturalizar el sentido de esta nueva pena; 4.^a Su ejecución se desarrollará bajo el control del Juez o Tribunal sentenciador (art. 49.1.^o.1.^a del NCP), aunque hubiera sido preferible que tal función fuera asumida por el Juez de Vigilancia (37). Es criticable que el control del cumplimiento efectivo de esta pena, según el artículo 6 del RD 690/1996, de 26 de abril, se lleve a cabo por la Administración penitenciaria (38); 5.^a No atentará a la dignidad humana (art. 49.1.^o.2.^o), siendo tal condición una exigencia derivada del principio de humanidad reconocido por el artículo 15 de la CE, que proscribía las penas o tratos inhumanos o degradantes; 6.^a El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin (art. 49.1.^o.3.^a). El artículo 2.1 del RD 690/1996, de 26 de abril, establece que «el trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración penitenciaria», pudiendo establecer, a tal efecto, los oportunos convenios con otras Administraciones públicas o entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública o social. En este caso, se prevé una criticable dejación de las funciones de control de cumplimiento de esta pena, que podrán asumir aquellas instituciones, sin perjuicio de la super-

(36) El artículo 49.1.^o del NCP se refiere a «prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública», y en la condición 5.^a del mencionado precepto se establece que «no se supeditará al logro de intereses económicos». El artículo 5.3 del RD 690/1996, de 26 de abril, declara que «La realización del trabajo no será retribuida, pero el penado será indemnizado por la entidad a beneficio de la cual sea prestado por los gastos de transporte y, en su caso, de manutención, salvo que estos servicios los preste la propia entidad».

(37) *Vid.* J. L. MANZANARES SAMANIEGO/B. ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, *Actualidad Penal*, núm. 27/1-7 julio 1996, cit., p. 490.

(38) El artículo 6 del RD 690/1996, de 26 de abril, establece que «la Administración penitenciaria comprobará con la periodicidad necesaria el sometimiento del penado a la pena, así como el cumplimiento efectivo del trabajo impuesto, a cuyo fin mantendrá contactos periódicos con la entidad en que se lleve a cabo, adoptando, en su caso, las medidas procedentes».

visión de la Administración penitenciaria (39). Resulta todavía más objetable la previsión contenida en el apartado 2 del mencionado artículo 2 del RD 690/1996, de 26 de abril, cuando en caso de inexistencia de convenio o insuficiencia de plazas se permite, excepcionalmente, que el propio penado pueda proponer un trabajo concreto aunque no esté convenido con la Administración penitenciaria. De esta forma, se contradice lo previsto por el artículo 49.1.º.3.º del NCP, y, se trivializa esta nueva pena, naciendo con una lamentable falta de credibilidad y siendo previsible su nulo efecto preventivo (general y especial); 7.ª El sentenciado a esta pena gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social (art. 49.1.º.5.ª) (40), y, 8.ª Conviene tener presente que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad opera, en el NCP, como sustitutivo de la pena de arresto de fin de semana (art. 88.2), o como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa (art. 53.1, párrafo 2.º, y 2). A tal efecto, serán módulos de conversión los establecidos, respectivamente, por los artículos 88.2 (cada arresto de fin de semana será sustituido por dos jornadas de trabajo) y 53.1, párrafo 2.º (cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo).

3.ª La pena de multa

La multa es la única pena pecuniaria que permanece en el sistema de sanciones del NCP, desapareciendo la pena de caución y configurándose el comiso como «consecuencia accesoria» en los artículos 127 y 128 del NCP.

El NCP, siguiendo las pautas marcadas por los textos prelegislativos anteriores y conforme al movimiento de reforma penal de los países de nuestro orbe cultural (41), incorpora –con carácter general– el denominado sistema escandinavo (42) de días-multa (art. 50.2), manteniendo –como excepción– la multa proporcional (art. 52) para ciertos delitos.

(39) *Vid.* críticamente, J. L. MANZANAREZ SAMANIEGO/B. ORDÓÑEZ SÁNCHEZ, ob. lug. ult. cit.

(40) El artículo 11 del RD 690/1996, de 26 de abril, añade –además de la protección que dispensa la LGP en materia de Seguridad Social– que los sentenciados a la pena de trabajo en beneficio de la comunidad «estarán protegidos por la normativa laboral en materia de seguridad e higiene en el trabajo».

(41) Además de Finlandia (1921), Suecia (1931), y Dinamarca (1939), el sistema de multa por cuotas fue adoptado por los códigos penales de Alemania (párrafo 40), Austria (párrafo 19), Francia (arts. 131-3.3.º, 131-5 y 131-25), y Portugal (art. 46).

(42) Se ha reivindicado que el sistema de días-multa es, originariamente, una construcción brasileña y no escandinava. El Código criminal del Imperio del Brasil de 1830 disponía en su artículo 55 lo siguiente: «La pena de multa obligará al reo al pago de una cuantía pecuniaria que será siempre regulada por lo que los condenados pudieran conseguir en un día por sus bienes, empleo o industria, cuando la Ley específicamente no lo designe de otro modo». *Vid.* REGIS PRADO, L., «Del sistema de cominación de la multa en el Código penal brasileño», *ADPCP*, 1992, pp. 695 y 696.

De esta manera, al introducirse como regla general el sistema de días-multa, el NCP viene a cumplir con una vieja aspiración de la doctrina penal española (43). Hasta ahora, es decir, hasta el 25 de mayo de 1996, el CP español consagraba el sistema tradicional de multa global, fijando una suma global de dinero, con máximos y mínimos. Así, la cuantía de la multa se establecía de modo fijo (por ejemplo, multa de un millón a cien millones de pesetas, prevista en el artículo 344 del CPA, para supuestos de tráfico de drogas), o proporcional (por ej., multa del tanto al séxtuplo de la cuantía defraudada, prevista en el artículo 349.1, párrafo 1.º, del CPA, para los casos de fraude fiscal recogidos en este precepto). Este sistema de multa proporcional se flexibilizaba en su régimen de aplicación y ejecución, al tener en cuenta «el caudal o facultades del culpable» y «la situación del reo» (arts. 63 y 90 del CPA).

Han sido muchos los argumentos que se han formulado a favor del sistema de días-multa, que con carácter general se incorpora al NCP, pudiendo destacarse —como los más relevantes— los siguientes: 1.º Permite una mayor clarificación en cuanto al procedimiento seguido para determinar la pena de multa, en el que se distinguen dos fases: la primera, en la que el Juez o Tribunal sentenciador establece, conforme a lo previsto por el CP para el delito en cuestión, un número determinado de cuotas (días, semanas, meses). Aquí, en esta fase, se opera con el mismo criterio que se postula en las penas privativas de libertad. La determinación del número de cuotas estará en función de la gravedad del delito, atendiendo al contenido de lo injusto y de la culpabilidad; y en la segunda fase se procederá a la individualización de la cuota (cantidad concreta de dinero), atendiendo sólo a la situación económica del penado. Una vez que se multiplique el número de días-multa por la cantidad correspondiente de la cuota diaria, se obtiene la sanción pecuniaria a pagar por el penado; 2.º Hace posible una más adecuada individualización de la pena, y, lo que es más importante, no presenta los inconvenientes que tenía la multa global o proporcional respecto del principio de igualdad ante la ley (44); 3.º En cuanto el pago es a plazos, se facilita su cumplimiento y se evita —en gran medida— el tener que acudir al criticable recurso del arresto sustitutorio o responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa; 4.º Su prolongación temporal aumenta los efectos intimidatorios y preventivo-especiales; 5.º En la moderna política criminal sirve como instrumento para sustituir las penas cortas privativas de libertad. El sistema de días-multa ya ha demostrado su eficacia, como alternativa a la pena privativa de liber-

(43) Las «III Jornadas de Catedráticos y Agregados españoles de Derecho Penal», celebradas en Santiago de Compostela en mayo de 1975, habían aprobado la resolución de que «el Derecho Penal español debe introducir el sistema de días-multa».

(44) En este sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992 declaraba que «la multa, aunque en teoría se mide de acuerdo con el caudal del culpable, es básicamente igualitaria...»

dad y respecto de la delincuencia leve y media, en países como Alemania, donde el porcentaje de multa en relación con la cifra global de condenas ha llegado hasta el 84 por 100 y sin pérdida de efectividad de pago por parte del condenado (45). No faltan ciertas objeciones al sistema de días-multa, pudiendo destacarse —entre otras— las siguientes: 1.^a No llega a eludir totalmente el arresto sustitutorio en los casos de impago de multa; 2.^a Los inconvenientes que se pueden derivar de la rigidez de su régimen de cumplimiento, en cuanto a las exigencias de tiempo y forma de pago a plazos; y 3.^a Las dificultades de su puesta en práctica, resultando fundamental que los Tribunales puedan obtener una información adecuada y datos fiables sobre la situación económica real del condenado, a los efectos de hacer posible la individualización de la pena de multa.

Veamos las características que presenta la regulación de la pena de multa en el NCP. En función de su naturaleza y duración, según lo previsto por el artículo 33, será pena menos grave la multa de más de dos meses [art. 33.3.g)], y pena leve cuando se trate de una multa de cinco días a dos meses [art. 33.4.c)]. La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía, será siempre pena menos grave [art. 33.3.h)]. Puede operar como sustitutiva de las penas de prisión de hasta dos años (art. 88).

El artículo 50.2 establece que la pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa (cfr. art. 52: multa proporcional), por el sistema de días-multa. La extensión de la pena de multa es de cinco días a dos años, salvo que se imponga como sustitutiva de una pena de prisión de uno o de dos años, en cuyo caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas previstas en el artículo 88 (art. 50.3) (46). El límite máximo de dos años tampoco será de aplicación cuando se hubiera de imponer la pena superior en grado y ésta excediera de aquel límite, pues en tal caso su duración máxima será de treinta meses (art. 70.2.4.^o). Los Jueces o Tribunales han de determinar motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas de aplicación de las penas (arts. 61 ss.), es decir, según la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad; y, asimismo, añade el artículo 50.5, fijarán en la sentencia, el importe de las cuotas, «teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo». Es fundamental que los Tribunales de justicia cuenten con datos contrastados y fiables sobre la situación económica real del reo, que hagan posible la individualización adecuada de la multa y se evite el

(45) Vid. JESCHECK, H. H., «Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal», en AA.VV. *La Reforma del Derecho Penal*, Bellaterra, 1980, pp. 18 y 19.

(46) Según el artículo 88.1 «cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa», pudiendo llegar —en el caso de sustituir a una pena de prisión de hasta dos años de duración— a cuarenta y ocho meses-multa.

poner en marcha un procedimiento meramente intuitivo, de cálculo aproximado, por parte del Juez o Tribunal sentenciador (47). Pues bien, estos criterios de medición de la multa, que conforme al sistema días-multa consagra el artículo 50.5 (gravedad de lo injusto y de la culpabilidad para la extensión o números de cuotas; y la situación económica del reo para la fijación de la cuantía de las cuotas), no se respetan por el propio legislador (48), cuando en la PE para determinar la multa de sistema por cuotas acude a criterios tales como «la utilidad obtenida y el daño causado» (art. 245.1, último inciso), o «la importancia de los daños» (art. 267.1, último inciso). El artículo 50.6 establece que el Tribunal sentenciador determinará en la sentencia el tiempo y forma del pago de cuotas, resultando muy escueta tal declaración y dejando excesiva discrecionalidad a los Tribunales de justicia para aplicar la multa temporal tanto en cuanto al tiempo como a la forma de pago de cuotas (49), aunque la especial sensibilidad y el buen criterio de los órganos jurisdiccionales competentes en el uso de aquella discrecionalidad pueden llegar a facilitar el pago de la multa y evitar el arresto sustitutorio (50). El Juez o Tribunal podrá reducir, excepcionalmente y tras la debida indagación de la capacidad económica del penado, el importe –y no el número– de cuotas, si después de la sentencia el reo empeorare su fortuna (art. 51). De esta manera, se trata de facilitar el cumplimiento de la multa y de lograr una aplicación justa de la misma, siendo –una vez más– fundamental para ello la información fiable que han de tener los Tribunales de justicia acerca de la situación económica real del penado.

(47) Así, en este sentido, MANZANARES SAMANIEGO (en «La pena de multa», en *La Ley*, año XVII, núm. 4015, 15.abril.1996, p. 3). señala que «desgraciadamente, si no se le proporcionan al Juzgador los datos fiables para acomodar el contenido de la cuota a la persona condenada, la nueva multa puede quedar en simple apariencia. Se corre entonces el peligro de que los Jueces y Tribunales calculen como hasta ahora el importe final de la multa –compensando a la baja la falta de informes seguros– y busquen después los factores que arrojarían aquel producto». Por su parte, CEREZO MIR considera (en *Consideraciones político-criminales sobre el Nuevo Código Penal de 1995*, cit., p. 3) que «las dificultades prácticas de aplicación no son insalvables si se regula por vía legal y reglamentaria la posibilidad de solicitar información a las Delegaciones de Hacienda y a los bancos».

(48) *Vid.* críticamente, GRACIA MARTÍN, L., *Prólogo a Código Penal y Leyes Penales especiales*, Egido edit., 1996, p. 22.

(49) El Proyecto de CP de 1980 (art. 56) y la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 (art. 46) establecían que «las cuotas diarias se abonarán en el momento en que la condena sea firme. Las semanales y mensuales, el último día de cada semana o mes». El Proyecto de CP de 1992 (art. 46.4) establecía que «las cuotas diarias, semanales y mensuales se abonarán una vez que la condena sea firme y en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal determine, a ser posible, en el último día de cada semana o mes». Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *Las penas en el Código Penal de 1995*, cit., p. 116.

(50) En este sentido, apunta CEREZO MIR (en ob. lug. ult. cit.) que «los Jueces y Tribunales, en el uso de su arbitrio, pueden disponer, cuando lo estimen oportuno, el pago a plazas de éstos coincidan con los de percepción de los ingresos».

El NCP, que ha adoptado con carácter general el sistema de días-multa, incurre en una grave incoherencia al mantener, en la regulación de la pena de multa, la antigua multa proporcional (51). El artículo 52 del NCP declara que «la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo», cuando así lo determine el CP (52). En tales casos, los Jueces o Tribunales –según establece el artículo 52.2– podrán recorrer toda la extensión en que la Ley permita imponer las multas, considerando para determinar su cuantía, principalmente, la situación económica del culpable y las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho. Se ha tratado de justificar el criticable mantenimiento de la multa proporcional, junto a la regla general del sistema días-multa que adopta el NCP, acudiendo a una serie de argumentos poco convincentes: 1.º El CGPJ ha destacado (53) que «el sentido que, básicamente, cabe encontrar a la reaparición de la multa proporcional –junto a la multa por cuotas– es entenderla como una respuesta para aquellos casos en que infracciones administrativas –idénticas cualitativamente al delito, aunque de menor gravedad– se hayan ya sancionadas con multas que superan los límites de la multa por cuotas». Esta argumentación no es convincente, aunque alude a un problema real, pues la solución correcta –como señala Cerezo Mir (54)– «no consiste en mantener la multa proporcional, sino en un replanteamiento general de los límites entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo»; y, 2.º Se insiste por un sector doctrinal (55) que la reaparición de la multa proporcional está justificada como instrumento eficaz para luchar contra ciertos fenómenos de la delincuencia de carácter económico, como los fraudes a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social, que llevan consigo grandes beneficios para el delin-

(51) MANZANARES SAMANIEGO (en ob. lug. ult. cit.) rechaza por «contradictoria y perturbadora» la reaparición de la multa tradicional, situada ahora junto a la nueva concepción por cuotas.

(52) El NCP contempla la multa proporcional para una serie de delitos, pudiendo citarse –entre otros– los siguientes: el delito de uso de información privilegiada (art. 285, multa del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido); delitos societarios (arts. 291, 292 y 295, multa del tanto al triple del beneficio obtenido); delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (arts. 305-309, multa del tanto al séxtuplo de la cuantía de lo defraudado); delitos contra la salud pública (arts. 368-71); delito de falsificación de moneda (art. 386); delito de cohecho (arts. 419-23). Cabe señalar que en la mayor parte de los supuestos citados –así como sucede, con cierta frecuencia, en la regulación general de la multa en el NCP– se prevé la imposición conjunta de la multa proporcional con la correspondiente pena de prisión, lo cual no deja de ser una contradicción en cuanto que con la multa se pretende evitar la imposición de la pena privativa de libertad.

(53) Vid. «El Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de CP de 1992», *Cuadernos del CGPJ* 11, p. 224.

(54) CEREZO MIR, J., ob. ult. cit., pp. 3 y 4.

(55) Vid. VALLDECABRES ORTIZ, I., en AA.VV. *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Valencia 1996, p. 344; SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El sistema de penas», en *La Ley*, año XVII, núm. 4010, 8 abril 1996, p. 3.

cuenta y graves perjuicios para terceros, y frente a los cuales la multa por cuotas puede resultar excesivamente benigna y por ello ineficaz como instrumento intimidatorio. Esta argumentación, que también asume el CGPJ (56), tampoco es convincente, pues para luchar frente a aquel sector de la delincuencia económica será más apropiado acudir a la pena privativa de libertad o a la multa por cuotas en alternatividad con la prisión, y, por otra parte, la dimensión económica tendrá su correctivo más bien en la pérdida o comiso de las ganancias o beneficios reportados por aquellas actividades delictivas (57).

Por último, dentro de la regulación que nos ofrece el NCP sobre la multa, es preciso aludir al arresto sustitutorio o responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. En los supuestos de multa por cuotas, en caso de impago de la multa, el condenado quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana o mediante trabajos en beneficio de la comunidad, en cuyo caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo (art. 53.1). En los supuestos de multa proporcional, los Jueces o Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, el arresto sustitutorio que proceda, sin que pueda exceder —en ningún caso— de un año de duración, y pudiendo acordar aquéllos, previa conformidad del penado, que se cumpla el arresto sustitutorio mediante trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53.2). Puede considerarse como un acierto del NCP (58), en su tendencia de fuga o huida de la prisión, el haber contemplado la posibilidad de sustituir el arresto sustitutorio, en caso de impago de multa, por el cumplimiento en régimen de arrestos de fin de semana,

(56) El «Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de CP de 1992», en *Cuadernos del CGPJ* 11, p. 224, consideraba que el ámbito de aplicación de la multa proporcional debía circunscribirse también a aquellos supuestos «en que resulte absolutamente necesaria en razón de la insuficiencia de la cuantía de la multa por cuotas».

(57) Vid. MANZANAREZ SAMANIEGO, J. L., *Comentarios al Código Penal, 1996*, cit., p. 32.

(58) De esta manera, parece que el legislador español acoge en el NCP la sugerencia formulada por nuestro TC (vid. en este sentido, D. LÓPEZ GARRIDO/M. GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 61), cuando en la importante STC 19/1988, de 16 de febrero de 1988 (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 1988), declaró la constitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de multa, regulado por el artículo 91 del CPA, aunque reconoció (en su fundamento jurídico 8) que pueden concebirse respuestas normativas y alternativas legales distintas a la que recogía el artículo 91 del CPA. Cfr. en la misma dirección la STC 230/1991, de 10 de diciembre de 1991 (BOE núm. 3, de 3 de enero de 1992). En nuestra doctrina penal ya se había apuntado la oportunidad y necesidad de que, además de la suspensión condicional, se aplicasen como medidas sustitutivas al arresto sustitutorio: el arresto domiciliario y la prestación de un trabajo de utilidad común (vid. ROLDÁN BARBERO, H., «Arresto sustitutorio y sanciones alternativas», en *ADPCP*, 1989, pp. 865 ss).

incomprensiblemente limitado a los supuestos de multa por cuotas, o mediante trabajos en beneficio de la comunidad, aplicable a ambas modalidades de multa. Además, conviene tener presente que será posible dejar en suspenso la ejecución de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, ya que el artículo 80.1 lo permite para todas las penas privativas de libertad —y el arresto sustitutorio, conforme al artículo 35, lo es— inferiores a dos años.

Por último, la responsabilidad personal subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años (art. 53.3); y, el cumplimiento de aquélla extingue la obligación de pago de la multa, aunque el reo mejore de fortuna (art. 53.4).

III. EL SISTEMA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

El NCP incorpora una sistema global de medidas de seguridad, junto al de las penas, abandonando la criticable regulación anterior. En efecto, la regulación de las medidas de seguridad en el Derecho Penal español se ha caracterizado tradicionalmente, con la salvedad del CP de 1928 (59), por su dispersión y por estar ubicadas —en gran medida— en leyes especiales de prevención sin delito (60). Nada nos dice la Exposición de Motivos del CP de 1995 sobre el nuevo sistema de medidas de seguridad que incorpo-

(59) El CP de 1928 introduce en nuestro Derecho el sistema dualista, dando entrada en el CP a las medidas de seguridad al lado de las penas. Dedicó, fundamentalmente, el capítulo III («De las medidas de seguridad y sus clases», arts. 90 ss.) del tít. III del libro I del CP a la regulación de las medidas de seguridad, destacando sobre todo la previsión de medidas de seguridad (de disolución, supresión o suspensión) aplicables a entidades o personas jurídicas, sociedades, corporaciones o empresas por su peligrosidad objetiva, es decir, por utilizar la estructura organizativa de la persona jurídica para cometer delitos (arts. 92 y 93). En el sistema de medidas del CP 1928 no se precisa, con claridad, el fundamento de las medidas de seguridad, que se relaciona con la peligrosidad social del sujeto (art. 97) y con un planteamiento de política criminal defensiva, es decir, de defensa de la sociedad frente a los delincuentes vagos, bebedores habituales, toxicómanos...

(60) Las medidas de seguridad han sido tradicionalmente reguladas por leyes especiales: Por la Ley de Vagos y Maleantes (LVM) de 4 de agosto de 1933, que se caracterizaba por ser una Ley sobre peligrosidad sin delito (vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito*, RGLJ, 163, 1933, pp. 577 ss.), estableciendo medidas de seguridad predelictivas y confundiendo la peligrosidad criminal con la social, y porque partía de postulados defensistas que llevaron consigo a que en la práctica se aplicase con fines gubernativos y represivos (vid. DEL ROSAL, J., *Lecciones de Derecho Penal español, II*, 1960, p. 307); y, por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (LPRS) de 4 de agosto de 1970, que mantiene y agudiza todavía más los defectos de la Ley de Vagos (vid. AMTÓN ONECA, J., «El Derecho Penal de la postguerra», en *Problemas actuales de Derecho Penal y Procesal*, Salamanca, 1971, p. 173). En efecto, la LPRS de 1970, como reconoce en su Preámbulo, mantiene sustancialmente los principios en los que se inspiró la Ley de 1933, y viene a ser una reforma de adaptación.

ra a nuestro texto punitivo básico (61). Antes de entrar en el estudio de los aspectos fundamentales del sistema de medidas de seguridad en el NCP, conviene destacar como dato positivo que el NCP deroga la crítica-ble LPRS (Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto

Por otra parte, la regulación de las medidas aparecían dispersas en la situación anterior al NCP: 1. En el CPA, para los supuestos de inimputabilidad de enajenación mental (art. 8.1.^a) y de alteración en la percepción (art. 8.3.^a), de semiimputabilidad (art. 9.1.^a, párrafo 2.^o, en los casos de eximente incompleta en relación con los núms. 1 y 3 del art. 8), y la medida de reeducación sustitutiva de la pena en el supuesto recogido por el artículo 65 para el mayor de 16 años y menor de 18. 2. En la legislación de menores, especialmente, en la Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, de 5 de junio de 1992, que modifica la Ley de Tribunales Tutelares de menores (D 11 de junio de 1948) y su denominación, que será la de LO de 5 de junio de 1992. El artículo 17 de esta LO permite imponer a los mayores de 12 años y menores de 16 que hayan cometido hechos tipificados en la ley penal como delitos o faltas, por parte del Juez de Menores, las medidas siguientes: 1.^a Amonestación o internamiento por tiempo de uno a tres fines de semana; 2.^a Libertad vigilada; 3.^a Acogimiento por otra persona o núcleo familiar; 4.^a Privación del derecho a conducir ciclomotores o vehículos de motor; 5.^a Prestación de servicios en beneficio de la Comunidad; 6.^a Tratamiento ambulatorio o ingreso en un Centro de carácter terapéutico, y 7.^a El ingreso en un Centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado. En el caso de que se trate de un menor de 12 años, según establece el artículo 9.1.^o, párrafo 2.^o, de la citada LO de 5 de junio de 1992, «será puesto, en su caso, a disposición de las Instituciones administrativas de protección de menores». En esta materia, sobre el menor en el NCP, conviene tener presente lo siguiente: la disposición final séptima del NCP, que en su párrafo 2.^o declara que «queda exceptuada la entrada en vigor de su artículo 19 hasta tanto adquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto». El artículo 19 del NCP establece que «los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código. Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor»; La disposición derogatoria única 1.a) del NCP exceptúa de la derogación y mantiene la vigencia de —entre otros— los artículos 8.2.^o (mayoría de edad penal a partir de los 16 años), 9.3.^a (atenuación por ser el culpable menor de 18 años), la regla 1.^a del artículo 20 en lo que se refiere al artículo 8.2.^o (responsabilidad civil por los hechos ejecutados por un menor de 16 años), y 65 (posibilidad de sustituir la pena atenuada, aplicable al mayor de 16 años y menor de 18, por una medida de internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable) del CP, texto refundido de 1973 (CPA). La no aprobación de la Ley Penal Juvenil y del Menor obliga a mantener el régimen punitivo que para los menores delincuentes estaba previsto en el CPA, lo que —como señala MUÑOZ CONDE (en «El Moderno Derecho Penal en el Nuevo Código Penal. Principios y tendencias», en *La Ley*, año XVII, núm. 4043, 24 de mayo de 1996, p. 9)— «no deja de ser frustrante y desesperanzador»; y la disposición adicional segunda del NCP, que trata de garantizar una adecuada coordinación entre las entidades públicas encargadas en el territorio de la protección de menores y el Ministerio Fiscal, para que adopten las medidas oportunas conforme a sus competencias, frente a ciertas situaciones de menores de edad o incapaces que se encuentren en estado de prostitución.

(61) Es preciso acudir a la Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992, donde sí se alude a las medidas de seguridad, al declarar que «las medidas de seguridad, exclusivamente post delictuales, se relacionan de forma cerrada y pueden ser privativas y no privativas de libertad. Se someten plenamente al llamado sistema vicarial...».

de 1970). La LPRS recogía la regulación básica de estas sanciones penales en nuestro Derecho (62), admitiendo las medidas de seguridad predelictivas y siendo la ambigua e indeterminada «peligrosidad social» del sujeto el fundamento de las medidas de seguridad. De esta manera, teníamos una regulación de las medidas de seguridad difícilmente compatible con las garantías propias de un Estado de Derecho y con las exigencias de la CE (63).

Veamos los aspectos más relevantes que nos ofrece el sistema de medidas de seguridad en el NCP: 1.º Los principios; 2.º Los presupuestos de aplicación; 3.º La naturaleza y clases de las medidas de seguridad; 4.º Las relaciones entre las penas y las medidas de seguridad (el sistema vicarial), y, 5.º La ejecución de las medidas de seguridad.

1.º *Los principios que informan la regulación de las medidas de seguridad*

El NCP, siguiendo las directrices marcadas por la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, ubica sistemáticamente

(62) Los mayores inconvenientes de la LPRS provienen de sus propios postulados: el criterio ambiguo de la «peligrosidad social», como fundamento de las medidas de seguridad; el mantenimiento de las medidas de seguridad predelictivas; la confusión entre supuestos de peligrosidad sin delito y postdelictivos; la rigidez para solucionar el problema del concurso entre penas y medidas de seguridad privativas de libertad; ... (vid. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho Español*, 1976; y ROMEO CASABONA, C. M., *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, 1986. Sobre las modificaciones posteriores a la LPRS de 1970, motivadas por razones políticas (final del régimen autoritario del general Franco y comienzos de la moderna democracia española), recogidas en las Leyes de 28 de noviembre de 1974 y de 26 de diciembre de 1978, vid. JORGE BARREIRO, A., «La reforma de 1978 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social», en *Comentarios a la Legislación Penal*, dir. COBO DEL ROSAL y coord. BAJO FERNÁNDEZ, II, *El Derecho Penal del Estado democrático*, 1983, pp. 483 ss.

(63) En efecto, la LPRS viene a ser un cuerpo extraño en el marco de un Estado de Derecho e incompatible con los principios y garantías de legalidad y de seguridad jurídica que consagra nuestra Constitución de 1978 (arts. 9.3 y 25.1 de la CE). La posibilidad de aplicar medidas de seguridad, que pueden llevar consigo la privación de libertad del sujeto peligroso, sin necesidad de que se hubiere cometido previamente un hecho delictivo y en cuanto tienen un fundamento tan indeterminado, como es el de la peligrosidad social, ponen en entredicho los mencionados principios constitucionales y propios de un Estado de Derecho. Nuestro TC ha considerado inconstitucionales las medidas de seguridad predelictivas por violar el principio de legalidad penal recogido en el artículo 25.1 de la CE, con argumentos técnicamente incorrectos, al señalar —entre otras consideraciones— que no cabe aplicar ninguna medida de seguridad a quien no haya sido declarado todavía culpable de la comisión de un ilícito penal (cfr. SSTC 59/1985, de 27 de noviembre; 23/1986, del 14 de febrero, y, 21/1987, 19 de febrero), confundiendo conceptos básicos del Derecho Penal: una cosa es la aplicación de una pena, que presupone la culpabilidad del sujeto; y otra, bien distinta, es la aplicación de una medida de seguridad, que presupone la peligrosidad criminal del sujeto, que podrá concurrir y apreciarse en un inimputable. Para un análisis crítico de esta desacertada doctrina constitucional española sobre las medidas de seguridad, vid. GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal español*, por GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, 1996, pp. 369 ss.

las garantías y principios rectores de las medidas de seguridad, conjuntamente con los de las penas, en el Título Preliminar («De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal») del CP. Dentro de este apartado, se pueden destacar los siguientes principios que son aplicables a las medidas de seguridad: 1. El de legalidad que se consagra en el artículo 1.2, al declarar que «las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley». Se trata de una regulación incompleta del principio de legalidad, pues se refiere sólo a los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad, debiendo completarse con lo previsto por el inciso 2.º del artículo 2.1, es decir, con la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes que establezcan medidas de seguridad (64); 2. El de jurisdiccionalidad, recogido en el artículo 3.1: «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales»; 3. El de ejecución, consagrado en el artículo 3.2, cuando declara que «tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces o Tribunales competentes»; 4. El fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal del sujeto, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito (art. 6.1), y 5. El de proporcionalidad, recogido por el artículo 6.2, que por su carácter novedoso y «peculiar» formulación merece un estudio aparte.

El artículo 6.2 consagra el principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad, en los siguientes términos: «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». Esta deficiente formulación del principio de proporcionalidad proviene

(64) En este sentido, destaca GRACIA MARTÍN —en ob. ult. cit., p. 369— que el artículo 1.2 establece sólo el principio de legalidad en relación con los presupuestos de la aplicación de las medidas, pero el segundo inciso del artículo 2.1 sí recoge implícitamente el principio de legalidad de las medidas en cuanto prohíbe aplicar retroactivamente una medida de seguridad, y presupone la exigencia de que la medida aplicable ha de estar prevista por la ley en el momento en que el sujeto sea declarado peligroso e incluido en el supuesto de aplicación de aquélla. Conviene llamar la atención sobre la peculiar problemática de la retroactividad en el ámbito de las medidas de seguridad, debiendo tener presente que éstas tienen su fundamento en un estado personal de peligrosidad criminal que se prolonga en el tiempo, y que puede subsistir durante una sucesión de leyes y aparecen como supuesto fáctico actual respecto de cada una de ellas (vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, PG, 1977, p. 132). Este aspecto fundamental y diferenciador de las medidas de seguridad parece ser que no se ha tenido en cuenta al redactar el mencionado inciso 2.º del artículo 2.1 («carece, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad»). En el sentido crítico apuntado, vid. GRACIA MARTÍN, L., ob. ult. cit, p. 374.

del Proyecto de CP de 1992 (art. 4.2) y de las tesis sostenidas al respecto por un sector de nuestra doctrina penal (65). La Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992 trataba de justificar la nueva formulación del principio de proporcionalidad, al señalar que «atendiendo una reivindicación ya antigua en la praxis penal española, y, por demás, impuesta por la garantía de legalidad, la duración de las medidas se somete a la que hubiera tenido la pena si el sujeto hubiese sido declarado plenamente responsable. De esa manera se terminará con una situación en la que cupieron internamientos indefinidos, en ocasiones justificados en nombre de una supuesta utilidad sanitaria, desconociendo que el sistema penal no puede ser subsidiario de la asistencia administrativo-sanitaria». Pues bien, estas ideas de la mencionada Exposición de Motivos vienen a informar la formulación del principio de proporcionalidad, recogida en el artículo 6.2 del NCP, y se desarrollan en los artículos 95.2 y 101-104 del NCP (66). Por lo

(65) Vid. por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo*, en *Derecho Penal y control social*, 1985, pp. 70 ss. Este autor, en ob. ult. cit., p. 75, reconoce que el principio de proporcionalidad y el de intervención mínima no son garantías suficientes para saber *a priori* el tiempo de duración de la medida y siempre existe el peligro de que pueda durar más que la pena. A tal planteamiento crítico, añade MUÑOZ CONDE que «la única manera de evitarlo era intentar traducir los mismos o similares criterios utilizados en la medición de la pena en la limitación de la medida. Indirectamente los criterios utilizados en la medición de la pena también pueden ser utilizados como criterios orientadores de la duración de la medida, manteniendo con ello una situación similar tanto para el sometido a la pena, como para el sometido a la medida. En pocas palabras, la medida en ningún caso podría durar más del tiempo del que hubiera debido durar la pena, caso de poder haber sido impuesta en los plenamente inimputables, o que la efectivamente impuesta en los semiimputables».

(66) El artículo 95.2 establece una importante limitación para imponer medidas de seguridad privativas de libertad, cuando declara que si la pena a imponer por el delito cometido no fuera privativa de libertad, el Juez o Tribunal sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 105, que son no privativas de libertad. Esta disposición está en la misma línea marcada por la reforma de 1983 del CP (LO 25 de junio de 1983) en relación con el tratamiento previsto por el artículo 9.1.^a, 2.^o, del CPA para los semiimputables.

En los artículos 101-103 (inimputables) y 104 (semiimputables) se establece, respectivamente, que la medida de internamiento no podrá exceder del tiempo que habría la pena privativa de libertad si hubiera sido declarado responsable el sujeto (arts. 101-103), y aquella sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito (art. 104). Cabe entender, a pesar de cierta contradicción de criterios que se aprecia entre los dos supuestos (inimputables y semiimputables), que el criterio a seguir es el del marco de la pena abstracta fijada en la PE para el delito de que se trate (*vid.* en este sentido MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 51, y GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 391. En contra GARCÍA ARÁN, en PG, cit., p. 612, quien considera que para los supuestos de inimputabilidad (arts. 101-103) cuando se alude a la pena como límite temporal del internamiento, debe atenderse a la pena que concretamente hubiera resultado de ser declarado responsable el sujeto).

que se refiere a la desafortunada fórmula del principio de proporcionalidad aplicable a las medidas de seguridad, prevista por el artículo 6.2 del NCP, podemos apuntar las siguientes observaciones: 1.^a Cuando se señala por el artículo 6.2 que «las medidas de la seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido», hay que cuestionar cómo se puede entender si una medida de seguridad es más o menos gravosa que una pena en el caso de que ambas tuvieran una naturaleza diferente (privativa de libertad una y no privativa de libertad otra), es decir, que podrán darse supuestos en que la comparación entre ambas sanciones será difícil o por no decir imposible (67); 2.^a Tal formulación confunde y equipara, en cierta forma, los conceptos, fundamentos y fines de la pena con los de las medidas de seguridad, con todos los inconvenientes que ello conlleva (68). Una adecuada formulación del principio de proporcionalidad respecto de las medidas de seguridad, ha de tener en cuenta preferentemente, el fundamento de las mismas, que es —como reconoce el artículo 6.1— la peligrosidad criminal del sujeto manifestada por la comisión de un hecho previsto como delito, y también la gravedad de los delitos que probablemente aquél pueda cometer en el futuro. Por todo ello, aunque el NCP muestra en la formulación del artículo 6.2 una encomiable preocupación garan-

(67) *Vid.* en este sentido crítico, GRACIA MARTÍN, L., ob. ult. cit., p. 389. Cfr. VIVES ANTÓN, T. S., en AA.VV. *Comentarios al Código Penal de 1995, I*, Valencia, 1996, pp. 63 y 64.

(68) En este sentido crítico, *vid.*, entre otros autores, CEREZO MIR (en *La Ley*, año XVII, núm. 4063, 21 junio 1996, cit., pp. 4 y 5: «las medidas de seguridad, a diferencia de las penas, no tienen que ser necesariamente proporcionadas a la gravedad de los delitos cometidos, sino únicamente a la peligrosidad del delincuente... El delito cometido puede ser de escasa gravedad, pero aparecer como sumamente probable la comisión futura de delitos muy graves»); GRACIA MARTÍN (en *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 388: «Si el supuesto de hecho de la medida de seguridad es la peligrosidad criminal y sus fines son únicamente los de la prevención especial, la exigencia de que la medida ha de ser proporcional a la gravedad del delito ya cometido y, como consecuencia de ello, que la duración de la medida no puede rebasar la de la pena, implica una confusión total de los fundamentos de la pena (la culpabilidad) y de las medidas de seguridad (la peligrosidad)»); LUZÓN PEÑA (en *Jueces para la Democracia*, 14, 3/1991, cit., p. 57, destacando lo criticable que resultaba la fórmula del 4 del Anteproyecto de CP de 1992, hoy plasmada en el artículo 6.2 del NCP, en el sentido de que «la gravedad del hecho pasado y de la culpabilidad van a funcionar siempre como límite estricto de las medidas (aunque sólo en comparación con la pena abstracta, no con la concreta impuesta en la medición de la pena), y ello, aparte de no explicarse desde los fines preventivo-especiales de la medida, sino desde fuera de ésta, quizá sea demasiado rígido». Nuestro TC declara, con buen criterio, que «la medida de internamiento ha de ser proporcional a la peligrosidad del sujeto y no al delito cometido, y que la medida y su duración no ha de depender del tipo de la pena y duración que le hubiere correspondido al sujeto de no serle de aplicación la eximente de enajenación mental» (STC 24/1993, de 21 de enero).

tista y limitadora de las medidas de seguridad, conviene destacar la desafortunada regulación del principio de proporcionalidad prevista por el NCP, pues en el ámbito de las medidas de seguridad tal principio debe asentarse en la relación proporcional —como señalaron los proyectos de 1980 y 1983 (69)— entre la gravedad de la medida y la del grado de peligrosidad criminal del sujeto y la gravedad de los hechos delictivos que sea probable que éste pueda cometer en el futuro, es decir, ha de conectarse con los elementos que configuran y caracterizan las medidas de seguridad y no —como postula el artículo 6.2 del NCP— con los que son propios de la pena (delito cometido/pena abstractamente aplicable); y, 3.^ª) En el inciso final del artículo 6.2, al declarar que las medidas de seguridad no pueden exceder «el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor», se recoge el principio de intervención mínima (70).

2.º *Los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad*

Según el artículo 95 del NCP la aplicación de las medidas de seguridad requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: 1. Que el sujeto se encuentre comprendido en uno de los supuestos previstos por el CP: los supuestos de inimputabilidad —exentos de responsabilidad criminal conforme a los números 1.º, 2.º, y 3.º del artículo 20 (71)— según los artículos 101, 102 y 103; y, los casos de semiimputabilidad —de eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20—, conforme a lo previsto por el artículo 104. El artículo 105 permite al Juez o Tribunal acordar, desde un principio o durante la ejecución, para los casos previstos en los

(69) El artículo 133 del Proyecto de CP de 1980 establecía que «las medidas de seguridad guardarán proporción con la peligrosidad revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer»; y, por su parte, el artículo 88.1 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 declaraba que «las medidas de seguridad serán necesariamente proporcionadas a la peligrosidad criminal del sujeto y a la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que aquél pueda cometer».

(70) En este sentido, señalaba MUÑOZ CONDE —en *Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo*, cit., p. 70— que «conforme al principio de intervención mínima, la medida debe durar el tiempo indispensable para conseguir eliminar la peligrosidad criminal del enfermo mental». Se trata de recordar algo tan evidente como que si no hay peligrosidad criminal del sujeto no procede la imposición de una medida de seguridad, pues faltaría su fundamento (art. 6.1) y uno de los presupuestos necesarios para su aplicación (arts. 95.1.2.^ª, y 97.a).

(71) Los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 se refieren, respectivamente, a los supuestos de quienes al tiempo de cometer la infracción penal no pueden comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, «a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica» (núm. 1) o por encontrarse «en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancia psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos... o bajo la influencia de un síndrome de abstinencia» (núm. 2) o a quienes, «por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad» (núm. 3).

artículos 101 a 104, una serie de medidas no privativas de libertad. Además, conviene no olvidar la posibilidad, recogida en el artículo 108, de imponer al extranjero, no residente legalmente en España, la medida de expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicables; y debemos recordar la vigencia del artículo 65 del CPA que permite aplicar, como sustitutiva de la pena, una medida privativa de libertad de carácter rehabilitador para los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho. En esta panorámica que nos ofrece el NCP sobre los supuestos previstos para aplicar las medidas de seguridad, llama la atención y resulta criticable la falta de previsión de medidas de seguridad para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave, frente a los cuales no es suficiente la pena ni siquiera con la agravación de la reincidencia que se mantiene –artículo 22.8.^a– en el NCP (72). Era mucho más acertada la opción de política criminal que formularon otros textos prelegislativos anteriores, de haber previsto medidas privativas de libertad específicas para los delincuentes habituales peligrosos y de suprimir la agravante de reincidencia (73); 2. Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito (art. 95.1.1.^a), es decir, que las medidas de seguridad en el NCP han de ser post-delictivas, desterrando acertadamente las medidas de seguridad predelictivas, cuya permanencia en la LPRS suponía un atentado contra el principio de legalidad. De esta manera, la exigencia de la previa comisión de un delito cumple –como señala Rodríguez Mourullo (74)– una triple función garantizadora: refuerza el pronóstico de peligrosidad (el sujeto ha demostrado ya su capacidad y energía criminal al haber cometido un hecho punible), fortalece la vigencia del principio de legalidad (el presupuesto de aplicación de la medida obtiene un ingrediente objetivo, el tipo legal objetivo

(72) Vid. críticamente, entre otros, CEREZO MIR, en *La Ley*, año XVII, núm. 4063, 21 de junio de 1996, cit., p. 5, al señalar que «uno de los mayores defectos del nuevo Código Penal desde el punto de vista político-criminal, es la falta de previsión de medidas de seguridad postdelictuales para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave», denunciando también la insuficiencia de la agravante de reincidencia para hacer frente a su peligrosidad. Por otra parte, como destaca LUZÓN PEÑA (en *Jueces para la Democracia*, 14, 3/1991, cit., p. 58), puede haber habitualidad sin reincidencia, y estaría justificada la previsión de una medida acumulativa de internamiento a la pena, para los habituales de delitos graves.

(73) Vid. el Proyecto de CP de 1980 (el artículo 150 preveía para los delincuentes habituales, como complemento de la pena correspondiente al delito cometido, el internamiento en un centro de terapéutica educativa o de rehabilitación social, sin que pueda exceder de diez años. El artículo 28.11.^a mantenía las agravantes de reincidencia), y la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 (el art. 100.1 establecía que «a los delincuentes habituales el Tribunal les impondrá, además de la pena correspondiente, el internamiento en un centro de terapia social por un tiempo que no podrá exceder de cinco años. Este internamiento podrá ejecutarse antes o después del cumplimiento de la pena». Desaparecían las agravantes de reincidencia).

(74) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», en AA.VV. *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia 1974, pp. 363 y 364.

correspondiente al hecho ejecutado por el sujeto peligroso), y reduce a límites tolerables la función preventiva por parte del poder punitivo del Estado en su lucha contra el delito. De la regulación de las medidas de seguridad en el NCP, por su referencia expresa al «delito» y por la formulación del principio de proporcionalidad, cabe entender que el término «delito» se refiere a la comisión de un delito en sentido estricto (grave o menos grave) y no a la falta (75). Además, de acuerdo con cierto sector doctrinal (76), conviene tener presente que la aplicación de la medida de seguridad post-delictiva presupone la comisión de un hecho delictivo típicamente antijurídico, y 3. Que concurra un estado personal de peligrosidad criminal del sujeto, es decir, que se pueda apreciar y formular positivamente, en el caso concreto, un juicio de pronóstico acerca de la probabilidad o relevante posibilidad de que el sujeto llevará a cabo una conducta delictiva en el futuro. De esta manera, el NCP abandona el criticable e indeterminado presupuesto de la «peligrosidad social», que recogía la derogada LPRS de 1970 y que no cualificaba la peligrosidad (77).

3.º *La naturaleza y clases de las medidas de seguridad*

Según el artículo 96 del NCP «las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad».

Las medidas de seguridad privativas de libertad son: el internamiento en centro psiquiátrico; el internamiento en centro de deshabitación, y el internamiento en centro educativo especial (art. 96.2).

La medida de internamiento en centro psiquiátrico no se recoge expresamente en ninguno de los supuestos previstos en el NCP (arts. 101-104) para aplicar medidas de seguridad. Cabe entender que se refiere a la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un

(75) *Vid.* artículos 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»), 95.1 (1.º «que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito»), 95.2 («Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad...»). A favor de esta tesis, de entender el delito en sentido estricto como delito (delitos graves y menos graves, arts. 13 y 33) y no como falta, *vid.* GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 379 y 380.

(76) *Vid.* LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal*, PG, I, 1996, p. 577; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, PG, 4.ª ed., 1996, p. 421.

(77) El artículo 2.b) de la LPRS de 1970 establecía la «peligrosidad social» como uno de los presupuestos de las medidas de seguridad. La peligrosidad social, que se refiere a la probabilidad o relevante posibilidad de que el sujeto realice actos socialmente dañosos en el futuro, aparecía confundida en la LPRS con la peligrosidad criminal que sí cualifica con precisión la peligrosidad, referida a la comisión de delitos en el futuro (*vid.* LANDECHO, C. M., «Peligrosidad social y peligrosidad criminal», en AA.VV., *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Valencia 1974, pp. 251 ss.; ROMEO CASABONA, C. M., *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*, cit., pp. 44 ss.).

«establecimiento adecuado» (centro psiquiátrico) al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie (arts. 101 y 104), aplicable a los inimputables (art. 20, núm. 1), y semiimputables (art.21.1.^a en relación con el artículo 20, núm. 1). El NRP (Nuevo Reglamento Penitenciario, RD 190/1996, de 9 de febrero), se refiere en su artículo 183 a los establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias, definiéndolos como «aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes». Y el artículo 184, letra b), declara que el ingreso en tales centros se llevará a cabo en el caso de «personas a las que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el Código Penal les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario». Aquí, con relación a esta medida de internamiento, cabe formular dos observaciones críticas: 1.^a La medida primera del artículo 96.2 del NCP (internamiento en centro psiquiátrico) no se contempla en ninguno de los supuestos que recoge el NCP, y 2.^a Su concreción se puede encontrar en el NRP (arts. 183 ss.), donde se alude a establecimientos psiquiátricos penitenciarios, es decir, a centros o dependencias de centros penitenciarios. Por lo tanto, sigue sin lograrse el objetivo doctrinal de cumplir esta clase de medidas en centros hospitalarios o en establecimientos dependientes de los servicios de salud comunitarios (78).

La medida de internamiento en centro de deshabitación está prevista para los exentos de responsabilidad criminal conforme al número 2.^o del artículo 20 (por encontrarse en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos..., o por hallarse bajo la influencia de un síndrome de abstinencia), y para los semiimputables por la aplicación de la correspondiente eximente incompleta (cfr. arts. 102 y 104). El artículo 102.1 se refiere a centros de deshabitación públicos o privados, debidamente acreditados u homologados. El artículo 182 del NRP alude al internamiento en centros de deshabitación para los penados clasificados en tercer grado que necesiten un tratamiento específico para deshabitación de drogodependencias y otras adicciones, estableciendo en su apartado 3 que «la Administración Penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal». Aquí, se puede reproducir la situación de desigualdad que ya se daba en el tratamiento de penados adictos al consumo de drogas y clasificados en tercer grado (79), es decir, que de acuerdo con la

(78) Vid. GARCÍA ALBERO, R., en AA.VV., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 518 ss.

(79) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Comentarios al Código Penal*, por J. L. MANZANARES/J. CREMADES, 1996, p. 50.

situación económica del penado y del peligroso o de sus familias se podrá ir o no al centro de deshabitación privado homologado para cumplir con el correspondiente tratamiento extrapenitenciario.

Por último, dentro de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el NCP, está la medida de internamiento en un centro educativo especial que es aplicable a los inimputables conforme al núm. 3 del artículo 20 y a los semiimputables relacionados con tal situación, de tener alterada gravemente la conciencia de la realidad (cfr. arts. 103 y 104). Se trata de una medida de marcado carácter pedagógico encaminada a cubrir el déficit de instrucción del sujeto sometido a la misma, y se entiende que se llevará a cabo en unidades extrapenitenciarias (cfr. art. 182 NRP). Conviene advertir que será posible aplicar la medida de internamiento en centro especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir una corrección, a los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho, como sustitutivo de la pena atenuada que le hubiera sido impuesta [art. 65 del CPA, todavía vigente según la Disposición derogativa única, 1, a) del NCP].

Las medidas de seguridad no privativas de libertad son las recogidas en los artículos 96.3 y 105 del NCP. Sólo son aplicables, al igual que las medidas privativas de libertad, a los sujetos inimputables y a los semiimputables. Cabe criticar el solapamiento y el confusiónismo que provoca la regulación de las medidas no privativas de libertad en los artículos 96.3 y 105 (80), que no son coincidentes (81). El artículo 96.3 recoge como medidas no privativas de libertad: la prohibición de estancia y residencia en determinados lugares (art. 96.3.1.^a), que tiene como duración máxima cinco años [art. 105.1.c)]. Recuerda la vieja, y derogada por el NCP, pena de destierro (82); la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores (art. 96.3.2.^a), cuya duración máxima será de diez años [art. 105.2.b)]. Tal medida es sustancialmente idéntica a la pena privativa del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores [art. 39.d)]; la privación de licencia o del permiso de armas (art. 96.3.3.^a), por un tiempo de hasta diez años [art. 105.2.a)], que se viene a corresponder con la pena

(80) Vid. críticamente, entre otros, TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, por TERRADILLOS/MAPELLI, 3.^a ed., 1996, p. 206; GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, PG, por M. CONDE/G. ARÁN, cit., pp. 610 y 11; GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 399 ss.

(81) Así, en el artículo 105 no se recogen las medidas no privativas de libertad, recogidas en el artículo 96.3, de inhabilitación profesional y de expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, que se regulan, respectivamente, en los artículos 107 y 108.

(82) Cfr. artículo 88 del CPA. Las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios socialistas de Cataluña (núm. 129) y socialista (núm. 390) al artículo 135.8.^a del Proyecto de CP de 1980, que recogía la medida de prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe, proponían la supresión de tal precepto porque consideraban a esa medida como una mera reconversión de la pena de destierro.

privativa del derecho a la tenencia y porte de armas [art. 39.e)]; la inhabilitación profesional (art. 96.3.4.^a), por un tiempo de uno cinco años, y cuyo contenido es similar a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo, o empleo [arts. 107 y 39.b)]; la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España (art. 96.3.5.^a), por un plazo que no puede exceder de diez años, y que opera como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables (art. 108); y «las demás previstas en el artículo 105 de este Código». Pues bien, el artículo 105 recoge gran parte de las medidas no privativas de derechos que se contienen en el artículo 96.3 –salvo las de inhabilitación profesional (art. 107) y de expulsión del extranjero no residente legalmente en España (art. 108)– y añade las siguientes medidas no privativas de libertad, cuya duración no podrá exceder de cinco años: la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario [art. 105.1.a)]; la obligación de residir en un lugar determinado [art. 105.1.b)], que nos recuerda la vieja, y derogada por el NCP, pena de confinamiento (83); la prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas (art. 105.1.d), de difícil o prácticamente imposible control de su cumplimiento (84); la custodia familiar, quedando el sometido a esta medida al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia [art. 105.1.e)]; y el sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares [art. 105.1.f)]. Esta última medida no privativa de libertad, que proviene del Proyecto del CP de 1994, adolece de falta de concreción, atentando contra el principio de legalidad, al referirse en su inciso final a «otros programas similares». El artículo 106 establece que el Juez o Tribunal dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise

(83) Cfr. artículo 87 del CPA. Las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios socialistas de Cataluña (núm. 128) y socialista (núm. 389) al artículo 135-7.^a del Proyecto de CP de 1980, que preveía la medida de obligación de residir en un lugar determinado, proponían la supresión de esta medida en cuanto venía a ser una mera reconversión de la pena de confinamiento.

(84) En este sentido se manifestaban las enmiendas de los grupos parlamentarios socialistas de Cataluña (núm. 130) y socialista (núm. 391), al proponer la supresión de la medida 9.^a del artículo 135 del Proyecto de CP de 1980, que se refería a la «prohibición de concurrir a determinados lugares o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o donde se consuman estupefacientes o drogas tóxicas», señalando que «en lo que se refiere a la prohibición de visitar establecimientos de bebidas, la práctica imposibilidad de control de cumplimiento de la misma la hace ineficaz, además este tipo de locales, dada la idiosincrasia de la sociedad española, se convierten de facto en centros habituales de reunión social, por lo que la prohibición de concurrir a los mismos no parece acertada».

y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad.

La criticable regulación de las medias de seguridad no privativas de libertad en el NCP, entre otras razones por el solapamiento entre los artículos 96.3 y 105, da lugar a ciertas e importantes contradicciones. Así, según el artículo 95.2, «cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 105», que —como hemos visto— no se corresponden con las recogidas en el artículo 96.3. En tales casos, no se podrán aplicar las medidas de inhabilitación profesional y de expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España, pues no se encuentran recogidas en el artículo 105, sino en los artículos 107 y 108. En cambio, las medidas no privativas de libertad previstas en el artículo 96.3, que contempla las del artículo 105, sólo se podrán aplicar cuando la pena señalada abstractamente al delito fuere privativa de libertad (arts. 101-104) (85).

4.^a *Las relaciones entre las penas y medidas de seguridad privativas de libertad*

El NCP ha adoptado el sistema dualista (delito-pena; estado de peligrosidad criminal-medida de seguridad), y, con ello, ha asumido los riesgos de incurrir en una de las causas por las que se puede hablar de la crisis del Derecho Penal: la doble privación de libertad que puede llevar consigo la aplicación conjunta de penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Para resolver este problema, el NCP adopta, siguiendo la solución que se ha impuesto en el Derecho comparado (86), el sistema vicarial de sustituir la pena por la medida de seguridad: primero, se aplicará la medida de seguridad privativa de libertad y se computa el tiempo de cumplimiento de ésta al de la pena privativa de libertad; y, luego, el Tribunal podrá acordar, de acuerdo con los resultados obtenidos a través del cumplimiento de la medida, la suspensión condicional del resto de la pena que quedase por cumplir. En la situación anterior al CP de 1995, el artículo 25.2.º de la LPRS de 1970 establecía que «si concurriera con las medidas de seguridad impuestas alguna pena total o parcialmente pendiente de ejecutar, y aquéllas y ésta no fueren susceptibles de cumplimiento simultáneo, se ejecutará preferentemente la pena». De esta manera, la LPRS venía a consagrar el criticable sistema de dualismo rígido: aplicar primero la pena y luego la medida de seguridad, pudiendo calificarse tal sistema como irracional —al hacer cumplir preferentemente la pena y retrasar el comien-

(85) Vid. GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal*, PG, cit., p. 611; GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 401.

(86) Así, el párrafo 67 del CP alemán; el párrafo 24 (1) de CP austriaco; artículos 42-44 del CP suizo.

zo del tratamiento rehabilitador propio de la medida de seguridad (ej.: los supuestos de semiimputables con anomalías psíquicas o en situación de drogodependencia)— e injusto —en cuanto trata de aplicar un doble tratamiento y privación de libertad («fraude de etiquetas») como si existieran dos personalidades, cuando es sólo una la persona destinataria de la sanción penal aplicable como consecuencia de la comisión del delito— (87). Tales inconvenientes del sistema dualismo rígido, han de subsanarse mediante el denominado «dualismo flexible» (88), que distingue entre pena y medida de seguridad (fundamento y fines diferentes), y que aparece condicionado en la práctica por el sistema vicarial o de sustitución para los casos de concurrencia entre penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Y esto último es lo que trata de plasmar el artículo 99 del NCP, al declarar que «en el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 105». En los supuestos de posible concurrencia entre pena y medidas de seguridad privativas de libertad, es decir, en el NCP sólo para los casos de semiimputabilidad, el artículo 104 establece que «la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito», y «para su aplicación se observará lo dispuesto en el artículo 99». Conviene advertir que, conforme a lo previsto por el artículo 95.2, «cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 105».

Volviendo a la regulación del sistema vicarial, recogido en el artículo 99 del NCP y con antecedentes en el párrafo 2.º del artículo 9.1.º del CPA (89), conviene formular ciertas consideraciones críticas: el excesivo arbitrio judicial a la hora de decidir la suspensión del cumplimiento del

(87) Vid. JORGE BARREIRO, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, 1976, pp. 170 ss.

(88) Vid. JORGE BARREIRO, A., ob. ult. cit., pp. 189 ss.

(89) El párrafo 2.º del artículo 9.1.º del CPA se refería a los supuestos de eximente incompleta relativos a los casos de semiimputabilidad de enfermos mentales, relacionados con las eximentes 1.º y 3.º del artículo 8 del CPA, estableciéndose que «el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta fuere privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de esta última. En tales casos, la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el período de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que el Tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento».

resto de la pena, que dependerá de «si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de la medida de seguridad»; y, lo más grave y preocupante, la desafortunada previsión del último inciso del artículo 99, cuando establece como alternativa de sustitución —una vez cumplida la medida de seguridad impuesta— la de aplicar alguna de las medidas de seguridad no privativas de libertad previstas en el artículo 105. De esta forma se desnaturaliza el sistema vicarial y se crea un lamentable confusionismo —una vez más— entre la pena y las medidas de seguridad (90). En este sentido hubiera sido más correcto, y adecuado a la esencia del sistema vicarial, el haber hecho referencia —como hacían otros textos prelegislativos (91)— sólo a la extinción de la condena o a la reducción de su duración, o a la suspensión condicional del resto de la pena que quedase por cumplir, pero en ningún caso la alternativa —prevista por el artículo 99 del NCP— de aplicar medidas no privativas de libertad.

5.^a *La ejecución de las medidas de seguridad*

El NCP proclama, en el artículo 3.2, el principio de ejecución jurisdiccional de las medidas de seguridad, al requerir que «se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes». El necesario proceso de revisión periódica de la decisión adoptada por el Tribunal sentenciador se garantiza mediante la regulación que establece el artículo 97 del NCP, al permitir que el Juez o Tribunal sentenciador, durante la ejecución de la sentencia, puede adoptar —mediante procedimiento contradictorio, y previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria— una serie de medidas para revisar periódicamente la medida de seguridad adoptada: 1.^a Decretar el cese de cualquier medida de seguridad, cuando desaparezca la situación de peligrosidad criminal del sujeto. En tales casos, faltaría el fundamento de la medida de seguridad (cfr. arts. 6.1 y 95.1.2.^a del NCP); 2.^a Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. Si una vez acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente se dejará tal medida sin efecto. Queda sin determinar la medida sustitutiva, salvo que ha de ser de las previstas para el supuesto de que se trate, ni nada se dice acerca de qué medida procede adoptar si el sujeto evoluciona desfavorablemente, una vez que ha sido acordada la sustitución, debiendo entenderse que —en principio— ha de retornarse a la aplicación de la medida sustituida (92), y 3.^a Dejar en suspenso

(90) Vid. en sentido crítico, GARCÍA ALBERO, R., en AA.VV. *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., p. 539.

(91) Cfr. artículo 145.2.^o del Proyecto de CP de 1980 (que permitía dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al éxito de tratamiento), y artículo 89 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 (que facultaba al órgano judicial para suspender el cumplimiento del resto de la pena, si por el tiempo transcurrido procediere la aplicación de la libertad condicional).

(92) Vid. GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 410.

la ejecución de la medida en atención al resultado obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que lo impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 (comisión de un hecho delictivo, y la peligrosidad criminal del sujeto).

El Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar, al menos anualmente una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o sustitución de la medida de seguridad privativa de libertad (art. 97 –último párrafo–. Cfr. artículo 103.3, relacionado con los supuestos de exención de responsabilidad criminal del artículo 20, núm. 3, en los que la propuesta de mantenimiento o modificación de la medida de seguridad deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza). El Juez de Vigilancia, para formular la mencionada propuesta, deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad, y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene (art. 98).

Por último, el artículo 100 del NCP contiene la normativa sobre el quebrantamiento de las medidas de seguridad: en el supuesto de quebrantamiento de medidas privativas de libertad, procederá el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado, sin perjuicio de deducir testimonio por el quebrantamiento de la medida en los casos de semiimputabilidad previstos por el artículo 104, a los efectos de la posible responsabilidad criminal por el delito de quebrantamiento de la medida de seguridad (art. 468); y, en el caso de quebrantamiento de medidas no privativas de libertad, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la medida quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad.

A título de conclusión, sobre el sistema de medidas de seguridad del NCP, pueden formularse las consideraciones siguientes: 1.^ª El acierto del NCP, al proclamar que el fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal del sujeto exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. El NCP prevé la derogación de la criticable LPRS de 1970, donde se establecía la peligrosidad social como fundamento de las medidas de seguridad y se admitían las medidas predelictivas; 2.^ª Es acertado que el NCP, dentro del sistema global de medidas de seguridad incorporado a nuestro texto punitivo básico, regule expresamente los principios garantizadores penales para las medidas de seguridad. Sin embargo, resulta criticable la formulación que el NCP postula acerca del principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad, llegando a una criticable confusión entre la pena y la medida de seguridad; 3.^ª No es correcto el criterio seguido por el NCP para establecer la limitación temporal de las medidas de seguridad privativas de libertad, acudiendo al

tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, cuando lo apropiado hubiera sido fijar —como se hace en el artículo 105 para las medidas de seguridad no privativas de libertad— unos topes temporales para cada una de las medidas de seguridad privativas de libertad; 4.^o Cabe denunciar la grave laguna del NCP, al no haber contemplado ninguna medida de seguridad para los sujetos habituales peligrosos de criminalidad grave; 5.^a Se observa un criticable mimetismo entre el catálogo de medidas de seguridad no privativas de libertad del NCP y el de la LPRS, siendo además objetable el solapamiento de aquellas medidas que se observa entre los artículos 96.3 y 105 del NCP; 6.^a No es acertada la fórmula utilizada por el artículo 99 del NCP para regular el sistema vicarial, al remitirse en su inciso final a la alternativa de aplicar —como sustitutivo del resto de la pena— medidas no privativas de libertad; y 7.^a Resulta incomprensible y criticable que no se hubiera aprobado, antes de entrar en vigor el NCP, el nuevo Derecho Penal juvenil español.

IV. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

El NCP, siguiendo lo establecido por la Propuesta del Anteproyecto de NCP de 1983 (arts. 136-138) y cierta tendencia del Derecho Comparado (93), incorpora las denominadas «consecuencias accesorias». El título VII («De las consecuencias accesorias») del libro I del NCP regula, como consecuencias accesorias, el comiso (arts. 127 y 128) y una serie de medidas (art. 129) aplicables a personas jurídicas (sociedades, empresas, fundaciones o asociaciones). Se trata de sanciones *sui generis*, que no son penas ni medidas de seguridad, y se caracterizan porque tienen su fundamento y legitimación en un supuesto de hecho al que le son ajenas tanto la culpabilidad como la peligrosidad criminal del sujeto (94).

1. El comiso (arts. 127 y 128) se configura en el NCP como consecuencia accesoria, mientras que en el CPA (arts. 27 y 48) era catalogado y considerado como pena accesoria. En todo caso, el comiso en el NCP sigue condicionado a la pena (95). Como novedad importante es la de que el NCP

(93) Vid. MANZANARES, en *Comentarios al Código Penal*, 1996, cit., p. 56, quien considera que el título VI del libro I del NCP parece inspirarse en las *Nebenfolgen* del CP alemán [arts. 45, 45a) y 45b)], aunque en éste las únicas consecuencias accesorias son la inhabilitación para cargo público y derechos de sufragio activo y pasivo.

(94) Vid. GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal español*, cit., p. 439.

(95) La denominación «accesorias» apunta, en principio, según LÓPEZ GARRIDO, D/GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., p. 82, a que dependen de la existencia de la responsabilidad penal y de la pena.

incorpora el comiso de las ganancias, hasta ahora no recogido en el CP español. La regulación del comiso del NCP proviene del Proyecto de CP de 1994. Conviene distinguir los dos supuestos de comiso: el de los instrumentos y efectos del delito, y el de las ganancias provenientes del delito (96).

1.1 Por un lado, el comiso de los instrumentos y efectos del delito constituye una medida *sui generis*, cuya imposición ha de limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa (97). Sin embargo, el NCP condiciona la aplicación del comiso a que se haya impuesto una pena por el delito o falta dolosos cometidos, exigiendo que el sujeto haya realizado un hecho típicamente antijurídico y culpable. De esta manera, como destaca un importante sector doctrinal (98), la regulación del comiso de efectos e instrumentos del delito en el NCP no permite su aplicación conforme a su fundamento (peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales) y finalidad (prevenir y evitar la utilización de esas cosas en el futuro para la comisión de nuevos delitos), quedando sin resolver los problemas que se suscitaban anteriormente de no poder decretar el comiso ante la imposibilidad de imponer una pena. A pesar del carácter preceptivo del artículo 127 del NCP para la aplicación del comiso, cuando se imponga una pena por delito o falta dolosos, podría considerarse (99) que no procede aplicar el comiso cuando la cosa no resulte peligrosa y no se compruebe la probabilidad de que se vaya a utilizar en el futuro para cometer nuevos delitos. El artículo 128 del NCP, que se corresponde en gran medida con el artículo 48.2.º del CPA (100), establece con carácter facultativo la posibilidad de imponer el comiso de efectos e instrumentos de lícito comercio

(96) En Derecho Penal comparado (Suiza, Alemania y Austria) se distingue entre el comiso de los instrumentos del delito y sus productos (*Einziehung*), y el comiso de ganancias (*Verfall*). Cfr. artículos 58 y 59 del CP suizo, y parágrafos 73 ss. del CP alemán, y 20 y 26 del CP austriaco. Entre nosotros, MANZANARES SAMANEGO —en «Comentarios a la Parte General del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal (1992)», *RDPyC*, 2-1992, p. 439— señala que «no hace falta subrayar que la naturaleza del comiso de los instrumentos del delito, y aún de sus productos, por un lado, y el de las ganancias, por otro, responden a consideraciones tan diversas que cabe hablar de dos figuras distintas. La primera descansaría en la peligrosidad de la cosa, mientras que la segunda constituiría una medida para corregir situaciones patrimoniales ilícitas».

(97) Vid. MANZANARES SAMANEGO, J. L., «La pena de comiso», *REP* 1977, p. 39.

(98) Vid. GRACIA MARTÍN, L. ob. ult. cit., p. 448; GUINARTE CABADA, G., en AA. *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Valencia 1996, p. 657. Cfr. los artículos 136 y 137 de la Propuesta de Anteproyecto de NCP de 1983.

(99) Vid. GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 448 y 449.

(100) El artículo 48.2.º del CPA establecía que «cuando los referidos efectos o instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal, podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso o decretarlo parcialmente». Este precepto fue incorporado al CP español por la LO de 25 de junio de 1983, reafirmando el carácter de pena del comiso.

en tres supuestos: cuando no guarde proporción con la naturaleza de la infracción penal, o con su gravedad, o cuando se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles. En tales casos, el Juez o Tribunal podrá no decretar el comiso o decretarlo parcialmente. Se trata de una regla específica de proporcionalidad, que puede dar lugar a un más que discutible comiso parcial (101).

El objeto de esta modalidad de comiso son los instrumentos y efectos del delito: los instrumentos con que se hubiere ejecutado el delito, es decir, los medios empleados para su comisión (las armas en la producción de la muerte o las lesiones, los útiles para el robo, las instalaciones creadas para el engaño de la estafa); y, los efectos del delito, constituidos por los objetos producidos por el delito (documentos o monedas falsificados y los comestibles adulterados), y no lo son aquellas cosas que representan el objeto de la infracción (102).

1.2 Por otra parte, el artículo 127 del NCP recoge el comiso de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Aunque el legislador de 1995 parece haberse olvidado de relacionar esta modalidad de comiso con las faltas, puede entenderse aquí que la expresión delito comprende también las faltas (103). Se trata de una medida *sui generis*, que se caracteriza por su objeto (ganancia o provecho económico) y porque no ofrecerá normalmente peligrosidad intrínseca alguna, y su naturaleza es la de una medida tendente a impedir un lucro ilícito (104).

El comiso de los instrumentos y efectos del delito y de las ganancias provenientes del mismo procederá cuando se imponga una pena por delito o falta, salvo que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. El artículo 127 del NCP añade, por último, que «los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán».

(101) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La pena de comiso en el proyecto de Código Penal», *ADPCP*, 1981, p. 624, destacando lo difícil que resulta el fraccionamiento de la propiedad, que desembocaría en condominios absurdos, únicamente soslayables si el comiso parcial de la cosa se sustituyera por una pena obligacional. El problema ha de resolverse, según MANZANARES (ob. ult. cit, p. 625), o decomisando la cosa en su totalidad o renunciando por completo a la sanción.

(102) Vid. CÓRDOBA RODA, J., en AA.VV. *Comentarios al Código Penal*, II, 1972, p. 196.

(103) Vid. en este sentido GUINARTE CABADA, G., en AA.VV. *Comentarios*, I, Valencia 1966, p. 660.

(104) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *ADPCP*, p. 620; GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 452 («se trata de una medida de Derecho civil tendente a impedir el enriquecimiento sin causa, más concretamente el enriquecimiento injusto»).

El comiso se regula específicamente en el NCP para una serie de delitos como los siguientes: de tráfico de drogas (art. 374); contra la seguridad de tráfico (art. 385); cohecho y tráfico de influencias (art. 431).

2. Las medidas aplicables a personas jurídicas (art. 129).—Otra modalidad de las consecuencias accesorias previstas en el NCP, junto al comiso de instrumentos y efectos del delito y de las ganancias provenientes del mismo, son las medidas de clausura, disolución, suspensión de actividades... de las personas jurídicas (empresa, sociedad, asociación o fundación), que se contemplan en el artículo 129.

Las medidas previstas en el artículo 129 tienen su precedente en algunos preceptos de la PE del CPA (105), y como medidas de seguridad—además de haberse contemplado como tales en el CP de 1928 (art. 90, 10.^a y 11.^a)— se recogían en el Proyecto de CP de 1980 (106). A partir de la

(105) Así, *vid.* los siguientes artículos del CPA: 174, último párrafo (disolución de la asociación ilícita); 265 (disolución de la asociación, para los delitos de tenencia y depósito de armas o municiones y tenencia de explosivos); 344 bis, *b*) (disolución de la organización dedicadas a difundir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicótropicas; clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público; suspensión de las actividades de la organización o clausura de los establecimientos abiertos al público por tiempo de seis meses a tres años; prohibición a la organización de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años); 347 bis, último párrafo (clausura temporal o definitiva del establecimiento, y la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores, para los delitos contra el medio ambiente); 452 bis, *d*), 2.^o (cierre temporal o definitivo del establecimiento o local para los delitos contra la prostitución); y, 546 bis, *f*), párrafo 3.^o (cierre del establecimiento de seis meses a seis años o con carácter definitivo para los delitos de recepción con conocimiento de alguno de los delitos de tráfico de drogas).

(106) El artículo 135 del Proyecto de CP de 1980 contemplaba las medidas de seguridad de: clausura de empresas, locales o establecimientos, con carácter temporal (hasta cinco años) o definitivo (16.^o); disolución de asociaciones, sociedades o empresas (17.^o); suspensión de las actividades de dichas asociaciones, empresas, sociedades, por un plazo que no podía exceder de dos años (18.^o); y prohibición a tales entes de realizar determinadas actividades, operaciones o negocios, con carácter temporal (hasta cinco años) o definitivo (19.^o). Conviene advertir que el artículo 131 del Proyecto de CP de 1980 establecía como requisitos para imponer las medidas de seguridad: que se hubiere ejecutado un hecho previsto como delito, cuya comisión revelase la peligrosidad del autor. Y el artículo 132 del citado Proyecto de 1980 añadía lo siguiente: «No obstante, podrán se sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes». De esta manera, se venía a reafirmar el principio de *societas delinquere non potest*, admitiendo por puro pragmatismo la aplicación de una serie de medidas—sin requerir las circunstancias previstas para imponer las medidas de seguridad criminales (art. 131)— a personas jurídicas, y reconociendo que tales sanciones no pueden tener carácter penal. *Vid.* BARBERO SANTOS, M., «Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal», en AA.VV. *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 106 ss.

Propuesta de Anteproyecto de NCP de 1983 se incorporan como «consecuencias accesorias» en la estructura del futuro CP español, teniendo en cuenta la posible similitud o conexión con el sentido político-criminal de la otra modalidad de consecuencia accesorias prevista, es decir, con el comiso (107).

El NCP, al incorporar en su artículo 129 una serie de medidas —como «consecuencias accesorias»— aplicables a personas jurídicas, está asumiendo el principio de *societas delinquere non potest*, es decir, el de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas (108). De esta manera, el NCP acoge la tesis de nuestra doctrina penal dominante y del

(107) En este sentido, MIR PUIG, S. —en *DJ*, vol. 1, enero- diciembre 1983, 37/40, p. 190—, señalaba que «se entiende que la medida de la disolución de una Sociedad —por poner un ejemplo— tiene análoga naturaleza que el comiso de un arma: en ambos casos se pretende privar de un instrumento peligroso del que se sirvieron personas físicas para la comisión de delitos». La Propuesta de Anteproyecto de NCP de 1983 incluye las medidas aplicables a personas jurídicas dentro del título VII del libro I, dedicado a las consecuencias accesorias. El artículo 137 preveía la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de los delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su actividad por sus órganos o dependientes, en cuanto fuera necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos, si sus bienes fueren insuficientes. El artículo 138.1 recogía una serie de consecuencias (clausura temporal —hasta cinco años— o definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos; disolución de la sociedad, asociación o fundación; suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de dos años y prohibición, con carácter definitivo o temporal —hasta cinco años—, a la sociedad, asociación, fundación o empresa a realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito) aplicables a personas jurídicas, «si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades o empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, cuando pueda deducirse, fundada y objetivamente, que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos». Con esta última exigencia, el artículo 138.1 de la Propuesta de Anteproyecto de NCP de 1983 parece aludir a la peligrosidad objetiva, como presupuesto para aplicar las consecuencias accesorias a las personas jurídicas. El artículo 138.2 contemplaba la posibilidad de que el Tribunal, cuando fuera aplicada alguna de las medidas del artículo 138.1, pudiera proponer a la Administración que dispusiera —se entiende como medida cautelar— la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

(108) *Vid.* en este sentido, D. LÓPEZ GARRIDO/M. GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, cit., al señalar que «las medidas establecidas en el artículo 129 se destinan principalmente a los delitos cometidos en el ámbito de las personas jurídicas, lo que explica, además, la imposibilidad de considerarlas como penas o medidas de seguridad, instituciones basadas, por definición, en el juicio individual (de culpabilidad o de peligrosidad) recayente sobre personas físicas» (p. 82), añadiendo que «el Código opta por mantener la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas tanto al establecer una regla de atribución de responsabilidad a las personas físicas que las administran (art. 31), como, en este caso, al negar la categoría de pena a las consecuencias aplicables a las mismas» (p. 83).

TS (109): las personas jurídicas no tienen capacidad de acción, carecen de capacidad de culpabilidad, y no se ajustan a las exigencias de individualización de las penas. En este sentido, resulta muy revelada lo que nos manifiesta la Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992, al señalar que «tales medidas o consecuencias accesorias –sin dudar de su carácter represivo– no tendrían fácil acomodo ni entre las penas ni entre las medidas de seguridad... y son reacciones frente a quienes, como ocurre con sociedades o empresas, no son aptas para soportar las penas o medidas». El NCP viene a seguir, con la solución acogida en su artículo 129,

(109) Vid. en la doctrina penal española mayoritaria, en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre otros, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978, pp. 109 ss.; M. BAJO/C. SUÁREZ, *Manual de Derecho Penal, PE, Delitos patrimoniales y económicos*, 2.ª ed., 1993, pp. 573 ss.; GRACIA MARTÍN, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en *Actualidad Penal*, núm. 39 (1993), pp. 589 y 590; LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal*, PG, I, 1996, pp. 290 ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal*, PG, 4.ª ed., 1996, pp. 172 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal*, PG, 1977, pp. 228 ss. En contra de la tesis doctrinal española dominante, y, por lo tanto, a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L., «*¡Societas delinquere potest!*», en *La Ley*, año XVII, núm. 4136, 3 de octubre de 1996, pp. 1-4; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», en *CPC* 11 (1980), pp. 67 ss.; el mismo, «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», *CPC* 53 (1994), pp. 613 ss.; el mismo, «Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)», en *Hacia un Derecho Penal económico europeo* («Jornadas en honor del Prof. Kl. Tiedemann»), 1995, pp. 723 ss.

El TS español ha declarado reiteradamente la vigencia del principio *societas delinquere non potest*, es decir, que las personas jurídicas son incapaces de cometer delitos y no podrán ser sujetos activos del delito (vid. por todos, el estudio jurisprudencial de GRACIA MARTÍN, L., «El actuar en lugar de otro», en *Derecho penal*, II, 1986, pp. 21 ss., destacando las SSTS del 2 de abril de 1975 y del 30 de diciembre de 1978). Vid. más recientemente las SSTS de 3 de julio de 1992, 2 de junio de 1993; 10 de noviembre de 1993; y 25 de febrero de 1995. La citada STS de 2 de junio de 1993 reconoce que «la doctrina dominante en España se manifiesta contraria a la responsabilidad de las personas jurídicas, en virtud de los principios de culpabilidad y personalidad de las penas e incluso en su incapacidad de acción, que impiden que la sanción recaiga sobre todos los miembros de la persona jurídica, y obliga a que únicamente responda de los hechos las personas físicas que efectivamente los hubieren realizado...», y recuerda que con anterioridad a la reforma del CP de 1983 –que introduce el artículo 15 bis (hoy artículo 31 del NCP)–, «la jurisprudencia de esta Sala reiteradamente había mantenido que en nuestro derecho la responsabilidad es sólo individual. Las personas jurídicas no son responsables ante el Derecho Penal común porque no poseen capacidad de culpabilidad ni capacidad para la punición, por el principio de personalidad de las penas, pero la responsabilidad afecta a los miembros de sus órganos que tengan facultades de dirección, gestión, representación o administración, esto es, los individuos responsables de la dirección de las mismas, pues en otro caso, ello llevaría a la impunidad de los auténticos responsables de la actuación de las personas jurídicas, dada la irresponsabilidad penal de las mismas...».

una tendencia de cierto pragmatismo –propia del ámbito jurídico anglosajón– para resolver el grave problema de la criminalidad económica que genera o puede generar la actividad empresarial (110). Resulta discutible la solución adoptada por el NCP, teniendo en cuenta su deficiente regulación y la dudosa eficacia preventiva de la pretensión incoercitiva de las medidas o consecuencias accesorias previstas en el artículo 129.

El artículo 129.1 del NCP permite al Juez o Tribunal imponer, en los supuestos previstos en el CP –remisión a la PE–, una serie de medidas: a) la clausura temporal (hasta cinco años) o definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos; b) la disolución de la sociedad, asociación o fundación; c) la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación, por un plazo no superior a cinco años; d) la prohibición temporal (hasta cinco años como máximo) o definitiva de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio no se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, y e) la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que pueda exceder de un plazo máximo de cinco años.

La regulación de las consecuencias accesorias del artículo 129, aplicables a las personas jurídicas, nos lleva a formular las consideraciones siguientes: 1.^a La criticable falta de determinación de los presupuestos materiales que puedan fundamentar y legitimar tales medidas (111). Ni en

(110) Vid. en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español», en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal*, LH a Cl. Roxin, 1995, p. 362.

(111) Con razón señala GRACIA MARTÍN, en el Prólogo al *Código Penal y Leyes Penales especiales*, edit. Egido, Zaragoza, 1996, p. 31, que «con la más grosera ligereza y con el mayor desprecio a la seguridad jurídica de que pueda hacerse gala, el legislador se ha limitado a decir en el artículo 129 que el Juez o Tribunal podrán imponer tales medidas en los supuestos previstos en este Código...», denunciando el citado autor (en ob. ult. cit., p. 32) como un hecho sumamente grave que «ni en el artículo 129 CP ni en la Parte Especial encontramos la mínima referencia a los presupuestos materiales en los que pueda fundamentarse y legitimarse la aplicación de tales medidas cuando, no obstante haber prestado audiencia al interesado o a su representante legal, el Juez se decida por su imposición. ¿Qué contenido podrá tener la exigida motivación del Juez o Tribunal si la ley misma no describe ni un mínimo elemento del supuesto de hecho de la medida?, ¿será suficiente para su aplicación con que se haya realizado un hecho típico y antijurídico, aunque no culpable?, ¿deberá exigirse, como sucede en el comiso, que se haya impuesto previamente una pena?, ¿es preciso comprobar la peligrosidad objetiva de la organización?». Por su parte, otro sector doctrinal considera que los requisitos para la aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129, se pueden inferir del propio texto legal, y particularmente del artículo 129.3 (vid. GUINARTE CABADA, G., en AA.VV. *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Valencia 1996, pp. 666 y 667; y PRATS CANUT, J. M., en AA.VV. *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona 1996, pp. 627 y 628). Era más correcta la regulación que, sobre esta materia, contenían el Proyecto de CP de 1980 (art. 153, que aludía a los delitos contra el orden socioeconómico o contra el patrimonio, si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de sociedades o empresas o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo) y la Propuesta de Anteproyecto de NCP de

la regulación general del artículo 129 ni en la PE del NCP, donde se recogen las mencionadas consecuencias accesorias para determinados delitos (112), se alude a los criterios necesarios para su aplicación. A lo sumo, puede destacarse la finalidad que les asigna el artículo 129.3, al declarar que «las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma». Por otra parte, la remisión que contiene el encabezamiento del artículo 129.1, al referirse a «los supuestos previstos en este Código», tampoco resuelve la cuestión de los presupuestos de las consecuencias accesorias del artículo 129, a la luz de la PE del NCP. En efecto, dentro de los supuestos previstos en la PE se observa la desconcertante y criticable regulación siguiente: por un lado, la desmesurada discrecionalidad que se confiere a los Tribunales de justicia, al permitirles imponer «cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129» (113), sin ponderar la diversa importancia de las mismas, y decidir el carácter temporal o defi-

1983 (art. 138.1, que permita al Tribunal aplicar tales consecuencias, si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de asociaciones, fundaciones, sociedades o empresas, o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, cuando pueda deducirse fundada y objetivamente que seguirán siendo utilizadas para la comisión de delitos).

(112) *Vid.* artículos 194 (clausura temporal o definitiva de establecimientos o locales, para los supuestos tipificados en los delitos relativos a exhibicionismo y provocación sexual y a la prostitución); 221.3 (clausura temporal o definitiva de los establecimientos donde se recojan niños, para los supuestos de tráfico de menores previstos en el artículo 221); 271.2.^º (el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento, para los supuestos agravados de los delitos contra la propiedad intelectual) 276.2 (el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado, para las modalidades agravadas de los delitos contra la propiedad industrial); 288 (posibilidad de adoptar las medidas previstas en el artículo 129, para los delitos previstos en el capítulo XI del tít. XIII del lib. II, arts. 270-286); 294.2.^º (posibilidad de decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129, dentro de los delitos societarios para los supuestos relativos a la obstaculización de la labor de personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras); 298 y 299 (la clausura temporal o definitiva del establecimiento o local, en los supuestos del delito de receptación); 302.2.^º (posibilidad de decretar alguna de las medidas de disolución de la organización, la clausura definitiva o temporal de los locales o establecimientos abiertos al público, suspensión de las actividades de aquélla y prohibición temporal de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, para los supuestos previstos en el artículo 301 relativos al delito de blanqueo de bienes); 366 (la clausura temporal del establecimiento, fábrica, laboratorio o local o su cierre definitivo, para los supuestos de los delitos contra la salud pública previstos en los arts. 359-365); 370 (posibilidad de decretar alguna de las medidas de disolución de la organización, clausura definitiva o temporal de sus locales o establecimientos abiertos al público, la suspensión de las actividades de la organización o asociación o la prohibición temporal de realizar aquellas actividades en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, para los supuestos hiperagravados del delito de tráfico de drogas), y 430 (la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura temporal de sus dependencias abiertas al público, para los supuestos relativos al delito de tráfico de influencias).

(113) Así, por ej., artículos 288 y 294.

nitivo de las mismas (114); y, por otra parte, tampoco se determina con la necesaria precisión a qué supuestos pueden aplicarse (115), despreocupándose el legislador de la distinta gravedad tanto de las medidas como de los supuestos susceptibles de su aplicación. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la aplicación de estas consecuencias accesorias han de presuponer la comisión de un hecho típicamente antijurídico por parte de las personas físicas que actúan en representación de la empresa o sociedad, y que para su imposición debe concurrir la peligrosidad objetiva —común a las consecuencias accesorias— de las personas jurídicas, es decir, de la organización de los medios materiales o de las actividades que se llevan a cabo en el marco de la estructura organizativa de la empresa, facilitando la comisión de delitos (116); 2.^a Estas consecuencias accesorias están pensadas para ser aplicadas en el ámbito de la criminalidad económica (117); 3.^a El artícu-

(114) Por ej., artículos 144, 221.3, 271.2.^o, 276.2.^o, 298 y 299, 302.2.^o, 366 y 370.

(115) Por ej., el artículo 288 permite al Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, adoptar las medidas previstas en el artículo 129 para todos los supuestos del capítulo XI (título XIII, del libro II) dedicado a los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores (arts. 270-286). En el mismo sentido crítico puede citarse también el artículo 366, que permite la imposición de la clausura temporal o definitiva del establecimiento, fábrica, laboratorio o local para los diversos supuestos previstos en los artículos 359-365.

(116) Vid. GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 462, quien considera que «la expresión de que el Juez o Tribunal “podrá” aplicar las medidas previstas debe entenderse en el sentido de que dicha aplicación será posible si se dan los presupuestos que fundamentan las mismas, a saber: la peligrosidad objetiva de la persona jurídica o agrupación, basada en un defecto de organización que facilita la comisión de delitos. Este ha de ser, por otro lado, el contenido de la motivación de la decisión judicial de imposición de la medida». Sobre la peligrosidad objetiva, como fundamento para aplicar medidas de seguridad a personas jurídicas, se habían pronunciado, entre otros, SCHMIDT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, p. 202, en Alemania, y BRICOLA, F., «Il costo del principio *societas delinquere non potest* nell'attuale dimensione del fenomeno societario», en AA.VV. *Il Diritto Penale delle società commerciali*, 1971, pp. 78 ss., en Italia; y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *PG*, cit., p. 230, en España.

(117) Así lo venía a reconocer expresamente el Proyecto de CP de 1980 en su artículo 153 («Los Tribunales, en los delitos contra el orden socio-económico o contra el patrimonio..., podrán aplicar todas o algunas de las medidas siguientes: clausura, disolución...»). En su Exposición de Motivos, el Proyecto de CP de 1980, al referirse a las medidas de seguridad, declaraba que «el cuadro se completa con medidas específicamente previstas para las asociaciones, empresas o sociedades, que pueden imponerse a causa de los delitos que sus mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes. Estas medidas se han considerado particularmente eficaces en el marco de los delitos contra el orden socio-económico». Conviene no olvidar que esas medidas, catalogadas en el Proyecto de 1980 como «medidas de seguridad», son configuradas a partir de la Propuesta de Anteproyecto de NCP de 1983 como «consecuencias jurídicas». La Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992 declara que entre las consecuencias accesorias aplicables a sociedades o empresas «se sitúan la clausura, disolución, suspensión o prohibición de actividades futuras, para sociedades o empresas, cuando el delito se hubiere cometido en el marco de su actividad y cupiera deducir que habrían aprovechado esa estructura jurídica o que iban a continuar haciéndolo en el futu-

lo 129.2 contempla la posibilidad de que el Juez Instructor pueda acordar, durante la tramitación de la causa y como medida cautelar, la clausura temporal [art. 129.1.a)] y la suspensión de actividades de la persona jurídica [art. 129.1.c)]. Dentro de estas posibles medidas aplicables con carácter cautelar, no resulta muy comprensible que se haya excluido la medida de intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, que podrán verse afectados por la aplicación del resto de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 (118), y 4.^a No se puede olvidar que las sanciones del artículo 129, tal como se regulan en la PE del NCP, aparecen como consecuencias accesorias a la pena impuesta por un hecho delictivo individual, y, por lo tanto, como ha destacado un sector de nuestra doctrina (119), no podrán aplicarse en los casos

ro». Por último, si tenemos en cuenta los supuestos delictivos de la PE a los que son aplicables las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129, cabe observar que el ámbito de aplicación de tales medidas se circunscribe, en la mayor parte de los casos, al campo de la criminalidad económica (cfr. nota 112).

(118) Vid. PRATS CANUT, J. M., en AA.VV. *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., p. 628, quien advierte que «la adopción de la medida de intervención como forma sustitutiva de las otras de forma generalizada, supone poner a disposición de la Administración de Justicia un conjunto de medios especializados en gestión de empresa, de los cuales se carece en estos momentos». Al margen de las dificultades sobre la puesta en práctica de la medida de intervención de la empresa, los inconvenientes que presenta la regulación del artículo 129 se derivan de haber configurado tal medida como una consecuencia accesoria más y de no haberla previsto, teniendo en cuenta su finalidad de evitar los posibles perjuicios para quienes no tuvieron intervención alguna en la comisión del ilícito (trabajadores y acreedores), como medida cautelar aplicable en el caso de la imposición de las otras consecuencias accesorias a los efectos de salvaguardar los derechos de quienes eran ajenos a la comisión del hecho delictivo producido. Vid. en esta dirección las enmiendas de los grupos parlamentarios socialistas de Cataluña (núm. 158) y socialista (núm. 419), presentadas al artículo 153 del Proyecto de CP de 1980. El artículo 138.2 de la Propuesta de Anteproyecto de NCP de 1983 establecía, con mejor criterio que el nuevo artículo 129, que cuando alguna de las medidas del artículo 138.1, de la citada Propuesta de 1983 fuera aplicada, «el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores».

(119) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Responsabilidad de las empresas y de sus órganos en Derecho español*, LH a Cl. Roxin, 1995, cit., p. 363. En efecto, aunque en buena teoría la aplicación de las consecuencias accesorias no presuponen la culpabilidad ni la peligrosidad criminal del autor individual del hecho (vid. GRACIA MARTÍN, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 462), los supuestos previstos en la PE del NCP, en los que son aplicables las consecuencias accesorias del artículo 129, se alude a tales consecuencias como accesorias de la pena, y, por lo tanto, a la exigencia previa de un sujeto culpable para acceder a la imposición de aquéllas (vid. en este sentido, y con razón, MANZANARES SAMANIEGO, J. L. *Comentarios al Código Penal*, por J. L. MANZANARES/J. CREMADES, 1996, p. 57; GUINARTE CABADA, G., en AA.VV. *Comentarios al Código Penal de 1995, I*, Valencia 1996, p. 666. En contra, GRACIA MARTÍN, L., ob. ult. cit., pp. 461 y 462). Cfr. los correspondientes artículos de la PE del NCP, donde se contemplan la posibilidad de aplicar las consecuencias accesorias del artículo 129, en los que se hace referencia a «la sentencia condenatoria» (art. 194) o a la cláusula de que «además de las penas correspondientes, el Juez o Tribunal podrá decretar, asimismo...» alguna de las medidas o consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del NCP (arts. 271.2.º; 288; 294.2.º; 298 y 299; 302.2.º; 370; y, 430).

en que preventivamente son más necesarias: cuando se constate la comisión del delito, pero no la concreción del responsable o responsables del mismo, por problemas de imputación o probatorios.

El NCP, a través de su artículo 129, trata de dar una respuesta eficaz al problema de la criminalidad en el ámbito de la empresa, y su regulación —como hemos visto— es discutible tanto por sus deficiencias técnicas como por su dudosa eficacia. En realidad, como ha destacado un sector de nuestra doctrina penal moderna (120), el problema del tratamiento jurídico-penal de la criminalidad de empresa sigue siendo el de la imputación del hecho delictivo a sujetos individuales, y es en esta dirección en la que deben centrarse, fundamentalmente, los esfuerzos de la dogmática penal para luchar contra la delincuencia económica que generan las personas físicas en el marco de la actividad empresarial. En todo caso, no se pueden olvidar las tendencias actuales de la doctrina penal (121) y de la polí-

(120) Vid. en este sentido, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M., ob. ult. cit. p. 368; GRACIA MARTÍN, L., «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho Penal español», en *Hacia un Derecho penal económico europeo* («Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann»), Madrid 1995, p. 90.

(121) Vid. en la doctrina penal española, ZUGALDÍA ESPINAR y RODRÍGUEZ RAMOS (cfr. nota 109); en la doctrina penal alemana, entre otros, vid. BAUMANN/WEBER, *Strafrecht*, A. T., 9.ª ed., 1985, p. 196; JAKOBS, *Strafrecht*, A. T., 2.ª ed., 1991, 6/44 ss.; ACKERMANN, «Strafbarkeit juristischer Personen», im *Deutschen Recht und ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pp. 186 ss.; HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, 1993 (trad. por PATRICIA S. ZIFFER en *ADPCP* 1993, pp. 1099 ss.); EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmenstrafe*, 1994, pp. 25 ss.; TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, I, A. T., 1976, pp. 204 ss.; en la doctrina portuguesa, vid. FIGUEIREDO DIAS, «Para una Dogmática do direito penal secundário», *Rev. de Legislação e de Jurisprudência*, 117, (1984-85), pp. 73 y 74.

En esta problemática acerca de la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de la posible imposición a las mismas de penas criminales, cabe destacar especialmente la posición de TIEDEMANN. Este autor, en sus reflexiones sobre la nueva versión (1986) de la Ley alemana de contravenciones que consagra el principio de responsabilidad por defecto de organización de la empresa, defiende la posibilidad de la capacidad de acción, la fundamentación de la autoría e incluso la propia culpabilidad de las personas jurídicas (vid. *Die «Bebussung» von Unternehmen nach dem Z. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, NJW 1988, p. 1169 ss.). Dentro de su novedoso planteamiento del problema sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, TIEDEMANN acude a la categoría de la «culpabilidad por defecto de organización», a la «culpabilidad social» propia de la empresa, en lugar del concepto de culpabilidad humana en sentido clásico como reproche personal. Para TIEDEMANN, las medidas de precaución que se omiten y los deberes que se infringen por los órganos o representantes de la empresa —como hechos de la organización empresarial— se relacionan con las medidas y deberes que obligan a la agrupación como tal, y su infracción viene a ser la infracción de los deberes de organización propios de la persona jurídica (Vid. TIEDEMANN, ob. ult. cit., pp. 1172 ss. Sigue el planteamiento de TIEDEMANN, con algunas variantes, BRENDER, *Die Neuregelung der Verbandstäterschaft im Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1989, pp. 101 ss.). La sugerente tesis de TIEDEMANN se ha criticado porque, entre otras razones, el concepto de culpabilidad social no soluciona los problemas sino que los encubre, pues a la persona jurídica se le viene a hacer responsable por la culpabilidad de terceras personas físicas

tica criminal (122), encaminadas y favorables a establecer la responsabilidad criminal e imponer sanciones penales a las personas jurídicas.

—por la omisión de medidas o infracciones de deberes por parte de sus representantes o de quienes formen parte de sus órganos que actúan por ella (*Vid.* en este sentido crítico, SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», trad. E. PEÑARANDA RAMOS, en AA.VV. *Hacia un Derecho Penal económico europeo, Jornadas en honor del Prof. Kl. Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 587 y 588). Otro tanto, en el mismo sentido crítico, cabe señalar en relación con la contradictoria posición de JAKOBS, al afirmar este autor que no hay obstáculo, en el plano dogmático, para apreciar la existencia de la culpabilidad de las personas jurídicas (A. T., cit., 6/45), y, por otra parte, el citado autor desarrolla el concepto de culpabilidad —como base de su sistema dogmático— con unos elementos mínimos de contenido material, atendiendo a la idea de la autodefinición del sujeto como ciudadano, que legitima la pena y el sistema penal (*Das Schuldprinzip*, 1993, pp. 26 ss.). En todo caso, la polémica doctrinal sobre la posibilidad de responsabilidad penal y de punibilidad de las personas jurídicas queda abierta para el futuro, y en ello no se puede olvidar la importancia de la vía propiciada por TIEDEMANN, ni tampoco que el Derecho Penal clásico se asienta en el modelo de conducta individual de la persona humana. Los esfuerzos de la doctrina penal moderna no pueden ignorar las recientes tendencias políticocriminales (*vid.* nota siguiente) favorables a la punibilidad de las personas jurídicas, ni tampoco la necesidad del replanteamiento del sistema penal clásico y la validez de sus posibles respuestas (como las que nos puede proporcionar la fórmula del «actuar en nombre de otro», o la relevante función que en esta materia tiene la estructura de la comisión por omisión como ya había apuntado, especialmente, SCHÜNEMANN —en *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 102 ss.; 205 ss.—; y la eficacia de las sanciones penales —privativas de libertad y de otros derechos (como la inhabilitación especial para el ejercicio de la actividad de la empresa), o la del comiso de las ganancias ilícitas— y extrapenales —civiles y administrativas— dentro del carácter de última *ratio* que tiene asignado el Derecho Penal en la moderna Política criminal (*Vid.* en este sentido, las sugerentes reflexiones de ACHENBACH en «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán» (trad. U. JOSHI JUBERT), en *LH* al Prof. ROXIN (*Fundamentos de un Sistema europeo del Derecho Penal*), ed. esp. Silva Sánchez, Barcelona 1995, p. 381 ss., espe. pp. 402-404 y 407).

(122) Al margen del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, por razones pragmáticas y de política criminal, desde mediados del siglo XIX se consagra en el sistema anglosajón, cabe advertir una tendencia político-criminal en el sistema jurídico continental europeo favorable a aceptar una auténtica punibilidad de las personas jurídicas. En este sentido, destaca TIEDEMANN —en *Lecciones de Derecho Penal económico (Comunitario, español, alemán)*, 1993, pp. 232— el panorama siguiente: la introducción de aquella posibilidad en los códigos penales de los Países Bajos en 1976, Noruega en 1992, Francia en 1993 —entrada en vigor el 1 de marzo de 1994—, y el CP portugués de 1983, que en su artículo 11 incorpora una cláusula dirigida al legislador del futuro, al declarar que «salvo disposición en contrario, sólo las personales individuales son susceptibles de responsabilidad criminal». Por otra parte, otros Estados —como Alemania desde 1968 y Suecia desde 1986— prevén, para las personas jurídicas, un sistema de sanciones administrativas fuertemente vinculado al Derecho Penal y adoptan denominaciones propias —como la *coima* del legislador portugués— para diferenciarse de las clásicas sanciones administrativas. En este contexto del Derecho Penal europeo merece ser destacada la Recomendación núm. R (88) 18, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 20 de octubre de 1988, y que postula una serie de respuestas ante el creciente número de infracciones penales cometidas en el ejercicio de las actividades de las empresas: I. La

V. CONCLUSIONES

No hay duda acerca de que uno de los aspectos más novedosos del CP de 1995 es el que se refiere a su sistema de sanciones. A la hora de hacer un balance final sobre la regulación del sistema de sanciones del NCP, cabe constatar que predominan las deficiencias y contradicciones sobre los aciertos.

Dentro de los aciertos del nuevo sistema de sanciones del CP de 1995, que es deudor de lo establecido por los textos prelegislativos anteriores,

apreciación de la responsabilidad penal y la aplicación de sanciones penales a las empresas, cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de su culpabilidad, las consecuencias para la sociedad y la necesidad de prevenir otras infracciones lo exijan; y, 2. La aplicación de otros sistemas de responsabilidad y sanciones, como las aplicables por autoridades administrativas y sometidas a un control judicial. Dentro de las sanciones apropiadas para las empresas se citan, entre otras: la multa; la caución; la confiscación de los bienes utilizados en la comisión de las infracciones; la prohibición de ejercer ciertas actividades, como la exclusión de los mercados públicos o la de beneficiarse de ventajas fiscales y de subvenciones; la destitución de los miembros de dirección y la intervención provisional de la empresa bajo la responsabilidad de un administrador designado por la autoridad judicial; el cierre o la disolución de la empresa... En el Derecho español debe tenerse en cuenta lo siguiente: 1.º La reafirmación del principio *societas delinquere non potest* por el NCP, donde se consagra la fórmula del «actuar en nombre de otro» (art. 31), y se regula una serie de «consecuencias accesorias» (art. 129) que no son penas ni medidas de seguridad y, que van desde la intervención de la empresa a la de su clausura temporal o definitiva, pasando por la suspensión o prohibición de realizar actividades e incluso pudiendo llegar a su disolución; 2.º Por su parte, el artículo 130.1 de la LRJ-PAC (de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) de 26 de noviembre de 1992 declara que las personas jurídicas —al igual que las físicas— sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa siempre que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia. En el artículo 131, de la Ley últimamente citada, se consagra el principio de proporcionalidad que ha de informar la imposición de las sanciones administrativas (no podrán implicar, en ningún caso, privación de libertad y ha de concurrir la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada). Cfr. RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (especialmente, arts. 4,5 y 7). La doctrina y jurisprudencia admiten la capacidad de las personas jurídicas para ser sujetos activos de infracciones administrativas y destinatarios de las sanciones administrativas: ejemplos característicos se dan en los supuestos de Bancos y Cajas de Ahorros, en materia alimentaria, y en infracciones y sanciones del Orden Social. Vid. ALEJANDRO NIETO, *Derecho Administrativo sancionador*, 1993, pp. 305 ss.; y 3.º En materia de responsabilidad civil derivada del delito, el NCP la atribuye subsidiariamente a las personas jurídicas (art. 120, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º). Sobre la responsabilidad civil de la persona jurídica en España, cabe señalar que la tesis afirmativa, acerca de la responsabilidad civil derivada del ilícito civil de las personas jurídicas por los daños causados por sus representantes, cuenta con un sólido apoyo en la doctrina civilista y en la jurisprudencia del TS. Vid. por todos, CAFFAREMA LAPORTA en AA.VV. *Comentarios del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, 1991, p. 244; y CAPILLA RONCERO, en AA.VV. *Derecho Civil*, PG, coord. por LOPEZ y MONTES, 2.ª ed., Valencia 1995, p. 682.

merecen ser destacados los aspectos siguientes: 1.^º El haber adoptado el sistema dualista de penas y medidas de seguridad, incorporando una regulación global de estas últimas al NCP (tít. IV de lib. I), y el haber consagrado el sistema vicarial; 2.^º La simplificación de las penas privativas de libertad, quedando reducidas a la pena de prisión (de seis meses a veinte años), a la de arresto de fin de semana y al arresto sustitutorio (responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa); 3.^º La supresión de las penas privativas de libertad de corta duración (inferiores a seis meses); 4.^º Los sustitutivos penales (art. 88) previstos para las penas de prisión que no excedan de un año, y excepcionalmente de dos años, que pueden ser sustituidas por arresto de fin de semana o multa, pudiendo sustituirse las penas de arresto de fin de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad; 5.^º La posibilidad de ampliar la condena condicional, en la que se introducen elementos de la *probation*, a privaciones de libertad de hasta dos años, e incluso de hasta tres años de duración (arts. 80 y 87); 6.^º La simplificación y clarificación de las penas privativas de otros derechos (arts. 39 ss.), incorporando —con gran novedad— la pena de trabajos en beneficio de la comunidad [arts. 39.g) y 49]; 7.^º El haber adoptado el sistema escandinavo de los días-multa (arts. 50 ss.), permitiendo que el arresto sustitutorio por impago de la multa pueda cumplirse en régimen de arresto de fin de semana o mediante trabajos en beneficio de la comunidad (art. 53); 8.^º Se incorpora un sistema global de las medidas de seguridad (arts. 95 ss.), derogándose la LPRS de 1970. Las medidas de seguridad son postdelictivas y se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto (arts. 6.1 y 95.1). Se someten las medidas de seguridad a las garantías penales, que son aplicables a las penas (arts. 1 ss.), y se consagra el principio de proporcionalidad (art. 6.2), y 9.^º Se introducen las consecuencias accesorias: el comiso (arts. 127 y 128), y ciertas medidas aplicables a personas jurídicas (art. 129).

Las deficiencias y contradicciones más relevantes, que presenta el sistema de sanciones del NCP, son las siguientes: 1.^ª En cuanto a las penas privativas de libertad cabe criticar el desmesurado elenco de excepciones al límite máximo (veinte años) de la pena de prisión, pudiendo llegar hasta una pena de prisión de treinta años. A todo ello hay que añadir la posibilidad de cumplimiento efectivo de penas de prisión de hasta treinta años que permite el artículo 78. Tampoco se puede olvidar que el NCP, al suprimir la redención de penas por el trabajo (123), aproxima el valor real al

(123) Dentro de la aplicación del régimen transitorio del NCP, y con relación a la redención de penas por el trabajo (disposición transitoria segunda), conviene tener en cuenta la criticable tesis de la Sala 2.^ª del TS, al sustentar una «interpretación restrictiva» de la mencionada disposición transitoria —que declara lo siguiente: «Para la determinación de cual sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código. Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo serán de apli-

nominal de la pena, resultando más benigno el sistema punitivo del CPA que el vigente; 2.^ª Dentro de las penas privativas de otros derechos es criticable: el mantenimiento de la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares, que recuerda la vieja pena de destierro; el excesivo protagonismo que se le ha conferido en el NCP; los amplios márgenes de duración de las penas de inhabilitación, de seis a veinte años; la desproporcionada pena de inhabilitación absoluta de hasta dieciocho años, prevista en los artículos 527 y 528 para los insumisos, y que incluye también la incapacidad para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo; 3.^ª La multa, que es la única pena pecuniaria en el NCP, se regula —como regla general— conforme al sistema de días-multa, lo cual es un acierto en cuanto que es más justo y eficaz que la tradicional multa proporcional. Sin embargo, es criticable que el NCP mantenga, aunque sea con carácter excepcional, la multa proporcional, y también se puede

cación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código. En todo caso, será oído el reo»— consistente en estimar que «tales beneficios, cuando ya han sido consolidados, se integran en una regla de cómputo del tiempo pasado en prisión, por virtud de la cual, con carácter general y dejando a salvo posibles redenciones extraordinarias aún más beneficiosas, dos días de internamiento valen como tres (art. 100 del viejo Código) y ello de modo irreversible, de forma tal que a los efectos aquí examinados es como si efectivamente el recluso hubiera permanecido en prisión todo el tiempo así computado. Con arreglo a tal criterio —añade el TS— dicho cómputo produce en la persona del reo así favorecido una situación penitenciaria plenamente consolidada que consideramos compatible con la aplicación del nuevo CP, cuya prohibición relativa a la no aplicación de las disposiciones sobre redención de penas (disposición transitoria 2.^ª) ha de entenderse únicamente referida a aquella que pudiera producirse después de la entrada en vigor de esta nueva norma penal, lo que ocurrió el 25 de mayo de este año de 1996» (STS de 18 de julio de 1996. En el mismo sentido, consolidando la tesis jurisprudencial, las SSTS de 13 de noviembre y 22 de noviembre de 1996). De esta forma, el TS contradice su propia doctrina —SSTS 26 de octubre de 1990; 22 de junio de 1991; 30 de octubre de 1992—, que se plasmó en la disposición transitoria 2.^ª del NCP (*vid.* Circular 1/1996 de la Fiscalía General del Estado —FGE—. Cfr. Circular de 3/1996, sobre el criterio jurisprudencial relativo a la redención de penas por el trabajo y la revisión de sentencias conforme al NCP, adaptando en este punto la Circular 1/96 a la consolidada jurisprudencia de la Sala 2.^ª del TS). Pues bien, conviene destacar y criticar la doctrina reciente de la Sala 2.^ª del TS ya que, aun cuando le puedan asistir razones de justicia material que deberían articularse mediante la correspondiente reforma legislativa, viene a vulnerar las exigencias básicas del principio de legalidad y las reglas fundamentales en materia de interpretación de la ley: el sentido literal posible de la norma penal es el límite máximo de toda interpretación, lo cual tiene un carácter absoluto en el Derecho Penal conforme al principio de legalidad. En esta problemática el inciso 2.^º de la disposición transitoria 2.^ª del NCP no ofrece lugar a dudas: «Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo serán de aplicación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código». Por lo tanto, resulta inadmisibles la reciente doctrina de la Sala 2.^ª del TS que, franqueando el límite máximo de toda interpretación (el sentido literal posible de la ley), construye y crea una tercera norma —entre el viejo y el nuevo CP— más favorable.

objetar que no haya previsto para el arresto sustitutorio, en los casos de multa proporcional, la posibilidad –que sí se recoge para la multa temporal– de que se pueda cumplir en régimen de arrestos de fin de semana. Por último, conviene llamar la atención sobre el posible fracaso de la nueva multa si no se le proporcionan al Juez o Tribunal datos fiables para ajustar el contenido de la cuota a la situación económica del reo; 4.^a El nuevo sistema global de medidas de seguridad del CP de 1995 nos ofrece importantes deficiencias, como son, entre otras: la desafortunada regulación del principio de proporcionalidad (art. 6.2), que propicia la confusión entre pena y medidas de seguridad; el excesivo elenco de medidas de seguridad no privativas de libertad, como si hubiera un cierto mimetismo con la criticable y derogada LPRS, destacando un cierto y lamentable solapamiento entre las medidas previstas en el artículo 96.3 y en el artículo 105; la importante laguna que supone la falta de previsión de medidas de seguridad privativas de libertad para los delincuentes habituales peligrosos de criminalidad grave, y 5.^a En cuanto a las consecuencias accesorias podemos señalar, como más objetable, lo siguiente: la aplicación del comiso de los instrumentos y efectos del delito sigue condicionada a que se haya impuesto una pena por un delito o falta dolosos, quedando sin resolver los problemas que se suscitaban anteriormente de no poder decretar el comiso ante la imposibilidad de imponer una pena, sin tener en cuenta que el fundamento del comiso de efectos e instrumentos del delito está en la peligrosidad objetiva de determinadas cosas materiales; y, en cuanto a ciertas medidas aplicables a personas jurídicas (art. 129), se constata la falta de criterios y de seguridad jurídica para la aplicación de medidas que pueden suponer la muerte civil de una empresa.

Por último, el nuevo sistema de sanciones del CP de 1995 ha dejado sin resolver cuestiones fundamentales, relacionadas con esta parte nuclear del NCP, como son: el no haberse aprobado, simultáneamente al NCP, la anunciada Ley que regule la responsabilidad penal del menor (el nuevo Derecho Penal juvenil español); el no haber previsto una reforma de la LECR, que haga posible adecuar el proceso penal a los fines jurídico-materiales que el NCP pretende alcanzar, y que no se podrán lograr con las escasas normas procesales de adaptación del NCP que –como señala Gimeno Sendra (124) – parecen haber sido dictadas en cumplimiento del principio de «improvisación»; y, probablemente lo más grave y preocu-

(124) Vid. GIMENO SENDRA, V., «La aplicación procesal del Nuevo Código Penal», en *La Ley*, año XVII, núm. 4180, 4 dic. 1996, p. 1. El mencionado autor advierte que el NCP «puede fracasar al no haber previsto una reforma en su instrumento de aplicación, esto es, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que adecúe el proceso penal a los fines jurídico-materiales que dicho Código material pretende alcanzar». GIMENO SENDRA destaca y analiza, en ob. cit., pp. 2 ss., ciertas cuestiones fundamentales dentro de los múltiples problemas que puede provocar la deficiente regulación procesal del NCP; como son: el importante incremento de los delitos semipúblicos, quedando condicionado el ejercicio de la acción penal a la interposición de la

pante, la falta de previsión de una nueva infraestructura (centros idóneos y personal habilitado) que hiciera posible el cumplimiento adecuado y efectivo de las nuevas sanciones —pensemos por ejemplo, en el arresto de fin de semana, o en el trabajo en beneficio de la comunidad— que incorpora el NCP. La reciente normativa sobre esta cuestión básica— como es la recogida en el RD 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana— no nos permite ser muy optimista sobre el futuro del sistema de sanciones del NCP, sino más bien profesar un modesto optimismo sobre el escepticismo profundo acerca del nuevo sistema de sanciones del CP español de 1995. Ahora, ya sólo cabe esperar que los Tribunales de justicia españoles asuman y utilicen adecuadamente —con su tradicional sensibilidad, como ya demostraron durante la vigencia de la LPRS— el amplio arbitrio que les confiere el NCP, eludiendo —dentro de lo posible— la aplicación e imposición de penas o medidas de seguridad que, por falta de infraestructura, no pueden cumplirse adecuadamente. A los parlamentarios españoles —y demás poderes públicos de nuestro país— les corresponderá la importante misión de propiciar la adopción de medidas extrapenales para atajar las causas de la delincuencia en nuestra sociedad, tomando conciencia de que toda reforma penal debe ser meditada, suficientemente contrastada con la doctrina y la praxis, y coherente, es decir, que ha de llevarse a cabo de manera muy diferente a cómo se elaboró, redactó y aprobó el NCP, donde ha imperado la improvisación, el oportunismo político y las urgencias (125).

denuncia por el ofendido; el trasvase de la competencia objetiva de un número considerable de hechos punibles de los Juzgados de lo Penal al conocimiento de las Audiencias Provinciales, provocando una importante sobrecarga de estos últimos órganos jurisdiccionales; la incidencia del NCP en medidas cautelares como la prisión provisional, pudiendo dar lugar —si no se procede a la oportuna reforma procesal— a un incremento notable del número de presos preventivos en la población reclusa (cfr. artículo 503.2 de la LECR y disposición transitoria 11 del NCP); la considerable ampliación del recurso penal de casación...

(125) A pesar de la declaración de buenas intenciones de la Exposición de Motivos del NCP («en la elaboración del proyecto se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del 1992, el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica. Se ha llevado a cabo desde la idea, profundamente sentida, de que el Código Penal ha de ser de todos y de que, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables, esto es, por aquellas que todo el mundo debería poder aceptar»), cabe destacar críticamente datos tan relevantes, en cuanto a la participación y transparencia en la elaboración del Proyecto de 1994 que daría lugar al CP de 1995, como los siguientes: desde octubre de 1982 —el movimiento reciente de reforma total del CP español se inicia con el Anteproyecto de CP de 1979, y sigue sobre todo con los textos de 1980, 1983, 1992 y 1994— no ha sido convocada ni una sola vez la Sección de Derecho penal de la Comisión General de Codificación, que sí se había reunido ampliada para la redacción del Anteproyecto de CP de 1979 (vid. Cerezo Mir, Consideraciones político-criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992, Lección inaugural del curso académico 1993-94 de la Universidad de Zaragoza, pp. 7 y 8); y, por otra parte, se desconoce —algo insólito, que no había ocurrido con la

Al penalista sólo le resta estudiar –interpretar, criticar, proponer soluciones– el CP vigente y contribuir a su correcta aplicación, formulando las oportunas propuestas para el Derecho Penal del futuro.

redacción de los proyectos de 1980, 1983 y 1992– quiénes han elaborado el Proyecto de CP de 1994, que daría lugar al CP de 1995. Lo adecuado hubiera sido –como ha destacado, entre nosotros, Luzón Peña, en «El Anteproyecto de CP 1992: observaciones de urgencia», *Jueces para la Democracia*, 14 (3/1991), p. 60– la intervención de una gran comisión de expertos para la reforma de CP, en la que estuvieren ampliamente representados profesores universitarios, magistrados, fiscales, expertos de la Administración pública y de la Administración penitenciaria y abogados, que supervisara a fondo la totalidad de la propuesta final del CP y de los textos de los anteriores Proyectos.

La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea*

KLAUS TIEDEMANN

Freiburg im Breisgau (Alemania)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.-II. TENDENCIAS Y TESIS RESPECTO DE UNA ARMONIZACIÓN EUROPEA DEL DERECHO PENAL: 1. ¿Adiós al Código Penal europeo? 2. Tesis sobre las características y el alcance, así como sobre los factores de la armonización. 3. Especial consideración del Derecho de las sanciones administrativas. 4. Asimilación y armonización del Derecho penal nacional.-III. PERSPECTIVAS DE LA FUTURA EVOLUCIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho penal sigue con un característico retraso a la europeización de otros sectores del Derecho, sectores en los que la existencia de competencias institucionales de las Comunidades Europeas aconseja una armonización, previéndose además ésta en la mayoría de los casos de modo expreso en los tratados de Derecho internacional público. Hasta Maastricht, no era éste el caso del Derecho Penal. Por ello, por un lado, la descripción del proceso de europeización en este ámbito es más escueta; por otro lado, esta descripción debe ir más allá de los puntos de parti-

* Conferencia pronunciada el día 13 de septiembre de 1996 en la Universidad Autónoma de Madrid. La conferencia forma parte de un proyecto de investigación sobre la armonización del Derecho penal en Europa, desarrollado en el marco del premio Max-Planck de investigación de 1995.

Traducción de MANUEL CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

da que pueden observarse en el campo institucional o en el de los tratados de Derecho internacional público para poder esbozar una imagen correcta de la situación actual. Desde mi punto de vista, las perspectivas de futuro son algo más positivas, aunque se hallan lastradas de un especial grado de inseguridad en lo que se refiere a la formulación de pronósticos de futuro en el ámbito de la política legislativa. Y es que el Derecho Penal expresa de modo más intenso que otras materias jurídicas la soberanía nacional, soberanía a la que sólo se renuncia con disgusto, aunque esta renuncia sea meramente parcial, y de este modo –al menos en amplios sectores– el Derecho Penal se presenta como Derecho político (1), que muestra una vinculación especialmente fuerte a la tradición y a la conciencia de determinados valores, vinculación que, sin embargo, también se refiere a emociones y temores fundamentales. La reciente discusión pública alemana acerca de «¿Extranjeros europeos en la judicatura?» (2) en relación con la reforma del Derecho electoral municipal en el Estado federado de Hessen da buena cuenta de ello. El Derecho Penal sólo es en una parte reducida mera técnica jurídica, y sólo puede ser objeto de negociación –desde la perspectiva de determinados aspectos económicos y de unión entre los pueblos– hasta cierto punto. Sobre todo la Parte Especial del Derecho Penal, como es sabido –y haciendo uso de una imagen a la que frecuentemente se recurre–, se presenta como espejo, formulado en negativo, en el que se reflejan los valores y las actitudes valorativas de una sociedad (3). Ciertamente, estos valores tienen en Europa profundas raíces comunes, y al menos en parte, coinciden en sus contenidos, pero se hallan provistos de tan diversas perspectivas y acentos que en una valoración global parece difícil llegar a un acuerdo aún referido al mínimo denominador común. Las divergencias sustanciales en la configuración del tipo de la estafa, el controvertido alcance de la inclusión político-criminal de personas crédulas en su ámbito de protección y su relación diferenciada con determinados tipos especiales similares a la estafa, con las falsedades, el delito fiscal, etc., son un primer ejemplo de esta diversidad incluso en el simple campo de la protección del patrimonio y de la veracidad en el tráfico jurídico. También el Derecho procesal penal muestra en los ordenamientos jurídicos de muchos Estados miembros ciertas particularidades tradicionales. Son estas peculiaridades las que explican, por ejemplo, la lentitud en el proceso de restricciones de las competencias del Juez de instrucción en Francia, a pesar de que esa figura ha sido eliminada por completo en otros países, la aparición en un momento histórico tardío de la Fiscalía en Gran Bretaña, acompañada de

(1) Sobre esto ya TIEDEMANN, *Strafrechtspolitik und Dogmatik in den Entwürfen zu einem Dritten Strafrechtsreformgesetz*, 1970.

(2) Así el título del artículo de WASSNER en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, núm. 132, de 10 de junio de 1996, p. 12.

(3) Cfr. últimamente TIEDEMANN, *JZ* 1996, pp. 647 y ss.

unos poderes de la policía sorprendentemente amplios para alguien ajeno a ese ordenamiento, o el fracaso del proceso penal de partes en Italia, de reciente introducción, con los fenómenos socio-culturales particulares de los «pentiti» y de un gran número de tipos especiales de Derecho Penal material del tipo de la *associazione mafiosa* (4).

Las constataciones y afirmaciones que acabo de hacer probablemente necesitan de datos y ejemplos más concretos ya en esta parte introductoria. Si comenzamos con la influencia institucional muy reducida, incluso mínima, de las CE sobre el Derecho Penal nacional en su actual configuración, es evidente que en el Código penal alemán tan sólo el tipo penal de blanqueo de dinero (§ 261 StGB), introducido en 1992, es consecuencia directa de una directiva de las CE (de 10 de junio de 1991, «para la evitación del uso del sistema financiero para el blanqueo de dinero») (5). Esta norma, sin embargo, precisamente en lo que respecta a su vinculatoriedad y formulación jurídico-penal, se ve condicionada y afectada más bien por el Convenio de Viena de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 contra el tráfico ilícito de narcóticos y sustancias psicotrópicas. Pues sólo la Convención de Viena obliga a los Estados Parte a la introducción y configuración de las correspondientes prohibiciones como hechos delictivos, mientras que la directiva en materia de blanqueo de dinero del Consejo de las CE tan sólo contiene la obligación de los Estados miembros de «sancionar» el blanqueo de dinero, expresando de este modo —después de complejas negociaciones previas— el respeto frente al *ius puniendi* en materia criminal de los Estados. Conforme a la doctrina absolutamente dominante (y en contra de la opinión del Parlamento Europeo), esta potestad precisamente no ha sido transferida, ni siquiera de modo sectorial, a las Comunidades, de modo que —de acuerdo con la opinión predominante, aunque se encuentren voces discrepantes, especialmente en la bibliografía española— las directivas de la Comunidad, en todo caso y de modo exclusivo, pueden afectarla en el ámbito de la tipicidad o de la prohibición, pero no en lo que se refiere a la elección de la sanción (6).

Fuera del Código Penal, en el ámbito del así llamado Derecho Penal accesorio, la situación no es distinta, puesto que tampoco en este otro campo —a pesar de existir una amplia accesoriadad del Derecho Penal respecto de la materia extrapenal— la sanción criminal se concibe como un mero anexo de la potestad de regulación extrapenal. En el Derecho

(4) Cfr. la sinopsis de Derecho comparado respecto de los cambios en las instituciones y reglas jurídico-procesales en el informe general de TIEDEMANN, *Revue Internationale de Droit Pénal* 1993, pp. 813 y ss.

(5) ABIEG núm. L 166/77, de 18 de junio de 1991.

(6) Cfr., de modo resumido, TIEDEMANN, *NJW* 1993, pp. 23 y ss.; de otra opinión, en la bibliografía española, FERRÉ OLIVÉ, en ARROYO/TIEDEMANN (ed.), *Estudios de Derecho penal económico*, 1994, p. 275 (281 y ss.), y NIETO MARTÍN, *Fraudes comunitarios*, 1996, pp. 356 y ss.; va más allá en la bibliografía italiana RIONDATO, *Cometenza della Comunità Europea*, 1996.

Penal accesorio alemán, con la confusión amorfa que en él impera —alrededor de 1.000 leyes con disposiciones penales—, sólo puede identificarse como tipo armonizado en toda Europa la prohibición de negocios de *insider* del § 38 de la Ley de Tráfico de Títulos Valores. Esta prohibición, que ha entrado en vigor el día 1 de agosto de 1994, y que en España se encuentra en el Código Penal, está basada en varias directivas de las CE, especialmente en la directiva sobre *insider* de 13 de noviembre de 1989 (7). En este caso, se puede decir que se ha producido una adaptación al menos más lograda —y con ello, verdaderamente adecuada al Derecho europeo— que respecto de la directiva de blanqueo de dinero, cuya adaptación por parte de los legisladores nacionales ha dado lugar a configuraciones bastante diversas, siendo la divergencia respecto del texto base de Derecho europeo especialmente llamativa en Alemania (8). Por otro lado, hay que decir también que desde el primer momento la directiva sobre blanqueo de dinero dejaba muchas cuestiones sin resolver, entre otras ya la cuestión acerca de cuáles eran las razones por las que era deseable o necesaria una armonización, más allá de seguir una moda internacional que —partiendo de EE.UU.— considera que la panacea en la lucha contra la criminalidad organizada está precisamente en la actuación contra el así llamado blanqueo de dinero. Sobre todo, esta directiva no intenta siquiera de modo fragmentario una armonización de las finalidades de protección nacionales del tipo penal: el acceso del Estado a los valores patrimoniales que pretenden ser lavados, es decir, el Derecho nacional respecto de la incautación, de la retirada de *ventas* patrimoniales y del comiso. Las directivas sobre operaciones de *insider* —que, como se ha dicho, han sido objeto de una adaptación más adecuada— y los tipos penales nacionales correspondientes tampoco son, por otra parte, modelos a seguir, pues —sobre todo en lo que se refiere a la exclusión de la responsabilidad civil— se introduce una protección pretendidamente limitada a la vertiente supraindividual, que prácticamente invierte el principio clásico del Derecho Penal como ultima *ratio*, reconocido en todos los Estados miembros (9).

(7) ABIEG núm. L 348/62, de 17 de diciembre de 1988; L 334/30, de 18 de noviembre de 1989; L 141/27, de 11 de noviembre de 1993.

(8) Cfr. la valoración desde el punto de vista del Derecho comparado realizada por HÖRETH, *Die Bekämpfung der Geldwäsche unter Berücksichtigung einschlägiger ausländischer Vorschriften und Erfahrungen*, tesis, Tübingen, 1996. Respecto del Derecho español, GÓMEZ INIESTA, en ARROYO/TIEDEMANN, op. cit., pp. 151 y ss.

(9) Cfr. sólo TIEDEMANN, StV 1996; desde una perspectiva general OTTO, en: SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (ed.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, pp. 447 y ss.

II. TENDENCIAS Y TESIS RESPECTO DE UNA ARMONIZACIÓN EUROPEA DEL DERECHO PENAL

Después de esta introducción –que no ha resultado ser demasiado positiva respecto del Derecho europeo–, es preciso adoptar una perspectiva más amplia y sistemática para poder apreciar las líneas de evolución y las tendencias (no siendo éstas en absoluto palmarias) existentes, lo que hará posible formular a continuación un pronóstico.

1. ¿Adiós al Código penal europeo?

Desde la perspectiva negativa, probablemente en la actualidad ya está claro que en la realidad ya se ha producido la despedida de un Código penal europeo, aunque tan sólo se trate de un Código penal modelo, como se venía proponiendo con frecuencia –por ejemplo, ya en 1971 por parte del Consejo de Europa– hasta hace algún tiempo siguiendo la experiencia del *Model Penal Code* de EE.UU. y los trabajos efectuados en Sudamérica para un Código penal tipo y como se ha planteado recientemente por algunos diputados tanto en la Comisión de asuntos jurídicos del Parlamento Federal alemán como en el Parlamento Europeo. Siguiendo las propuestas de algunas voces italianas, especialmente la del presidente de la Comisión oficial de Reforma del Derecho Penal Pagliaro (10), en Alemania Sieber ha defendido la elaboración de un Código penal modelo europeo «para acelerar la armonización de los ordenamientos penales europeos» (11). Si se tienen en cuenta la multiplicidad de valores culturales y el carácter ampliamente político del Derecho Penal a los que antes se ha aludido, tales propuestas y planteamientos parecen poco realistas, además de que en el plano institucional de las CE podrían plantearse objeciones adicionales en atención al principio de subsidiariedad. Lo mismo cabe decir respecto de la cuestión ulterior o auxiliar acerca de si es la Parte General o la Parte Especial la que resultaría más adecuada para llevar a cabo una armonización.

Naturalmente, esta despedida de un Código penal europeo modelo –que, por otra parte, también podría proponerse por iniciativa privada– debe entenderse más bien como provisional y formulada completamente en función de la situación actual. Precisamente los nuevos Códigos penales de Francia (1994), Portugal (1995) y España (1996), así como el Proyecto de Código penal italiano (1992) muestran, en un análisis comparativo, por ejemplo, con el Derecho alemán y austriaco, similitudes y para-

(10) PAGLIARO, en: SCHÜNEMANN/SUÁREZ, op. cit., p. 379 (385).

(11) SIEBER (ed.), *Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht*, 1993, p. 159 y en: SCHÜNEMANN/SUÁREZ, op. cit., p. 349 (365). Ulteriores referencias en DANNECKER, en: ESER/HUBER (ed.), *Strafrechtsentwicklung in Europa 4.3*, 1995, pp. 1993 y s.

lelismos tan sorprendentes que la idea de la redacción de un Código penal modelo al menos respecto de ciertos campos singulares, incluso quizá respecto de amplios sectores parciales, no debería ser descartada de modo permanente. Sin embargo, la discusión debe tener en cuenta de modo más intenso que hasta ahora la crisis de la idea europea de codificación, cuyas causas y repercusiones también afectan al Derecho Penal (12).

Por lo demás, llevan una denominación que al menos induce a confusión los trabajos de las Naciones Unidas para la elaboración de un «Código penal mundial» (13), aunque precisamente este proyecto demuestra con bastante claridad de qué es lo que se trata: no de la «posibilidad de un Derecho mundial» (Zitelmann, 1888), sino de la formulación y adopción en todo el mundo de tipos penales centrales de Derecho internacional público en el caso del genocidio, de los crímenes contra la humanidad y de los crímenes de guerra. En esta medida, una comisión que inició sus trabajos en 1995 prepara el estatuto de un Tribunal internacional con competencia para enjuiciar estos delitos y elabora en este contexto reglas de carácter procesal, incluyendo las relativas a la extradición (14). Este ejemplo —que en lo que se refiere a su realización igualmente sigue siendo más bien utópico—, frente al cual sobre todo los Estados asiáticos mantienen una postura escéptica, indica con claridad lo que sucede en un plano general, y, por tanto, también en lo que se refiere a la evolución europea y que aquí se me permitirá formular —por razones de tiempo— de modo sintético en algunas tesis:

2. Tesis sobre las características y el alcance, así como sobre los factores de la armonización

Tesis a)

Son susceptibles de armonización no tanto los ordenamientos jurídico-penales y los Códigos penales en su conjunto como algunos ámbitos y sectores individuales, cuya equiparación jurídica supera la división tradicional en Parte Especial y Parte General y abarca también al Derecho Penal en un sentido más amplio, incluyendo las sanciones administrativas y el Derecho procesal. Más adelante volveré ampliamente sobre la regulación más reciente de las CE como demostración de esta tesis.

(12) Cfr. sobre esto TIEDEMANN, *JZ* 1996, pp. 647 ss., con abundantes referencias.

(13) REICHART, *ZRP* 1996, pp. 134 ss.

(14) Sobre esto, cfr. Association Internationale de Droit Pénal (AIDP), *Draft Statute for an International Criminal Court*, 1995; BASSIOUNI, «Recent United Nations activities in connection with the establishment of a permanent International Criminal Court», *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1996, pp. 127 ss.

Tesis b)

La armonización e internacionalización y, con ello, también la europeización del Derecho Penal, no consiste tanto en el desarrollo de reglas más o menos estáticas como en la selección y en el reconocimiento de principios y el establecimiento de estándares mínimos que resultan ser susceptibles de dar lugar a consenso sobre todo en aquella medida en la que se corresponden con garantías de derechos fundamentales y humanos. Tales estándares mínimos son los que pretende introducir, por ejemplo, el proyecto del Consejo de Europa de un Convenio para la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, de 21 de junio de 1995, con el fin de alcanzar una armonización de los ordenamientos jurídico-penales nacionales en ese ámbito (15).

Tesis c)

La necesidad y los efectos de la armonización de los ordenamientos penales nacionales sólo parcialmente derivan de obligaciones normativas (convenios, directivas); corresponden efectos prácticos similares en este sentido a las instituciones procesales de la extradición y cooperación judicial, cuya efectividad tiene como presupuesto un Derecho Penal material equiparado en gran medida. En este sentido, baste recordar los conceptos de «reciprocidad» y de «norma idéntica».

Tesis d)

Finalmente, junto a la introducción o posibilitación normativa de la armonización, ésta surge en el plano fáctico de modo amplio de la creación de instituciones internacionales como el Tribunal *ad hoc* de Crímenes de Guerra en La Haya, que comportan la necesidad ineludible y positiva de crear sobre la base de una consideración comparativa de muchos ordenamientos jurídicos una ordenanza procesal que –en todo caso, si disfrutara de una suficiente experiencia práctica positiva– no podrá dejar de producir repercusiones sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. Mencionaré tan sólo como ejemplo el artículo 71 de la Ordenanza de La Haya, que permite bajo ciertas circunstancias tomar declaración a testigos por medios audiovisuales.

Si estas tesis se ponen en relación con el Derecho Penal europeo, como corresponde al tema de mi exposición, ha de completarse con carácter previo a un punto de vista que por su naturaleza ha de tener menor relevancia en una consideración a nivel mundial, y que por ello también afecta de modo primario los factores de la europeización de los ordenamientos penales: el intercambio y el contacto internacional de los penalistas ha

(15) Cfr. la información en MÖHRENSCHLAGER, *wistra*, 1996, fasc. 1, pp. IV ss.

alcanzado en las últimas décadas una dimensión y una intensidad que eran difícilmente imaginables antes de la aparición de medios modernos de comunicación y de transporte, así como de generosas instituciones de fomento, como en Alemania la «Fundación Alexander von Humboldt» o el Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). El mayor conocimiento de los ordenamientos jurídicos extranjeros que ello comporta, así como las convicciones comunes básicas relativas a numerosas cuestiones del Derecho Penal, incluyendo la política criminal, el sistema de sanciones, el proceso penal y la ejecución de penas, que se plasman prácticamente en forma de resoluciones en los congresos internacionales (como, por ejemplo, de la Asociación Internacional de Derecho Penal), han conducido a un amplio consenso internacional acerca de posibles soluciones a problemas comunes. El proceso de aproximación en la Parte Especial queda demostrado por los ya mencionados nuevos Códigos penales de los Estados de tradición románica, pudiéndose constatar en este contexto a nivel del conjunto de Europa una tendencia común —que muestra diferencias tan sólo en ciertos matices— hacia la descriminalización de amplios sectores del Derecho Penal clásico y hacia el establecimiento de nuevas modalidades de comportamientos delictivos en ámbitos que han sido reconocidos como especialmente propensos en el marco de la sociedad moderna a sufrir perturbaciones (por ejemplo, delitos económicos y contra el medio ambiente, manipulaciones relacionadas con la genética humana). En lo que se refiere a las sanciones, los ordenamientos jurídicos nacionales de Europa se suman hoy en día en gran medida a una amplia tendencia de reforma que queda caracterizada por conceptos como: eliminación o limitación de la pena privativa de libertad de corta duración e introducción de instrumentos sustitutivos en forma de ejecución en fines de semana, trabajos de utilidad social y, sobre todo, pena de multa en su configuración conforme al sistema escandinavo de los días-multa; reducción de las tradicionales penas que afectan al honor y revitalización de las inhabilitaciones especiales para el ejercicio de la profesión en casos de abusos graves de posiciones profesionales y económicas, especialmente en el Derecho Penal económico; nueva configuración de las sanciones contra las personas jurídicas y otras colectividades de personas. La tesis (ulterior) que está en la base de esto, en el sentido de constatar una convergencia de los ordenamientos jurídico-penales en Europa, puede ser demostrada también, especialmente, respecto de la dogmática de la Parte General; como, por ejemplo, en el caso de la teoría del error, que —en contra de la afirmación de Weigend, hecha en su por lo demás meritorio trabajo (16)— incluso en el ámbito del error de Derecho, que tradicionalmente había sido objeto de tratamientos divergentes en función de que se partiera de un modelo de Estado autoritario o liberal,

(16) WEIGEND, *ZStW*, 105 (1993), p. 774 (783 y ss.).

llega a soluciones que son en principio idénticas, por ejemplo, en Alemania, España, Francia, Inglaterra e Italia (17), y permite formular, sin mayores dificultades, reglas comunes en el tratamiento del error en Derecho Penal. La situación es similar en lo que se refiere a ciertas causas de justificación como expresión de la regulación de situaciones de necesidad y de conflicto, a la teoría de autoría y participación con sus distintos modelos de autoría unitaria o diferenciada, etc. De hecho, hemos tenido ocasión de presentar junto a colegas extranjeros tales formulaciones comunes respecto de las cuestiones de imputación más importantes de la Parte General (18), si bien subrayando la referencia «específico-sectorial» respecto de aquellas materias de la Parte Especial en las que corresponde competencia a las CE [cfr. *supra* tesis a)]. A medio o largo plazo, posiblemente esta delineación en función de los *topoi* de la materia de regulación conducirá de nuevo a un proceso de más amplia abstracción de la Parte General. En cuanto estadio intermedio y de prueba, sin embargo, la comprobación de reglas generales sobre la base de las peculiaridades de la materia de regulación es más bien un avance que venimos exigiendo desde hace tiempo también para la dogmática del Derecho Penal alemán (19). También desde esta perspectiva teórica de ningún modo puede considerarse una desventaja que la Comisión de las CE –en virtud de sus limitadas competencias institucionales– sólo pueda desarrollar en el ámbito del Derecho Penal administrativo reglas propias para las sanciones que la Comisión misma deberá imponer. En esta materia, el Tribunal de las CE ha desarrollado principios tan excelentes que resulta incomprensible por qué Grasso ha exigido que haya que evitar «a cualquier precio» que se haga participar al TCE de modo similar en la elaboración de una futura Parte General del Derecho Penal (20). Con lo dicho no se pretende poner en duda el hecho de que la dogmática de la Parte General es de modo muy especial una herencia común europea y, por ello, rige –también con independencia de cualquier iniciativa de las CE– en toda Europa, es decir, que es el ámbito que desde el punto de vista material más propicio resulta para la armonización (21) o incluso ya muestra de hecho tal armonización (como parece que hacen suponer la elección de los temas para las «Jornadas alemanas de penalistas» de 1997 en Berlín y para las «Jornadas de Derecho Penal» en 1997 de la Sociedad de Derecho comparado en Graz).

(17) Cfr. TIEDEMANN, *Geerds-Festschrift*, 1995, pp. 95 y ss., y en *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1995, pp. 71 y ss. (88 ss.).

(18) BACIGALUPO/GRASSO/TIEDEMANN, en: SCHÜNEMANN/SUÁREZ, op. cit., pp. 465 ss.

(19) Desde TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht* (1969).

(20) GRASSO, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1995, p. 1159 (1188).

(21) En este sentido BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea?*, 1996, p. 53; FRISCH, en: *Sieber* (ed.), op. cit., p. 149 (150); VOGEL, *JZ*, 1995, p. 331 (333 ss.).

Antes de retomar esta evolución y sus repercusiones, ha de resaltarse de nuevo –pasando a las instituciones supraestatales– la ya antes aludida actividad del Consejo de Europa entre los factores efectivos de una armonización jurídico-penal europea. Los convenios y las recomendaciones del Consejo afectan tanto a la *praxis* de la persecución penal internacional (especialmente, extradición y cooperación judicial, pero también transmisión de la persecución penal, asunción de la ejecución de penas, supervisión de delinquentes en libertad condicional, etc.), como a importantes cuestiones de la Parte General y de la Parte Especial del Derecho Penal (22). Como ejemplos respecto de las problemáticas enunciadas en último lugar cabe mencionar –junto al proyecto ya mencionado sobre el Derecho Penal del medio ambiente– las recomendaciones relativas a la criminalidad informática y otras modalidades de criminalidad económica, así como respecto de la posibilidad de imponer penas u otras sanciones a las personas jurídicas. Estas recomendaciones, preparadas por grupos de trabajo de expertos en la materia, se entienden con razón –de modo similar a las resoluciones de los Congresos Internacionales de Derecho Penal– como expresión de convicciones comunes de las naciones desarrolladas (europeas), habiendo sido aceptadas con frecuencia –a pesar de reservas expresas de algunos Estados respecto de cuestiones particulares– por unanimidad. El hecho de que en la *praxis* de la política criminal nacional no todas las recomendaciones del Consejo de Europa hayan sido llevadas a la práctica y que no todos los Convenios del mismo organismo hayan sido transformados y hayan entrado en vigor, no puede llevar a ocultar la realidad de una tendencia fuerte –aunque, en la mayoría de las ocasiones, sin vinculatoriedad normativa– de armonización. Ya el Estatuto del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949 menciona expresamente como finalidad la armonización de los ordenamientos jurídico-penales nacionales.

Corresponde mucho mayor fuerza vinculante –incluso, en algunos Estados, la máxima vinculatoriedad jurídica imaginable– a la actividad de los Tribunales Constitucionales nacionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos junto con la actividad decisoria previa de la Comisión Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo, aunque estas actividades sean tomadas menos en consideración por los penalistas. Como es natural, esta jurisprudencia constitucional sólo en escasas ocasiones afecta a la regulación legal general en materia de Derecho Penal material y Derecho procesal penal (como, por ejemplo, en el ámbito de la interrupción del embarazo, respecto de la cual se han pronunciado numerosos Tribunales constitucionales nacionales) (23), sino, por regla general, a la decisión de casos concretos; pero ello tiene evidentes repercusiones sobre el sistema

(22) Cfr. la sinopsis en VÖGLER, *Jura*, 1992, pp. 586 y ss.

(23) Cfr. el resumen de ARROYO ZAPATERO, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1981, pp. 195 y ss.

del Derecho Penal (24). Como es sabido, la base jurídica de los órganos de Estrasburgo es la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, que ha sido frecuentemente calificada de «Ley fundamental europea»; esta convención apoya nuestra tesis *b*) de los estándares en el sentido de principios mínimos, sobre todo en el ámbito del Derecho procesal penal, pero con importantes repercusiones también sobre el Derecho Penal material. En este sentido, Delmas-Marty habla en el subtítulo de su conocido libro *Le flou du droit* (1986) de la existencia de un movimiento *du code pénal aux droits de l'homme* (desde los Códigos penales hacia la garantía de derechos fundamentales y humanos). La rica actividad decisoria de las instituciones de Estrasburgo concreta las garantías mínimas de la Convención con cierta frecuencia hasta llegar a garantías muy concretas respecto de constelaciones específicas. Como ejemplo mencionaré tan sólo el ámbito de la prueba con ayuda de confidentes, respecto del cual el Tribunal de Estrasburgo ha establecido últimamente determinadas exigencias que al menos cuestionan la praxis más bien generosa del Tribunal Supremo Federal alemán en esta materia, y que probablemente conducirán a una corrección de esta *praxis* en cuanto se lleve un caso alemán relativo a esta cuestión ante el Tribunal europeo (25) (en España se trataría de la interpretación del art. 710 LECrim.). Por otra parte –y coincidiendo ampliamente con el Tribunal de Estrasburgo–, importantes Tribunales Constitucionales nacionales han desarrollado desde la perspectiva constitucional una jurisprudencia sobre los principios fundamentales del Derecho Penal y procesal penal que si bien no está dirigida a la obtención de una armonización, es sorprendentemente homogénea. En este sentido, sobre todo, los Tribunales, inclusive el Tribunal Constitucional español, han extendido garantías penales fundamentales como los principios de legalidad y de culpabilidad, la presunción de inocencia y el derecho de defensa a ámbitos similares al Derecho Penal. De este modo, especialmente, el ya mencionado Derecho de las sanciones administrativas es aproximado al Derecho Penal, privándolo así, en parte, de su tradicional agilidad, pero también de su carácter negociable. De este modo –junto con la creación de *Autorités Administratives Indépendantes* similares a tribunales (como en Alemania, por ejemplo, la Oficina Federal de Defensa de la Competencia o la proyectada Oficina de Supervisión del Mercado de

(24) Respecto de las resoluciones del BVerfG alemán en este ámbito cfr. TIEDEMANN, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, con perspectiva y referencias de Derecho comparado.

(25) ROXIN/ARZT/TIEDEMANN, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 3.^a edición, 1994, p. 130 con referencias. De modo general sobre la influencia de la CEDH sobre el Derecho penal y procesal penal alemán, KÜHL, *ZStW*, 100 (1988), pp. 406 y ss., 601 y ss.; respecto de la relevancia de sus principios para la armonización europea del Derecho Penal, DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, 1994, especialmente pp. 244 y ss.

Valores)–, el Derecho sancionador administrativo se convierte en una alternativa renovada, propia de un Estado de Derecho y eficiente, en el arsenal de la política criminal y social del Estado. La fuerza conformadora del Derecho constitucional, en su transformación por medio de los Tribunales constitucionales, es en mi opinión un factor de armonización –especialmente para las máximas de la Parte General del Derecho Penal– inesperado, pero muy importante. Aunque los Tribunales constitucionales suelen mantenerse alejados de las cuestiones de detalle de la dogmática jurídico-penal, sí toman posición respecto de los problemas fundamentales [*supra* tesis b)] en el límite hacia la política criminal y de la configuración del sistema del Derecho Penal como tal (26). Puede bastar citar aquí como ejemplo la reciente jurisprudencia constitucional italiana, que declara en contra de la previsión expresa del *Codice penale* que el error de prohibición inevitable excluye la culpabilidad (27), o recordar el papel jugado por el principio constitucional de proporcionalidad, que pone límites tanto a la política criminal como a la legislación en el ámbito del Derecho procesal penal, papel reconocido desde hace mucho tiempo en el Derecho alemán, español e italiano y que hace algún tiempo también ha sido «descubierto» por la jurisprudencia constitucional francesa con efectos sobre el Derecho Penal y la política criminal (28).

3. Especial consideración del Derecho de las sanciones administrativas

Un papel muy similar en sus efectos, pero con repercusiones claramente más amplias en lo que se refiere a la armonización, corresponde al Tribunal de las Comunidades Europeas en Luxemburgo. El TCE no sólo reconoce libertades generales y el principio de proporcionalidad, sino que ha elaborado respecto de las sanciones administrativas impuestas por la Comisión de las CE en el Derecho de competencia y de la minería, en el ámbito agrario y pesquero, en el sector de los transportes y en numerosos otros ámbitos, una Parte General prácticamente completa de las sanciones administrativas que antes ya hemos calificado de excelente en su conjunto, especialmente teniendo en cuenta que corresponde a la tendencia –que se abre paso en la discusión relativa a la armonización– hacia la simplificación de la Parte General (29). Se trata de una síntesis autónoma derivada del examen comparado de los ordenamientos más importantes de los Estados miembros y halla una correspondencia codificada en las –entre sí

(26) TIEDEMANN, *Verfassungsrecht*, cit., p. 6.

(27) Corte Costituzionale, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, pp. 686 y ss., con comentario de PILITANÒ.

(28) DELMAS-MARTY/TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger?*, 1992.

(29) En favor de ello ya TIEDEMANN, *Jescheck-Festschrift*, 1985, p. 1141 (1436 ss.); y GEERDS-FESTSCHRIFT, p. 110; en el mismo sentido BERNARDI, op. cit., pp. 57 s., 141 s.; VOGEL, op. cit., p. 338.

muy similares— Leyes de contravenciones alemana, italiana y portuguesa. La competencia sancionatoria propia de las CE en este ámbito cuasi-jurídico-penal, «punitivo» (30), favorece el desarrollo de ciertas reglas (que adquieren, sin embargo— a causa de que la jurisprudencia del TCE es tanto pragmática como se halla vinculada a casos individuales— en la mayoría de las ocasiones más bien el carácter de principios [*supra* 2 tesis b]) que sólo quedan claramente determinados en su núcleo y muestran contornos menos precisos en ámbitos límite, pero precisamente por ello son susceptibles de consenso y de armonización): *nullum crimen sine lege* (con la permanencia del problema del *Common Law* inglés); efectos retroactivos de la *lex mitior* (en la medida en que el legislador no lo excluya expresamente); *nulla poena sine culpa* (con considerables limitaciones en aquellos Estados miembros que siguen conociendo *strict liability* y *faute matérielle*); derechos de necesidad como legítima defensa y estado de necesidad (pero sin la diferenciación alemana entre estado de necesidad justificante y exculpante); la exigencia propia del Estado de Derecho de la prescripción (que en el Reino Unido, sin embargo, ha sido introducida muy recientemente en la legislación y que sigue siendo desconocida respecto de las *more serious offences*); relevancia del error, especialmente también del error de Derecho o de prohibición (en todo caso, siendo inevitable o habiendo sido provocado por informaciones incorrectas de la instancia competente); posición de garantía respecto de empresas con situación de dominio (en el marco de la así llamada unidad de empresa). Algunas cuestiones que seguían estando poco claras o siendo resueltas de modo poco satisfactorio en la jurisprudencia del Tribunal respecto de las sanciones administrativas de las CE han sido reguladas expresamente en un reglamento marco de las CE de 18 de diciembre de 1995 (31): aprehensión de las acciones en fraude de Ley (con una cláusula de Derecho administrativo sobre fraude de Ley con vigencia respecto del Derecho de sanciones); teoría de la participación (en el sentido de la autoría unitaria); sanciones a personas jurídicas (en todo caso, a través de sanciones administrativas); prescripción (con un plazo de cuatro años); *ne bis in idem* (en el sentido de la posibilidad de un cómputo de acuerdo con el principio de proporcionalidad). La ulterior intención de la Comisión de las CE de crear un mini-código de principios jurídico-materiales y procesales para las sanciones administrativas ha sido sacrificada de momento debido a la presión política de los Estados miembros. Sin embargo, esta idea

(30) HEITZER, *Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht* (1997); PRIEBE, en: VAN GERVEN/ZULEEG (ed.), *Sanktionen als Mittel zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts*, 1996, p. 55 (56); TIEDEMANN, en European Commission (ed.), *The system of administrative and penal sanctions in the Member States of the European Communities*, tomo II, 1994, pp. 11 ss.; TSOLKA, *Der Allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts i.w.S.*, 1995, pp. 35 ss.; VOGEL, en DANNECKER (ed.), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich*, 1993, pp. 170 ss.

(31) ABIEG, núm. L 312/1, de 23 de diciembre 12 de 1995.

ha sido activada desde 1996 de nuevo por la Dirección General XX de la Comisión (supervisión de presupuestos), siguiendo un encargo del Parlamento Europeo, y será desarrollada ulteriormente hacia el proyecto de un *corpus* jurídico-penal (31 bis), que prevé para los ordenamientos nacionales junto a una Parte Especial con casi diez tipos penales armonizados –sobre todo, para la protección de los intereses financieros de las CE– también la correspondiente Parte General y amplias reglas procesales, constituyendo, por tanto, una evidente demostración de armonización sectorial [*supra* tesis 2 a)].

La penetración de principios jurídico-penales y similares en el ámbito de las sanciones administrativas de las CE se refiere a un campo jurídico que se encuentra en una esfera inferior –si bien no externa– a la del Derecho Penal criminal. Esta evolución sólo podrá tener efectos de armonización directos en los Estados miembros en la medida en que estos mismos impongan sanciones (por ejemplo, exclusiones de la obtención de subvenciones, intereses adicionales altos) de Derecho de las CE conforme a principios de ese Derecho. De modo mediato, el ejemplo de las CE puede tener una función de modelo en aquellos Estados que carecen hasta el momento de leyes de contravenciones o en los que éstas –como sucede en Alemania– están limitadas a la regulación del Derecho de sanciones dinerarias. La europeización y la armonización en el terreno propiamente dicho del Derecho Penal criminal nacional es, en comparación, más directa y más oculta, puesto que tampoco se ha publicado hasta el momento el proyecto de *corpures iuris* al que acaba de aludirse. La exposición de esta armonización nos conduce al tiempo y a las perspectivas de futuro.

Forma aún parte de la exposición de la situación actual el hecho de que hasta la sentencia del TCE de 21 de septiembre de 1989 (32), en el así llamado escándalo del maíz griego (relativo a la no imposición de aranceles a maíz yugoslavo por parte de las autoridades aduaneras griegas, con participación de altos cargos del Gobierno, junto con falsedades en documentos y cohecho) la influencia armonizadora del Derecho de las CE sobre el Derecho Penal nacional quedaba limitada prácticamente a la vertiente negativa, puesto que de modo especial el principio de proporcionalidad, pero también las demás libertades garantizadas por el Derecho de las CE, se utilizaban para –mediante su alegación frente a tribunales nacionales– declarar determinadas conminaciones de pena nacionales como desproporcionadas por demasiado severas y determinadas prohibiciones nacionales como no aplicables por contravenir, por ejemplo, el derecho a libre ejercicio profesional (33).

(31 bis) Vid. la versión bilingüe (español/francés) contenida en *Hacia un espacio judicial europeo. Corpus iuris de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea*, Madrid, 1998 (estudio preliminar de E. BACIGALUPO). (N. del T.).

(32) TCE, 1989, pp. 2965 ss., con comentario de TIEDEMANN, *EuZW*, 1990, pp. 100 ss.

(33) Cfr. la sinopsis de GRASSO, en ARROYO/TIEDEMANN, op. cit., pp. 293 ss.

4. Asimilación y armonización del Derecho Penal nacional

Un nuevo ejemplo de esta ya tradicional jurisprudencia del TCE lo constituye su sentencia de 29 de febrero de 1996 (Rs. C-193/94), que declara que infringe el Derecho comunitario –tras ser presentado el caso de una ciudadana griega por el Juzgado de lo Penal de Berlín-Tiergarten– la regulación alemana, provista de pena, en el sentido de que un permiso de conducir extranjero de las CE pierde al cabo de un año su validez y debe ser canjeado por un permiso de conducir alemán (conllevarlo, dicho sea de paso, el planteamiento de la cuestión –a decidir ahora por el Tribunal Constitucional Federal alemán– acerca de si la inaplicabilidad constatada por el TCE equivale a su derogación o a su inexistencia en el sentido del art. 103, párr. 2.º de la Ley Fundamental alemana, lo que considero correcto). Con la sentencia en el caso del escándalo del maíz griego, el TCE ha deducido además del mandato de lealtad a la Comunidad contenido en el artículo 5 del TCEE que los Estados miembros deben proteger los intereses de la Comunidad «de modo efectivo» y, en lo que se refiere al ámbito jurídico-penal, de la misma manera que los correspondientes intereses nacionales, estando obligados a llevar a cabo la persecución penal en favor de los primeros con igual cuidado y energía como en favor de estos últimos. Esta obligación de asimilación de la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad a la de los intereses financieros nacionales se ha incorporado mientras tanto de modo expreso en el artículo 209 a TCEE, pero no supone como tal una armonización, ya que en concreto sólo se exige una equiparación de la protección penal de los bienes jurídicos de las CE a la que ya exista en el Derecho nacional respecto de los correspondientes bienes jurídicos nacionales. En este sentido, el Derecho nacional sufre un proceso de europeización (cfr. en Derecho alemán § 264, párr. 6.º StGB; §§ 3, párr. 1.º, inc. 2; 370, párr. 6 Abgabenordnung), pero no armonizado en sentido estricto. Sin embargo, de la exigencia contenida en la sentencia del TCE en el caso del maíz deriva una cierta armonización de mínimos, en el sentido de que los Estados quedan obligados a «tomar todas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento y la efectividad del Derecho comunitario». Esto probablemente implique al menos respecto de casos graves con cierta claridad el empleo del Derecho Penal. En todo caso, la sentencia en el caso del maíz ha supuesto un extraordinario impulso de innovación, despertando siquiera el interés de las autoridades de Bruselas acerca del Derecho Penal, y teniendo en cuenta el descontento generalizado motivado por el hecho de que las lesiones fraudulentas a las CE se combaten de modo muy desigual en algunos Estados miembros (34).

Una ulterior verdadera armonización, sin embargo, podrá derivar del Tratado de la Unión Europea (TUE) y de sus artículos K como así llamado «tercer pilar» del sistema convencional europeo. En este sentido, en la

(34) Sobre esto TIEDEMANN, *NJW*, 1990, pp. 2226 ss., con referencias.

cumbre de Cannes de 26 de julio de 1995, los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros han firmado una Convención para la protección de los intereses financieros de las Comunidades sobre la base del artículo K.1 núm. 5 (la «lucha contra actividades fraudulentas de dimensiones internacionales» como «asunto de interés común») (35). Esta Convención obliga a la introducción o mejora de tipos penales nacionales para la protección de los ingresos y gastos de las CE, pero regula también en este contexto importantes cuestiones de la Parte General (teoría de autoría y participación conforme al sistema diferenciador entre autores y partícipes; punibilidad de directores de empresas y titulares de facultades de decisión; posición de garantía de estas personas). Este texto —en cuanto ejemplo significativo de la ya varias veces mencionada armonización sectorial o «específica de determinados ámbitos» (36) de los sistemas jurídico-penales europeos— es obligatorio para los Gobiernos de los Estados miembros, pero necesita de su transformación por parte de los Parlamentos nacionales, que gozan a este respecto de libertad, para entrar en vigor. No entraré aquí en los problemas que de ello derivan para la República Federal de Alemania en el sentido de una modificación o complementación del § 264 StGB, que, como es sabido, sólo afecta a las subvenciones económicas (aunque protege a éstas —de modo más amplio que la Convención— también contra acciones de obtención fraudulenta por imprudencia grave). En todo caso, apuntaré que a consecuencia de la obligación de asimilación, también debe estar garantizada en el Derecho Penal alemán la protección de las subvenciones económicas de las CE frente a estas conductas de obtención fraudulenta imprudente para poder satisfacer los artículos 5 y 209 a) TCEE. Más importante resulta constatar que la Convención —a pesar de todos los elementos derivados de la negociación y de bastantes dudas de interpretación (como, por ejemplo, respecto del *dolus ex re* en el art. 1, párr. 4.^o)— ha logrado con su definición de estafa (art. 1, párr. 1.^o) una armonización adecuada entre las concepciones en materia de estafa más bien próximas al hurto, centradas en el engaño y la disposición, de origen inglés y francés, y la construcción de estafa propia alemana, derivada de la discusión en el siglo XIX y más centrada en la lesión patrimonial. Por lo demás, la Convención, con la descripción del engaño y la formalización del resultado típico en ella contenidas, deja suficiente espacio, a pesar de subrayar claramente los elementos clave, para que los legisladores nacionales colmen este marco para la estafa; por lo tanto, de ningún modo procede a una equiparación genérica de las peculiaridades nacionales. También son merecedores de mención los trabajos en dos protocolos adicionales a la Convención, que extienden los tipos de cohecho nacionales a los funcionarios europeos y —siguiendo

(35) ABIEG, núm. C 316/48, de 27 de noviembre de 1995.

(36) TIEDEMANN, *Geerds-Festschrift*, p. 110; VOGEL, *JZ*, 1995, pp. 333 ss. (respecto del proyecto de la Convención).

el ejemplo del *Foreign Corrupt Practices Act* de EE. UU. (37)– también a funcionarios extranjeros, y que pretenden introducir también la posibilidad de penar a las personas jurídicas respecto del ámbito de las maniobras fraudulentas contra las CE (en esta cuestión, parece que en el momento actual se plantea la posibilidad de admitir la alternativa de una mera responsabilidad en el ámbito de las sanciones administrativas pecuniarias conforme al modelo alemán) (38). Sobre todo la impunidad de los funcionarios de las CE por conductas de cohecho resulta, con razón, molesta y vergonzosa para Bruselas, como demuestra el último escándalo en torno al Director de la Dirección General XII, Heinrich von Moltke, y sus colaboradores.

De momento es incierto si y cuándo la Convención y los protocolos adicionales serán puestos en práctica a través de mecanismos políticos. No parece imposible que en caso de fracasar la Convención y los protocolos adicionales, el TCE extienda el así llamado primer pilar, es decir, sobre todo la competencia de emitir directivas conforme al TCEE, al correspondiente sector del Derecho Penal. La interpretación extensiva de la base de atribución de competencia –desconocida en Derecho alemán– practicada en la directiva en materia de *insider* y la Convención de 1995 podrían indicar que se avanza en esa dirección.

III. PERSPECTIVAS DE LA FUTURA EVOLUCIÓN

Teniendo en cuenta la inseguridad que actualmente impera acerca de la armonización a través del primer o del tercer pilar de las Convenciones europeas, las perspectivas de la ulterior evolución son poco claras. A pesar de ello, nos sumamos al pronóstico que Jescheck formuló hace ya cinco años –con un audaz cálculo temporal– en el sentido de que «el camino de los Estados europeos en el transcurso de la década que viene irá cada vez más en dirección a una unificación, aunque las peculiaridades nacionales de los pueblos europeos se mantengan en las futuras instituciones de la Europa unida con mucha mayor claridad que en otras uniones como EE. UU. o Brasil» (39).

(37) Cfr. sobre esto TIEDEMANN (ed.), *Multinationale Unternehmen und Strafrecht* (1980), p. 3 (43 ss.), y PEDRAZZI, *ibidem*, p. 83 (92 ss.).

(38) Respecto de las soluciones clásicas y de las propuestas, en parte nuevas, a nivel internacional para este problema, cfr. DE DOELDER/TIEDEMANN (ed.), *Criminal liability of corporations*, 1996; TIEDEMANN, en SCHOCH/STOLL/TIEDEMANN (ed.), *Freiburger Begegnung - Dialog mit Richtern des Bundesgerichtshofs*, 1996, pp. 30 ss. Respecto del contenido de los protocolos enunciados en el texto cfr. MÖHRENSCHLAGER, *Wistra*, 1996, fasc. 4, pp. V ss.

(39) JESCHECK, *Thong-Wong Kim-Festschrift*, 1991, pp. 947 ss.; cfr. también BLECKMANN, en *Stree/Wessels-Festschrift*, 1993, p. 107 (112 ss., especialmente acerca del principio de efectividad); ROXIN, en WOLTER, GA, 1996, p. 201 (205).

Lo que probablemente sea seguro es que —en el sentido de los trabajos preparatorios oficiales en Italia (40)— la Parte Especial de los Códigos penales deberá ser sometida a examen para comprobar en qué campos los intereses de las CE deben ser asimilados a los intereses nacionales en el plano jurídico-penal; junto a los delitos de cohecho, ya mencionados, ello afecta, por ejemplo, a los delitos de falsedades y a los delitos contra la Administración de Justicia. Además, parece deseable, por un lado, que a largo plazo la CE obtenga respecto de sus propios intereses financieros competencias jurídico-penales propias —respecto de la *jurisdiction to prescribe* y en todo caso respecto de la *jurisdiction to enforce*—; la creación de una fiscalía europea con competencia al menos respecto de casos graves podría ser en este sentido un primer paso propuesto por el ya mencionado *corpus iuris*. Por otro lado, la fijación existente en la actualidad respecto de los «intereses financieros» de la CE y su lesión mediante el fraude de subvenciones e infracciones tributarias —a pesar de la importancia práctica de este punto de partida, a la que nos hemos referido en no pocos estudios desde los años setenta (41)— debería ser superada (42). En primer lugar, la protección penal ha de extenderse a las maquinaciones fraudulentas en subastas públicas, en la medida en que ésta se dirija contra las CE. Junto con esta protección de los intereses financieros y de ordenación de mercados propios de las CE, resultaría conveniente —siguiendo los precedentes de las directivas respecto de los *insider* y del blanqueo de dinero— una armonización de los preceptos penales relevantes respecto de otras implicaciones mediatas en relación con las CE de intereses de Estados miembros o intereses individuales. En todo caso, debería armonizarse la protección penal de aquellos intereses individuales y de Estados miembros que son asunto de las CE en virtud de una asignación expresa, como, sobre todo, la protección del trabajo (art. 118 a TCEE) y la del medio ambiente (art. 130 r TCEE), en las que la competencia de establecer directivas respecto del marco de la sanción deriva del *effet utile*, pudiendo ser inferida, sin embargo, conforme a la opinión moderna —como competencia para la promulgación de directivas declaratorias en el ámbito de la sanción— también del artículo 5 TCEE, de acuerdo con el cual los Estados miembros deben proteger los intereses de vigencia normativa de las CE en términos de protección mínima y, más allá de esto, deben proteger, por ejemplo, las normas de medio ambiente de las CE como las normas nacionales en la materia (un efecto que se produce de modo automático cuando se utiliza la técnica de normas en blanco y se lleva a cabo la sustitución de las normas nacionales por las de las CE). Tanto el Derecho Penal del trabajo como el Derecho Penal del medio ambiente son extraordinariamente adecuados

(40) Cfr. al respecto JESCHECK, en: *LK*, 11ª edición, 1992, introducción, núm. 103; PAGLIARO, op. cit., p. 384.

(41) Desde TIEDEMANN, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik* (1974).

(42) Acertadamente, SCHÜNEMANN, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ, op. cit., p. V.

para llevar a cabo una armonización, tanto desde el punto de vista de la materia como del de la técnica de regulación nacional existente hasta el momento; para esta armonización deberían abordarse también las correspondientes cuestiones de la Parte General (omisión de funcionarios, autoría y participación de directores de empresas, etc.). Lo mismo puede decirse respecto del Derecho alimentario, incluyendo la protección de la salud y de los consumidores, con ubicación jurídica en la garantía de la libre circulación de mercancías (art. 30 TCEE) y en la jurisprudencia del TCE emitida en la materia. Tales sectores «modernos» del Derecho Penal y del Derecho administrativo sancionador en su conjunto resultan más accesibles a una armonización que los tipos penales clásicos, que muestran frecuentemente largas tradiciones nacionales.

Por otro lado, los artículos K. del TUE abren expresamente la posibilidad de una armonización del Derecho Penal en los ámbitos del tráfico de drogas (K. 1 núm. 4), para el cual, sin embargo, la iniciativa en materia de Derecho Penal ha pasado en gran medida a las Naciones Unidas, y de las maquinaciones fraudulentas internacionales. Puesto que con esta expresión criminológicamente amplia no sólo se hace referencia a la estafa en sentido técnico, el artículo K. 1 núm. 5 del TUE ofrece posibilidades y vías para una amplia armonización del Derecho Penal económico en general en la medida en que —lo que es frecuente en la actualidad— muestre referencias internacionales. Una interpretación ampliadora del artículo K. 1 núm. 9 sobre la colaboración internacional práctica en la persecución penal en determinados ámbitos podría vincular su efectividad, en el sentido de nuestra tesis *supra* 2 c), también a la equiparación de ulteriores partes del Derecho Penal nacional: una interpretación favorecida por Italia, pero rechazada hasta el momento por la Comisión de asuntos jurídicos del Parlamento Federal alemán; en todo caso, hay que tener en cuenta que esta interpretación puede basarse en que la unificación de los ordenamientos debe entenderse como parte importante de una colaboración efectiva [cfr. *supra* tesis 2 c)]. En este sentido, también el artículo K. 1 núm. 5 introduce a la lucha contra las maquinaciones fraudulentas internacionales expresamente en el contexto de la cooperación oficial y judicial internacional, considerando a la primera como parte o subgrupo de la primera. De modo similar, el Convenio Europol de 26 de julio de 1995 (43) enumera de modo expreso en su artículo 2 ciertas materias, como el tráfico ilegal con drogas, con sustancias nucleares, con seres humanos, etc., en los que difícilmente puede haber colaboración internacional razonable sin que se produzca también en el plano jurídico-material una armonización mínima. La asunción de esa interpretación extensiva en la *praxis* política, sin embargo, es tan incierta como la de la opinión dominante en la doctrina internacional, según la cual las diferencias del Derecho Penal económico en el sentido

(43) ABIEG, núm. C 316/1, de 27 de noviembre de 1995.

más amplio —es decir, incluyendo el conjunto de la política económica, la protección de la salud y de los consumidores, etc.—, se refieren al funcionamiento del mercado común, pueden tener repercusiones directas sobre el funcionamiento del mercado común o incluso pueden generar, finalmente, distorsiones en la competencia (44). Piénsese sólo, por ejemplo, en las diferencias existentes en el ámbito de la responsabilidad jurídico-penal por el producto, en la que no existe responsabilidad por la omisión de solicitar la devolución de objetos peligrosos en todos aquellos Estados que carecen de delitos de omisión impropios. Parece más difícil afirmar en este caso y en general que el Derecho Penal no «se refiere al funcionamiento del mercado interno» que lo contrario. Esto debería conducir en buena lógica a que se active la competencia general de emitir directivas del artículo 100 a TCEE para amplios sectores con la finalidad de armonizar los ordenamientos jurídico-penales nacionales.

Por lo tanto, mucho, si no todo, dependerá de si el nuevo «tercer pilar» del sistema convencional es aceptado en la praxis de los 15 Estados miembros o no. Si los Estados miembros y sus Parlamentos se niegan a transitar por esta «tercera vía», sólo quedará —junto al incremento de la competencia de las CE de emitir directivas, lo que sigue siendo dudoso por razón de la cuestión de la legitimación democrática— la esperanza de que se produzca un fortalecimiento del Parlamento Europeo, al menos en el sentido de una ampliación de sus competencias en el así llamado procedimiento de codecisión. Ciertamente, probablemente tampoco una revisión de los Tratados de Maastricht conducirá a una competencia legislativa marco del Parlamento respecto de (determinadas) cuestiones penales. Sin embargo, teniendo en cuenta las fuertes tendencias de esta institución en el ámbito de la lucha contra la estafa, determinadas reformas menos ambiciosas tendrían también una base sólida: la europeización como proceso de armonización de los ordenamientos jurídico-penales europeos merece todos los esfuerzos e intentos que no estén abocados desde un principio a convertirse en tentativas inidóneas (44 bis).

(44) SCHÜNEMANN, op. cit., TIEDEMANN, *NJW*, 1993, p. 24, con ulteriores referencias. Respecto de la relevancia especial que corresponde a las amenazas de pena y de multa en el Derecho alimentario, cfr. DANNECKER, *ZLR*, 1996, pp. 313 ss.; respecto de su armonización, cfr. las contribuciones de APPEL, BACIGALUPO y STREINZ, en DANNECKER (ed.), *Lebensmittelstrafrecht und Verwaltungssanktionen in der Europäischen Union*, 1994.

(44 bis) En el lapso de tiempo transcurrido desde que fue pronunciada la conferencia aquí recogida, el Tratado de Amsterdam ha modificado el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en su art. 280.4: «El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 [procedimiento de codecisión junto con el Parlamento Europeo] y previa consulta al Tribunal de Cuentas, adoptará las medidas necesarias en los ámbitos de la prevención y lucha contra el fraude que afecte a los intereses financieros de la comunidad con miras a ofrecer una protección eficaz. Dichas medidas no se referirán a la aplicación de la legislación penal nacional ni a la administración nacional de la justicia.» (N. del T.).

La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal

JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca

SUMARIO: I. SISTEMÁTICA ADOPTADA EN EL TÍTULO XX DEL LIBRO II SOBRE «DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA».—II. ANÁLISIS DEL CAPÍTULO VII «DE LA OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA Y LA DESLEALTAD PROFESIONAL» (ARTS. 463 A 467 CP): 1. Incomparecer en causa penal. 2. Libertad de actuación en procesos. 3. Destrucción de actuaciones. 4. Secreto de actuaciones. 5. Deslealtad profesional.

I. SISTEMÁTICA ADOPTADA EN EL TÍTULO XX DEL LIBRO II SOBRE «DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA»

Un tema previo de especial interés reside en el comentario del criterio adoptado en el nuevo Código Penal (CP) respecto de la ordenación de los delitos que afectan a la Administración de Justicia.

Si se considera que la rúbrica de cada título y capítulo enuncian y delimitan el contenido de los bienes jurídicos allí protegidos, además de expresar una determinada técnica de tipificación, ambos extremos justifican ampliamente el que fijemos nuestra atención en este punto.

El Código Penal Texto Refundido (CPTR) sigue al respecto un criterio desprovisto de toda ordenación lógica. Desde la promulgación del Código Penal de 1928, se van agregando al título IV del libro II una serie de capítulos por meras razones cronológicas. Así, el Código Penal de

1944 introduce el actual capítulo IV sobre la realización arbitraria del propio derecho y la simulación de delito; la Ley de 17 de julio de 1951 añade el capítulo V con el epígrafe «de la omisión del deber de impedir determinados delitos»; la Ley de 8 de abril de 1967 introduce el capítulo III sobre el quebrantamiento de condena y la evasión de presos, etc. (1). Quedando afuera, por otra parte, otras conductas delictivas que hubieran merecido su inclusión en el título IV, por ejemplo, los delitos de prevaricación judicial y de Abogado o Procurador, la infidelidad en la custodia de presos y las de favorecimiento o encubrimiento no lucrativo (2).

Sin duda, esta sistemática, abandonada a los avatares de la sedimentación no es la mas deseable. No obstante, cualquier esfuerzo encaminado en este sentido resulta en extremo dificultoso.

En primer lugar, tropezamos con el problema de delimitar el ámbito típico de los delitos que afectan a la Administración de Justicia respecto de aquellos que lo hacen a la Administración Pública. La doctrina italiana se ha ocupado extensamente sobre el tema sin llegar a ninguna conclusión definitiva (3). La razón radica en que desde un punto de vista subjetivo los órganos que ejercen la Administración de Justicia son una parte integrante de la totalidad de los órganos que ejercen la Administración Pública. A su vez, desde un punto de vista objetivo, si bien la actividad jurisdiccional se conforma constitucionalmente como un poder independiente, la realidad nos indica que en el funcionamiento actual del Estado las zonas de interferencia entre sus distintos cometidos funcionales constituyen la regla general (4). Circunstancias, que en nada cooperan a despejar la incertidumbre sobre el bien jurídico objeto de tutela.

En segundo lugar, el carácter pluriofensivo de algunos delitos, incorporados tradicionalmente al elenco de los que atañen a la Administración de Justicia, plantean dudas irresolubles sobre su correcta localización. Así sucede con la omisión del deber de impedir determinados delitos o la acusación o denuncia falsa. Delitos, que no sólo afectan a la Administración de Justicia, sino también a la seguridad y al honor de la persona (5). De igual forma, tampoco se suele incluir bajo este título delitos que afectando a la Administración de Justicia, a su vez, también atentan contra la división de poderes o el orden constitucional (6), caso de la

(1) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*. Parte Especial, 18.^a edic. p. 1019, Madrid, 1995.

(2) QUINTANO, *Curso de Derecho penal* II, pp. 570, 584. Madrid, 1963.

(3) Vid. CANTARERO, *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, pp. 22 a 26, Madrid; 1995.

(4) CANTARERO, *Administración...*, p. 25.

(5) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 10.^a edic., p. 770. Valencia, 1995.

(6) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho ...*, p. 714.

usurpación de atribuciones judiciales o de los ataques a la independencia judicial (7).

Quizá, una forma de soslayar esta problemática sea la propuesta por un sector representativo de nuestra doctrina (8). La misma entiende que un buen criterio de ordenación consiste en clasificar los delitos contra la Administración de Justicia en función de las distintas fases del proceso. Se trata de agrupar los delitos según afecten a la fase preprocesal, aquellos que determinen el nacimiento indebido del proceso, los que incidan en la fase probatoria o ejecutiva.

Este sistema es el seguido en el nuevo Código Penal. Se trata, sin duda, de una acertada medida que contribuye a clarificar el desorden reinante en el título IV del vigente Código Penal.

Colocar los delitos contra la Administración de la Justicia en su estricto marco procesal permite remitir todos los comportamientos atentatorios de la misma como contrarios, material o funcionalmente, al mandato del artículo 24 de la Constitución. De esta forma, se puede dotar, sin grandes ambigüedades, el contenido del bien jurídico protegido. Contenido dado por el servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad procurando que todas las personas puedan acceder a una efectiva tutela jurisdiccional (9).

El nuevo Código Penal, como se decía, ordena los delitos contra la Administración de Justicia «atendiendo a la propia dinámica procesal» (10). Así, respecto de aquellos que afectan a la fase preprocesal se incluyen en los capítulos II, III y IV los siguientes comportamientos: omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución; favorecimiento y realización arbitraria del propio derecho; en el capítulo V, coincidente con aquellos delitos que producen el nacimiento indebido del proceso: la acusación y denuncia falsas y la simulación de delitos; en cuanto a los que inciden en la fase probatoria del proceso: el falso testimonio (capítulo VI) y en el desarrollo en general del proceso o en su conclusión: la obstrucción de la Justicia y la deslealtad profesional (capítulo VII); por último, como delitos relativos a la fase ejecutiva en el capítulo VIII se trata del quebrantamiento de condena y de la evasión de presos.

En el capítulo I del nuevo Código Penal se trata la prevaricación del Juez o Magistrado, Secretario judicial o funcionario distinto que, sólo en este supuesto, colabore o cause retardo malicioso en la Administración de

(7) LUZÓN PEÑA, «Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia», en *Libro Homenaje al Prof. Antón Oneca*, p. 779, Salamanca, 1982.

(8) QUINTANO, *Curso...*, p. 570; LUZÓN PEÑA, «Consideraciones...», pp. 779 y 780; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, pp. 770 y 771.

(9) VIVES ANTÓN, «La responsabilidad de los Jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, IX, Santiago de Compostela, 1986

(10) QUINTANO, *Curso...*, p. 570.

justicia. Pareciera que la técnica legislativa más adecuada hubiera sido colocar este grupo de delitos entre aquellos que afectan al desarrollo del proceso en general (11). Sin embargo, teniendo en cuenta que la prevaricación judicial puede también extenderse a la fase ejecutiva del proceso, por ejemplo, en la aprobación de sanciones disciplinarias dictadas por el Juez de Vigilancia (art. 124 RP) justifica su colocación en un capítulo aparte y previo a todas las fases procesales.

El problema surge con la prevaricación de Abogados y Procuradores que bajo el rótulo de «deslealtad profesional» se trata en el capítulo VII. Entiendo, que resulta acertada su colocación en capítulo distinto al de la prevaricación judicial por la razón que a continuación expondré.

El concepto de prevaricación es en sí mismo excesivamente vago, por ello su delimitación la realiza el legislador en base a cualidades específicas que ostenta el autor de este delito, según sea Juez o Magistrado, funcionario público o Abogado y Procurador. Todas ellas de difícil reconducción a un concepto único de prevaricación, ya que, si nos atenemos a su acepción lingüística como «quebrantamiento voluntario de las obligaciones contraídas», poco o nada hemos adelantado. O bien, si la entendemos como «una aplicación torcida del Derecho» (12), nos encontramos con una definición insuficiente, ya que deja afuera la prevaricación de Abogados y Procuradores, profesionales que, como es sabido, no dictan resolución alguna.

La única nota que tienen en común es que todas estas conductas delictivas afectan al bien jurídico que tutela la actividad jurisdiccional (13). Sin embargo, su lesión se lleva a cabo por distintos caminos, el autor de la prevaricación judicial la realiza en calidad de único sujeto habilitado para interpretar y aplicar la norma, mientras que el Abogado y el Procurador prevarican en tanto que cumplen una función auxiliar en la prestación de ese servicio público mencionado en el artículo 24 de la CE. Por todo ello, se justifica que los comportamientos delictivos de estos profesionales puedan ser agrupados bajo la rúbrica de «deslealtad profesional» y merezcan su inclusión en capítulo distinto al de la prevaricación judicial.

II. ANÁLISIS DEL CAPÍTULO VII «DE LA OBSTRUCCIÓN A LA JUSTICIA Y LA DESLEALTAD PROFESIONAL» (ARTS. 463 A 467 CP)

El capítulo VII del CP recoge cinco artículos, de ellos, los cuatro primeros describen conductas atentatorias a un funcionamiento sin obstruc-

(11) LUZÓN PEÑA, *Consideraciones...*, p. 781.

(12) BACIGALUPO, «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», en *Documentación Jurídica*, núms. 37/40, p. 1103, Madrid, 1983.

(13) GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, pp. 48 y ss. Madrid. 1990.

ciones de la Justicia: no comparecer en causa penal, atentar contra la libertad de intervención en el proceso, destrucción de actuaciones y revelación de secreto sumarial. En el último artículo se regula la deslealtad profesional de Abogados y Procuradores (14). A continuación se comentan las innovaciones introducidas en estas materias por el nuevo Código Penal.

2.1 **Incomparecer en causa penal**

Artículo 463 CP

1. El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal, con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de arresto de doce a dieciocho fines de semana y multa de seis a nueve meses. En la pena de multa de seis a nueve meses incurrirá el que, habiendo sido advertido lo hiciere por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión

2. Si el responsable de este delito fuese Abogado, Procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

3. Si la suspensión tuviere lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario judicial, se impondrá la pena de arresto de dieciocho a veinticuatro fines de semana, multa de seis a doce meses de inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años.

Artículo 372 CPTR

En la misma pena incurrirán el perito o testigo que dejaren voluntariamente de comparecer ante un Tribunal a prestar sus declaraciones, cuando hubieran sido oportunamente citados al efecto.

El círculo de posibles autores de este delito lo conforman los citados en legal forma (testigos); Abogado, Procurador o representante del Ministerio Fiscal; Juez, miembro del Tribunal o Secretario judicial.

El artículo 463 CP se corresponde con el párrafo segundo del artículo 372 CPTR, a su vez, recogido en el capítulo V en el epígrafe «De la desobediencia y denegación de auxilio» y título VII del libro II bajo la rúbrica «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». Sistemática a todas luces criticable, pues la incomparecencia de peritos o testigos ante Tribunal afecta exclusivamente a la Administración

(14) PALOMINO, «Código Penal 1995. Estudios comparativos con el texto anterior. Modificaciones sustanciales». Aula de Práctica Jurídica. Gran Canaria, 1996.

de Justicia (15). Sin que exista en el título VII otro tipo análogo contra la Administración pública.

En el artículo 372 del CPTR se dice que incurrirán en responsabilidades penales «aquellos que dejaren voluntariamente de comparecer ante un Tribunal a prestar sus declaraciones, cuando hubieren sido oportunamente citados al efecto». La lectura del texto no aclara, sin embargo, en qué situación procesal debe ser tenida en cuenta la desobediencia del autor. De esta forma pareciera que este comportamiento genera responsabilidad en cualquier tipo de procedimiento.

Este extremo queda resuelto con la nueva redacción del artículo 463 al exigir que la incomparecencia voluntaria sólo sea tenida en cuenta: 1. Si se produce en el curso de un proceso criminal; 2. Con reo en prisión provisional, y 3. Provocando la suspensión del juicio oral.

Las condiciones propuestas en el nuevo código no dejan de ser acertadas. La prisión provisional constituye una grave intromisión del poder estatal en la esfera de la libertad del individuo, sólo justificable si resulta una medida imprescindible para la defensa de bienes jurídicos fundamentales (16). Por ello, se comprende la punición de cualquier dilación voluntaria que prolongue indebidamente la suspensión del derecho a la libertad ambulatoria del imputado.

A su vez, la interpretación de lo que se entiende por «causa de suspensión en el juicio oral» requiere de un breve comentario. En los artículos 45 y 746 de la LECrim. se establece un conjunto de motivos tasados de suspensión del juicio oral. Motivos que vienen siendo estimados restrictivamente por la jurisprudencia. «Sería antieconómico —dice Gimeno Sendra—, contrario a la seguridad y, en definitiva, a la justicia material, que la ley o la jurisprudencia fueran generosas en el tratamiento de las causas de suspensión del juicio oral» (17). Pues las dilaciones anulan o comprometen seriamente todos los efectos favorables de la oralidad e intermediación de la prueba.

Las razones antedichas proporcionan el fundamento que justifica apreciar la «incomparecencia de testigo» en contadas ocasiones y siempre que se cumplan determinados requisitos:

a) Proposición expresa de la declaración del testigo con la determinación de todas las circunstancias que permitan su citación «en legal forma»;

b) Solicitarse expresamente la suspensión, ya que este motivo no es evidenciable de oficio ante el Tribunal;

(15) MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal...*, p. 828; LUZÓN PEÑA, «Consideraciones...», p. 785.

(16) GIMENO SENDRA, *Derecho procesal...*, p. 368, Valencia, 1993.

(17) GIMENO SENDRA, *Derecho...*, p. 463, Valencia, 1993.

c) Si la denegación de la suspensión acarrea posible indefensión, junto a la petición de suspensión, la parte proponente incorporará una relación de preguntas, respecto de las cuales el testigo deba ser examinado (18).

El Tribunal Supremo ha venido sustentando en alguna sentencia (STS de 24 de marzo de 1983) que la suspensión decae cuando el testigo haya declarado en el sumario. No obstante, desde un enfoque procesal garantista no debe permitirse prueba fuera del juicio oral (19). En consecuencia, la deposición del testigo fuera de ese momento no le exime de responsabilidad penal salvo en los casos de que lo hiciera en el curso de prueba preconstituida o anticipada (art. 448 LECrim.).

Respecto a la incomparecencia de perito, la jurisprudencia ha venido negando de forma reiterada que constituya motivo de suspensión, «pues la ley no hace alusión para nada especial a la prueba pericial» (SSTS de 7 de abril de 1974, 1 de abril de 1980, 22 de abril de 1982).

A su vez, la Ley establece una pena de multa para el reo que, habiendo sido advertido, no compareciese por segunda vez en causa criminal, sin reo en prisión provisional, haya provocado o no la suspensión. Considerando el sistema cerrado en la incriminación de la imprudencia adoptado en el nuevo Código (art. 12) debe, por lo tanto, entenderse que esta segunda incomparecencia también debe realizarse dolosamente.

En el apartado núm. 2 del artículo 463 CP se castiga con mayor severidad la incomparecencia, siempre voluntaria e injustificada, del Abogado, Procurador o representante del Ministerio Fiscal, del mismo modo, en el núm. 3 la de Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario judicial. De esta forma, se subsana una grave carencia del CPTR en esta materia, ya que la incomparecencia de Abogado o Procurador no merecía más que las correcciones disciplinarias impuestas por la Sala (art. 449.3º LOPJ), y la de Juez o Magistrado una sanción administrativa genérica por ausencia injustificada de la sede del órgano judicial calificada como muy grave si fuese más de siete días (art. 417.10.º LOPJ); grave, más de tres días y menos de siete (art. 418.8.º LOPJ), y leve, por más de un día natural y menos de cuatro (art. 419.4º LOPJ). A este mismo régimen disciplinario se asimilan los representantes del Ministerio Fiscal y los Secretarios judiciales (art. 464 LOPJ).

Es preciso advertir que en el apartado segundo del artículo 463 CP cuando se hace referencia a las responsabilidades penales por incomparecencia de Abogados, Procuradores y representantes del Ministerio Fiscal, se hace mención tan sólo al «responsable de este delito...». Mientras que para los Jueces, Magistrados y Secretarios judiciales el legislador expre-

(18) GIMENO SENDRA, *Derecho procesal...*, p. 465. En relación con los requisitos enumerados, véanse SSTS de 21 de enero de 1983, 29 de febrero de 1984, 12 y 27 de abril de 1984, y 21 de abril de 1991.

(19) GIMENO SENDRA, *Derecho...*, p. 465.

samente exige que su incomparecencia determine la suspensión del juicio oral mencionada en el apartado primero. Cabe interpretar para el primer grupo de posibles autores que, a pesar de la menor precisión empleada por el legislador, responderán penalmente siempre que cumplan con todos los elementos objetivos exigidos en el tipo. Así, aun cuando el Letrado o Procurador de oficio sea sustituido por otro ante su incomparecencia realiza el tipo por breve que haya sido el tiempo de suspensión del juicio oral.

2.2 Libertad de intervención en procesos

Artículo 464 CP

1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, Abogado, Procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses.

Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.

2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos.

Artículo 325 bis CPTR

El que con violencia o intimidación intentare que un denunciante o parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, se retracte de su denuncia, desista de la acción o deje de prestar su declaración, informe o traducción, o la preste desviadamente, será castigado con la pena de prisión menor, que se impondrá en su grado máximo tratándose de procesos penales por delito.

Igual pena se impondrá a quien realizare cualquier acto contra la vida, integridad, libertad, seguridad o bienes de las personas expresadas en el párrafo anterior, como represalia de su actuación en un procedimiento judicial, salvo que el hecho constituya delito mas grave, en cuyo caso se impondrá la pena en su grado máximo.

En el artículo 464 CP se castigan todas aquellas actuaciones encaminadas a impedir la libertad de intervención en el proceso. En él se incluyen, al igual que en el artículo 352 bis CPTR, dos modalidades delictivas:

La primera consiste en la utilización de violencia e intimidación para influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, Abogado o Procurador, perito, intérprete o testigo de un procedimiento a fin de que modifique su actuación en el proceso. Asimismo, en el caso de que el autor del hecho alcanzara su objetivo se contempla una agravación de la pena.

La segunda describe la realización de cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas con anterioridad, por su actuación en el procedimiento judicial.

a) *Utilización de violencia o intimidación*

Resulta dudoso si tiene sentido o, por el contrario, resulta superfluo haber seguido manteniendo esta modalidad de obstrucción a la Justicia. Las críticas que en su día mereció el Proyecto de Código Penal de 1980 al incluir este nuevo tipo y más tarde su incorporación en 1983 al CPTR son de nuevo aplicables al Código Penal. No parece justificado un tratamiento diferenciado de estas conductas cuando ya resultan punibles por la vía de las coacciones o amenazas (20). Cabe preguntarse si por la vía de las amenazas condicionales no se consigue una protección más adecuada y sencilla (21).

En todo caso, parece que el legislador ha querido destacar la importancia del bien jurídico protegido en este título acompañando al mismo la cuantía de la pena, superiores a las asignadas a las coacciones y amenazas genéricas. Sin embargo, de ser así, incurre en contradicciones. En efecto, en el artículo 169.1.º CP se castiga con la pena de uno a cinco años de prisión la amenaza condicional que haya conseguido su propósito, mientras que por hechos similares realizados en el contexto del artículo 464.1.º la pena impuesta es tan sólo de uno a cuatro años en su mitad superior (22). Con ello, lejos de lograrse la agravación de estas conductas, se privilegian. Es cierto que esta problemática se produce en el ámbito de la irresoluble distinción entre coacciones y amenazas condicionales. De tal suerte, el conservadurismo del legislador que en este punto debía haber tratado unitariamente a las coacciones y a las amenazas (23), deja al arbitrio judicial la decisión de aplicar el poco recomendable principio de alternatividad (24).

El nuevo Código amplía el número de sujetos pasivos extendiendo su protección al imputado. Hasta el momento, la jurisprudencia interpretaba que el inculpado es aquella persona contra la que se ejercita la acción penal, por lo que debe considerarse una de las «partes» del proceso (25). No obstante, el concepto material de «parte» usado en el artículo 325 bis

(20) MUÑOZ CONDE, *Derecho...*, p. 783; también, GARCÍA ARÁN, QUINTERO, LUZÓN, MAGALDI, MANJÓN-CABEZA. A favor, CONDE-PUMPIDO, «Coacción o represalia a denunciante, parte, perito, intérprete o testigo», en *Comentarios a la Legislación Penal*, T. V, vol. 2.º, p. 721, Madrid, 1985.

(21) LUZÓN PEÑA, *Consideraciones...*, p. 797.

(22) Es decir, de dos a cuatro años.

(23) MUÑOZ CONDE, *Curso...*, p. 149.

(24) En relación con la solución por la vía del concurso aparente de leyes: STS de 2 de febrero de 1990.

(25) STS de 1 de octubre de 1990.

CPTR no tiene por qué coincidir con su realidad procesal (26). El empleo del término «imputado» utilizado en el artículo 464 CP aclara esta situación, de modo que quedaría reservado para el término «parte» la activa o acusadora, es decir, acusador particular, acusador privado y actor civil. Como se verá, la tutela del representante del Ministerio Fiscal se realiza por vía distinta.

Asimismo, se subsana una grave carencia al extender la protección al Abogado y al Procurador. Al respecto, la jurisprudencia viene manteniendo puntos de vista encontrados. Así, en STS de 1 de febrero de 1990, se destaca que el cometido que cumple el artículo 325 bis es la de proporcionar «una protección jurídica de finalidad funcional» —proteger el servicio de Administración de Justicia— y, por tanto, alcanza a cualquier ciudadano. Por el contrario, en otra sentencia anterior, STS de 23 de julio de 1988, se hace hincapié en el carácter exhaustivo de la enumeración de sujetos pasivos hecha en el artículo 325 bis, por lo que se dejan fuera Abogados y Procuradores.

La violencia o intimidación ejercidas contra Juez, Magistrado o miembro del Ministerio Fiscal se tratan por la vía de los artículos 550 y 556 CP, según la gravedad del atentado contra la autoridad (27). Sin embargo, esta solución, única posible por otra parte, no deja de causar cierta perplejidad. En efecto, la intimidación exigida en el artículo 550 ha de ser grave y se castiga con pena de prisión de dos a cuatro años. En caso de que la intimidación no sea grave el delito se castiga con una pena de seis meses a un año. Sin embargo, en el artículo 464 no se toma en consideración la gravedad de la intimidación dirigida a persona que no constituya autoridad y se castiga con pena de uno a cuatro años de prisión.

El problema radica en que la gravedad de la intimidación mencionada en el artículo 450 se mide con un criterio objetivo, considerando, por ejemplo, que sólo las amenazas de realizar un mal inmediato cumplen tal requisito (28), mientras la intimidación del artículo 464, sea cual fuere su naturaleza, se pondera en el marco de un proceso. Así, pues, para evitar que el empleo de fuerza aplicado a las autoridades judiciales resulte en determinados casos privilegiado, deberá entenderse como grave si se realiza con ánimo de influir en ellos directa o indirectamente con el propósito de que modifiquen su actuación procesal.

Asimismo, se describen los posibles medios encaminados a realizar la conducta típica, al exigirse que el intento realizado por el sujeto activo trate de «influir directa o indirectamente» en las actuaciones procesales.

(26) CANTARERO, *Administración de Justicia...*, p. 83.

(27) En el CPTR se haría por la vía de los arts 231 ss. (atentado) y 240 ss. (desacato). A efectos penales por «autoridad» se considera al que ejerce jurisdicción por sí o como miembro de Tribunal y a los funcionarios del Ministerio Fiscal (art. 24 CP y art. 119 CPTR).

(28) MUÑOZ CONDE, *Derecho penal...*, p. 745.

Con ello se logra una mayor sintonía con la doctrina jurisprudencial que entiende la intimidación «en sentido amplio y omnicomprendivo» (29). El artículo 325 bis se limitaba a mencionar genéricamente al que con violencia o intimidación «intentare». Por último, no se recoge en el artículo 464 la agravante para el caso de que estas conductas se den en el curso de un proceso penal.

b) *Realización de actos atentatorios*

La nueva redacción incorpora dos mejoras en el apartado segundo: se castigan también aquellos actos que atentan contra la libertad sexual, bien jurídico ausente de protección de manera inexplicable en el artículo 325 bis; se habilita la vía del concurso real aclarándose la confusión reinante en el tema de la penalidad.

2.3 **Destrucción de actuaciones**

Artículo 465

1. El que, interviniendo en un proceso como Abogado o Procurador, con abuso de su función, destruyere o inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años.

2. Si los hechos descritos en el apartado primero de este artículo fueran realizados por un particular, la pena será de multa de tres a seis meses.

En el artículo 465, al igual que en el apartado primero del artículo siguiente, el nuevo Código incrimina comportamientos de Abogados y Procuradores, que tan sólo merecían sanciones disciplinarias por el correspondiente Colegio o en «policía de estrados» por el propio Tribunal (30).

Sujetos activos son el Abogado o Procurador que abusan de sus funciones o el particular con ocasión de su intervención en un proceso. Se trata de un delito especial impropio respecto a los profesionales y común para el particular.

Cuestión previa es examinar qué condiciones deben reunir los mencionados profesionales para que puedan convertirse en autores de este delito. Desde una perspectiva legal sólo a través de la colegiación se adquiere tal calidad. Así se deduce del artículo 439.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los artículos 15 y 18 del Estatuto General de la

(29) SSTS de 23 de julio de 1988, de 12 de diciembre de 1988 y de 10 de febrero de 1990.

(30) DIEGO DÍEZ, *Prevaricación («deslealtad profesional») de Abogados y Procuradores*, Madrid, 1996, p. 11.

Abogacía y del artículo 6 del Estatuto General de Procuradores de los Tribunales. Se trata, por tanto, de un concepto restrictivo de profesionales colegiados acorde, por otro lado, con la pena de inhabilitación que conlleva siempre este tipo de delitos y que resultaría ineficaz de serle impuesta a un no colegiado (31).

Algún autor (32) señala la posibilidad excepcional de ser asimilados a este grupo los Letrados del Estado, Comunidades Autónomas y Entes locales que, en conformidad con el artículo 447.1 y 2 LOPJ, pueden desempeñar la defensa y representación del Estado y demás entes públicos sin necesidad de colegiación. No obstante, de ser funcionarios públicos, como sucede con los Abogados del Estado, se abre la posibilidad de concurso de delitos entre el artículo 465.1 y la infidelidad en la custodia de documentos prevista en el artículo 413 del nuevo CP. En este último precepto se amplían los supuestos de acción típica, se hace alusión a la sustracción de documentos, y se exige expresamente que se realice la acción «a sabiendas».

La acción, siempre dolosa, consiste en destruir, inutilizar u ocultar documentos o actuaciones de los que hayan recibido traslado en calidad de Abogado y Procurador. Por destrucción e inutilización se entiende el aniquilamiento total o parcial de la integridad jurídica del documento o del documento que sirve de soporte a la actuación procesal (33) y por ocultamiento la colocación del mismo en un ámbito de custodia distinto al que fue confiado impidiendo su utilización (34).

Se exige además que la acción se realice con «abuso de su función». Será necesario, por tanto, comprobar que se dan las cualidades que exige el tipo para el sujeto activo, la existencia del abuso inherente a tal condición y la finalidad de utilizar las ventajas de su posición para ejecutar el delito con mayor seguridad y menor riesgo (35).

Puede ocurrir que el profesional o el particular, sin haber participado en la comisión del delito, tengan conocimiento de él y la obstrucción estuviera encaminada a impedir que se descubra la identidad del autor o el delito mismo. En tal caso, cabe apreciar concurso de delitos entre el artículo 465 y el delito de encubrimiento tipificado en el artículo 451.2.º CP.

La obstrucción a la actuación judicial admite la posibilidad de la destrucción o inutilización del «cuerpo del delito». Téngase en cuenta que el concepto procesal de «cuerpo del delito» al que hace referencia el artículo 451.2.º CP es claramente equívoco y detrás de él se esconden muy diversas cosas (36). En efecto, la propia jurisprudencia habla de «cuerpo

(31) DIEGO DíEZ, *Prevaricación...*, p. 13.

(32) GARCÍAS PLANAS, «Prevaricación de Abogados y Procuradores», en *ADP*, p. 40, mayo-agosto, 1994.

(33) STS de 11 de junio de 1966.

(34) SSTS de 15 y 22 de marzo de 1975.

(35) MIR PUIG, *Derecho...*, p. 704.

(36) GIMENO SENDRA, *Derecho...*, pp. 274 y 275.

de delito por situación», en la que no sólo quedan en él incluidos los efectos o instrumentos, sino también el resultado de diligencias y actuaciones realizadas en el curso de la fase instructora (arts. 336 y 337 LECrim.).

2.4 Secreto de las actuaciones

Artículo 466

1. El Abogado o Procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

2. Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el Juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, se le impondrán las penas previstas en el artículo 417 en su mitad superior.

3. Si la conducta descrita en el apartado primero fuere realizada por cualquier otro particular que intervenga en el proceso, la pena se impondrá en su mitad inferior.

El nuevo Código Penal ha introducido novedades importantes en esta materia. Se castiga con pena de multa y de inhabilitación especial la revelación indebida del secreto sumarial por Abogado, Procurador o particular. Conducta que hasta ahora sólo merecía una corrección disciplinaria consistente en multa de 250 a 2.500 pesetas (art. 301 LECrim.). Si, como consecuencia de la revelación, los profesionales hubieran perjudicado los intereses que les fueron encomendados por el cliente, es posible apreciar concurso de delitos entre el artículo 466.1 y el delito de deslealtad profesional del artículo 467.2. Caso de que el sujeto activo fuera un particular se le aplicará la misma pena que corresponden a los profesionales mencionados en su mitad inferior.

Las autoridades y funcionarios judiciales también pueden ser autores de este delito. El artículo 301 LECrim. prevé en este supuesto la aplicación de las responsabilidades establecidas en el Código Penal. En el CPTR se trataban por la vía de los artículos 367 y 368 como delito de «revelación de secreto», encuadrados en el ámbito de los «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». En el nuevo Código, de aquellas conductas se seleccionan las que se dan en el marco procesal, situándolas en el título que corresponde a los delitos contra la Administración de Justicia. Cabe, también, la posibilidad de establecer concurso de delitos con el delito de «infidelidad en la custodia de documentos» (art. 413 CP), dado que la conducta del funcionario es doblemente lesiva, por incumplimiento de los deberes propios de los funcionarios públicos y por la obstrucción ocasionada en el proceso (37).

(37) BUENO ARÚS, *Libertad de expresión y Administración de Justicia*, ponencia escrita en Congreso sobre el Nuevo Código Penal (CGPJ), Madrid, 4-7 de marzo de 1996. En prensa.

La revelación de las actuaciones procesales incorpora al tipo un elemento normativo, el secreto sumarial, que debe ser examinado en el contexto del correspondiente procedimiento.

La publicidad de las actuaciones judiciales admite excepciones (art. 120.1 CE y art. 232 LOPJ). Las mismas encuentran su más precisa concreción en el ámbito de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica Procesal militar:

a) Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral con las excepciones determinadas en la ley (art. 301 LECrim. y art. 147 LOPM).

b) Con relación a las partes, el sumario no es secreto (art. 302 I LECrim. y art. 147 I LOPM), salvo que el delito fuere público y el Juez de Instrucción, por motivos fundados, lo declare total o parcialmente secreto (art. 302 II LECrim. y art. 147 II LOPM).

c) Con posterioridad al sumario, cabe la posibilidad de que, a juicio de la Sala, la sentencia dictada en casación no se publique total o parcialmente cuando se trate de delitos contra la libertad sexual o contra el honor o concurren circunstancias especiales (art. 906 LECrim.).

Por secreto sumarial debe entenderse aquel relativo a la investigación de los hechos, el aseguramiento de personas y cosas y aseguramiento de las pruebas (38). Sin embargo, no todo secreto de sumario debe ser objeto de tutela por la vía penal. En efecto, el ejercicio de un derecho fundamental, como es la libertad de expresión, impone unos límites a los deberes de reserva (39).

Las restricciones legales no deben alcanzar la comunicación o recepción de la información veraz difundida por los medios de comunicación, siempre que los datos revelados se hayan obtenido legítimamente y al margen de las actuaciones sumariales. Ésta es la doctrina asentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de abril de 1976 y por la importante Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1985 (40).

La prohibición de acceder a la investigación sumarial o de publicar la sentencia sólo se justifica si concurren las circunstancias recogidas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985, de 31 de enero:

A) Previsión de la excepción en norma con rango de ley.

B) El secreto sumarial debe quedar justificado por la protección de otro bien jurídico o derecho de carácter fundamental. La sentencia ya citada de 31 de enero señala como causa fundamental del secreto de sumario

(38) ALVÁREZ PÉREZ, *Libertad de expresión...*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1985, pp. 155 ss., Madrid.

(39) En lo que sigue, BUENO ARÚS, *Libertad...*, pp. 6 y 7.

(40) PECES MORATE, «Publicidad y secreto sumarial», en *Poder Judicial*, núm. especial XI, p. 134, Madrid, 1989.

«la segura represión del delito». El Consejo General del Poder Judicial, en acuerdo del día 5 de noviembre de 1986, estima como valor superior los de la imparcialidad del Juzgador y la neutralidad del juicio. En todo caso, el punto de referencia debe constituirlo el derecho del ciudadano a obtener una tutela judicial efectiva como expresa el artículo 20 de la Constitución.

C) Congruencia y respeto al principio de proporcionalidad que debe existir en la protección de ambos intereses jurídicos en conflicto (41). Ello quiere decir que la revelación del secreto sólo constituye una conducta típica respecto de aquellas circunstancias que podrían causar un perjuicio irreparable a la investigación sumarial (42).

En todo caso, dada la formulación del principio de proporcionalidad como concepto jurídico general y, por tanto indeterminado, debe permitirse un cierto margen de discrecionalidad en su apreciación por parte del Juez Instructor (43). Como afirma Bueno Arús, en la práctica, pese al carácter absoluto de los preceptos de la LECrim., reina en este punto una gran tolerancia (44). El Juez Instructor o la Sala deberán, por tanto, ser en extremo cautelosos en la declaración del secreto del sumario (45).

2.5 Deslealtad profesional

Artículo 467

1. El Abogado o Procurador que, habiendo asesorado o tomado defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defiende o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años.

2. El Abogado o Procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.

Se trata de un delito especial propio, ya que los únicos sujetos con capacidad para realizarlo son el Abogado y Procurador. En el artículo se tipifican dos conductas distintas. En el apartado primero se castiga el

(41) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Honor y libertad de expresión*, pp. 54 ss., Madrid, 1987.

(42) BUENO ARÚS, *Libertad...*, p. II.

(43) STC 62/1982 de 15 de octubre.

(44) *Libertad...*, p. 12.

(45) REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, p. 159, Barcelona, 1996.

doble asesoramiento, defensa o representación en un mismo asunto; y, en el apartado segundo, la prevaricación de estos profesionales.

Ambas conductas quedaban incluidas en el título VII del libro II del anterior Código Penal bajo la rúbrica: «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos». La sistemática adoptada respecto de unos delitos cometidos por sujetos que carecen de tal cualidad no es producto de un *lapsus* legislativo. En efecto, en el marco de un Estado autoritario, en donde el poder legislativo carece de atribuciones, la Administración pública se convierte en el intermediario natural con el ciudadano. En ese único espacio de poder se realizan a la vez dos funciones: se elabora la decisión política y se la hace ejecutar. Por ello, el deber de fidelidad de los funcionarios pasa a conformar como valor supremo el contenido del bien jurídico tutelado en el título VII. A1 Abogado y al Procurador, desde esta perspectiva político-criminal, se les castiga por razón de su infidelidad con ocasión del ejercicio de la función pública.

Sin embargo, en el marco del actual ordenamiento constitucional, la función pública debe ser protegida en tanto servicio dirigido a los ciudadanos. Ello quiere decir que la infracción del deber de cargo como fundamento de la prohibición deja de apoyarse sobre la exclusiva relación Administración-funcionario, para hacerlo sobre la relación Administración-ciudadano (46). En este sentido, debe interpretarse la razón que animó al legislador del nuevo Código Penal a colocar las conductas objeto de estudio en el título XX bajo la rúbrica «Delitos contra la Administración de Justicia». Como ya se dijo, en tanto que el Abogado y el Procurador desempeñan un papel auxiliar, aunque esencial, en el desempeño del servicio prestado por la Administración de Justicia (47), su deslealtad profesional puede llegar a afectar la función jurisdiccional (48).

Es por ello que deja de tener importancia el hecho de que estos profesionales no sean funcionarios públicos o que, como se expresa en el artículo del Estatuto General de la Abogacía, la relación habida con la parte sea contractual. Lo esencial es determinar cuándo estos profesionales pueden incidir con su intervención típica en el desarrollo de la función jurisdiccional. A los efectos del ámbito de aplicación del artículo 467 CP las conductas descritas deben darse en el marco del proceso, impidiendo que surja o perjudicando durante su transcurso los intereses de sus clientes. No debe influir el hecho de que su presencia en el mismo sea sólo facultativa, si la parte requiere de sus servicios a tales efectos. No es, tanto la obligatoriedad de concurrir al proceso lo determinante,

(46) OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación de funcionario público*, Madrid, 1980, p. 137.

(47) «El deber fundamental del Abogado, como participe en la función pública de la Administración de Justicia, es cooperar a ella...» (art. 39 EGA)

(48) GARCÍA ARÁN, «Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de 1992», en *Homenaje a Del Rosal*, Madrid, 1993, p. 32.

como su efectiva comparecencia lo que interesa al tipo que se está examinando (49).

Así, pues, el perjuicio ocasionado por la deslealtad de estos profesionales adquiere relevancia penal por el hecho de lesionar específicamente al derecho de tutela judicial del particular. Fuera de este supuesto, el incumplimiento del Abogado pierde relevancia penal y queda al mismo nivel que el de cualquier otro profesional (50).

Por todo lo dicho, resulta inexplicable la situación privilegiada que deja impune la posible deslealtad de los graduados sociales, quienes también desempeñan funciones de representación en el ámbito de la jurisdicción laboral (51).

La conducta típica regulada en el apartado primero del artículo 467 del CP consiste en asumir la defensa o representación de una de las partes en el proceso o en la fase previa al mismo, para después, sin el consentimiento de aquélla, asumir la defensa, representar o aconsejar a la contraria en el mismo asunto o proceso. Se trata de un delito de peligro abstracto y se corresponde casi literalmente con el artículo 361 del CPTR. Razón por la que obviamos comentarlo.

La deslealtad profesional o «prevaricación» de Abogado y Procurador se trata en el apartado segundo del artículo 467 CP e introduce algunas novedades que reseñamos a continuación.

El artículo 360 CPTR, correlativo al artículo que estamos examinando, tipificaba dos comportamientos distintos; por una parte, el perjuicio del cliente, y, por otra, la revelación de sus secretos. En el nuevo Código Penal esta última conducta queda recogida en el artículo 466.1 del título XX sólo si afecta al secreto sumarial. Siguiéndose en este punto la sistemática adoptada en la ordenación de los delitos contra la Administración de Justicia desde una perspectiva específicamente procesal.

Fuera de este supuesto, habrá que atenerse al artículo 198 o al 199 CP, dependiendo de que el Letrado reúna o no la cualidad de funcionario público. En este último caso, y a efectos de establecer posibles concursos, deberá relacionarse con el artículo 417, violación de secreto por funcionario público; artículo 442, si lo hizo con ánimo de obtener algún beneficio económico, y artículos 535 y 536 con violación de garantías de la intimidad. Asimismo, deberá tenerse en cuenta, entre otras, la legislación recogida en el artículo 111.5.º de la Ley General Tributaria, artículos 437.2 y 438.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 14.15.º del Estatuto General de los Procuradores y artículo 41 del Estatuto General de la Abogacía.

(49) MAGALDI, «La prevaricación de Abogado y Procurador. (Análisis de los artículos 360 y 361 del Código Penal)», en *CDJ*, sobre «Los delitos de los funcionarios públicos», 1994/IV, Madrid, 1995, p. 111 (nota núm. 25).

(50) FELIPE SABORIT, «Sobre el tipo objetivo del delito de prevaricación de Abogado» (Comentario a las sentencias del TS de 10 de marzo y 10 de septiembre de 1992), cita de MAGALDI, *La prevaricación...*, p. 104.

(51) GARCÍA PLANAS, *Prevaricación...*, p. 39.

La causación de un perjuicio se recoge como un supuesto de deslealtad profesional en el artículo 467.2 del nuevo Código Penal.

La conducta típica consiste en «perjudicar de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados». Se trata de un delito de resultado. En el artículo 360 CPTR se empleaba la fórmula genérica «perjudicar al cliente». De esta manera se dota al tipo de una fuerte dosis de indeterminación. El nuevo Código Penal modera, en parte, esta criticable consecuencia exigiendo el carácter «manifiesto», no presunto, del perjuicio.

El contenido material de la lesión sigue incluyendo un amplísimo abanico de posibles formas, sólo acotables por la vía jurisprudencial. En efecto, el perjuicio comprende tanto al patrimonial evaluable, tanto en sus aspectos de lucro cesante como emergente, como de otra índole, especialmente los morales (SSTS de 4 de julio de 1968, 11 de abril 1977, 30 de octubre de 1980 y 10 de septiembre de 1992); basta con la comprobación de que el perjuicio se da sin que se requiera su cuantificación (STS de 3 de abril de 1974); no se exige que el mismo sea irreparable (STS de 11 de octubre de 1989) (52).

En todo caso, y en conformidad con el contenido del bien jurídico protegido en el título XX, el perjuicio deberá ser ocasionado en el transcurso de algunas de las fases del procedimiento. De esta forma deberá provocar alguna de las siguientes consecuencias: *a)* impedir el acceso efectivo y menos costoso a la tutela jurisdiccional; *b)* pérdida de derechos procesales; *c)* resolución distinta en lo esencial o no favorable a la demanda; *d)* no efectividad parcial o total en la ejecución del fallo (53).

La realización del comportamiento puede adoptar la forma omisiva. Tal posibilidad ya había sido admitida por la jurisprudencia en SST de 10 de noviembre de 1990 al decir que «dicha cuestión es totalmente clara, toda vez que el comportamiento lesivo característico de los intereses que el legislador quiere proteger es el omisivo».

Para apreciar la omisión, sin embargo, no basta con constatar formalmente la existencia de un deber jurídico que obliga a estos profesionales a mantener una conducta leal con los intereses de sus clientes. La posición de garante exige, además, su concreción en el ámbito material. Como es sabido, el problema más arduo que se plantea en sede de los delitos de omisión impropia es establecer un correcto criterio de equivalencia con la comisión activa de delitos de resultado. La doctrina minoritaria ha elaborado en este punto diversas teorías respondiendo no sólo al cómo, sino al cuándo las omisiones son englobables en los referidos preceptos. Interrogante, esta última, solventada en el artículo 11 CP con la obsoleta solución mayoritaria (54) de fijar las fuentes de garantía en la Ley, el contrato y la injerencia.

(52) DIEGO DÍEZ, *Prevaricación...*, p. 20.

(53) MAGALDI, *La prevaricación...*, p. 125.

(54) Todas ellas producto más o menos cercano de la teoría formal del deber jurídico de FEURBACH.

La pregunta a ¿cuándo surge la posición de garante? es una cuestión que sólo admite respuesta en el ámbito de la tipicidad. Las diversas soluciones adoptadas por la doctrina minoritaria concuerdan en este punto. De entre ellas, considero como la más operativa aquella que exige comprobar la existencia de un efectivo dominio sobre la causa del resultado (55). Al igual que el autor por comisión domina el suceso lesivo por medio de actividades corporales, puede darse que ese mismo dominio lo tenga el autor por omisión. Esta exigencia presupone un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad al control ejercido activamente sobre la causa eficiente. Por ello, dominio no debe confundirse con la posibilidad de la mera evitación. El dominio significa en el ámbito omisivo que ya se encontraba preestablecido (56).

Así, pues, en relación con la omisión desleal de Abogado y Procurador no es oportuno considerar que todo perjuicio no evitado al cliente deba ser imputado al profesional en consideración a la mera existencia de una relación contractual previa y desplegada en el curso de un proceso. El juicio de imputación requiere, además, la concreción del concepto de dominio en ese caso específico, comprobando que el objeto del suceso lesivo ya se encontraba controlado con anterioridad. De no actuar con estas cautelas, la mera apreciación formal de la posición de garante deja abierta la puerta a supuestos de responsabilidad objetiva.

Desde la perspectiva del tipo subjetivo, el artículo 467, apartado segundo, admite la modalidad dolosa e imprudente. El dolo exigido en el artículo 360 CPTR requería realizarse con «abuso malicioso de su oficio». Elemento ausente en la nueva redacción. La jurisprudencia ha venido apreciando conducta dolosa del Abogado en el caso del que confeccionó una sentencia inexistente, estimando la demanda, para engañar a su cliente (STS de 10 de septiembre de 1992); o, cuando el Procurador no consignó la cantidad entregada por su cliente para enervar el desahucio y evitar el lanzamiento (STS de 11 de marzo de 1986) (57).

La «negligencia inexcusable» del 360 CPTR queda recogida en el artículo 67.2 como «imprudencia grave». La jurisprudencia ha venido estimando su presencia en toda aquella actuación profesional que lleve aparejada «ignorancia inexcusable» o «que se hubiere llevado a término con desconocimiento total e indispensable de las prácticas habituales propias del ejercicio de la abogacía» (STS de 25 de junio de 1993). Así resultó en el caso del Abogado que por su inactividad dejó prescribir la acción

(55) SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971; del mismo, «Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für unterlassungen», *ZStW* 96. 1984.

(56) SCHÜNEMANN, «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid, 1994, p. 22.

(57) DIEGO DÍEZ, *Prevaricación...*, pp. 21 y 22.

extracontractual (STS de 4 de julio de 1968) o del título ejecutivo (STS de 11 de octubre de 1989) o no consiguió el dinero que le entregó su cliente para pagar al demandante (SSTS de 31 de enero de 1970 y 11 de abril de 1977) o no hizo el importe de las liquidaciones de Hacienda que le habían encomendado, sin recurrir tampoco contra ellas (STS de 1 de abril de 1970) o no abonó las costas para cuyo pago recibió del cliente la provisión de fondos, provocando la continuación del procedimiento de apremio (STS de 11 de marzo de 1986). Se considera asimismo imprudencia grave el Procurador que no prestó la fianza exigida para un embargo preventivo, pese haber recibido de su cliente la cantidad requerida (STS de 30 de octubre de 1980) o ausentarse de su domicilio sin disponer las medidas que le permitieran informarse de los requerimientos del correo (STS de 10 de noviembre de 1980) (58).

El delito de deslealtad profesional admite, en su modalidad dolosa, formas imperfectas de ejecución. Puede concurrir con el delito de apropiación indebida (STS de 27 de noviembre de 1950). Más recientemente, la Audiencia Provincial de Granada en S de 5 de mayo de 1990 aprecia el concurso en el supuesto del Abogado de una empresa a quien se le encomendó el cobro de determinadas facturas y efectuado el mismo se apropia de su importe (59). En mi opinión, con arreglo al artículo 467.2 CP sólo cabría considerar, en este último supuesto, un único delito de apropiación indebida, ya que el incumplimiento de la obligación transcurre fuera del marco del proceso. Asimismo, cabe establecer relación concursal con el delito de falsedades y estafa.

(58) DIEGO DíEZ, *Prevaricación...*, pp. 21 y 22.

(59) DIEGO DíEZ, *Prevaricación...*, p. 23.

Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal (1)

TERESA RODRÍGUEZ MONTAÑÉS

Profesora Titular de Derecho Penal UAH

I

El nuevo Código Penal de 1995 (2) consagra por primera vez en nuestro Ordenamiento, dentro del título XIII: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», un capítulo XIII, dedicado a los delitos societarios, respondiendo así a una vieja reivindicación, tanto doctrinal como jurisprudencial, que reclamaba la necesidad de una intervención penal en el ámbito de las sociedades mercantiles, especialmente frente a las infidelidades y abusos de poder llevados a cabo por sus administradores, poniendo de relieve la insuficiencia de la legislación vigente y la falta de preparación de los Tribunales de Justicia para hacer frente a estos problemas. Ante esa exigencia, los sucesivos Proyectos y Anteproyectos de Código Penal recogieron en su articulado una regulación específica de los denominados delitos financieros o societarios, habiendo sido probablemente el tema de la delincuencia económica en general y de los delitos societarios muy especialmente uno de los principales puntos débiles

(1) El presente trabajo se enmarca en una investigación más amplia acerca de la responsabilidad penal del administrador desleal, que se publicará próximamente con el título «La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios», monografía a la que remito al lector para una exposición más detallada de muchos de los problemas que aquí se abordan.

(2) Ley Orgánica del Código Penal, aprobada por el Congreso de los Diputados el día 8 de noviembre de 1995 (BOC, Congreso 15 de noviembre de 1995) y publicado en el BOE de 24 de noviembre de 1995. En adelante NCP 1995.

de la reforma penal y una de las claves del fracaso de los sucesivos intentos, hasta su definitiva consagración en el NCP 1995.

En dicho capítulo se contemplan una serie de conductas heterogéneas, llevadas a cabo normalmente por los administradores societarios (en algunos casos también por los socios), abusando de su posición de poder, en perjuicio de los intereses de la sociedad, los socios o terceros. Así, se tipifica el falseamiento de las cuentas anuales u otros documentos contables de la sociedad (art. 290); la imposición de acuerdos abusivos prevaleciendo de la posición mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración, en perjuicio de los demás socios y sin que reporten beneficios a la sociedad (art. 291); la imposición de acuerdos lesivos para la sociedad o algunos de los socios, adoptados por mayorías ficticias (art. 292); la lesión de los derechos de participación de los socios, impidiendo ilegalmente el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión, control de la actividad social o suscripción preferente de acciones –que, básicamente, se corresponden con los derechos reconocidos por el art. 48 LSA– (art. 293); la nueva figura de obstaculización de la inspección o supervisión administrativa (art. 294) y la administración o gestión desleal, prevista en el artículo 295.

De entre ese amplio abanico de figuras típicas voy a ocuparme especialmente de las conductas de administración desleal de un patrimonio ajeno (con carácter general y no sólo en el ámbito societario, aunque se tengan en cuenta las peculiaridades que éste plantea), tratando de averiguar en qué medida las mismas se pueden incluir en los tipos patrimoniales tradicionales (estafa, apropiación indebida...) y en las falsedades documentales, si tal regulación resultaba suficiente o existían lagunas de punición y cómo deben cubrirse de forma que no planteen duplicidades ni problemas concursales irresolubles. Pues una de las críticas más frecuentes a las propuestas de reforma penal en esta materia –y que se le hará a la regulación del NCP– es que con los denominados delitos societarios se castigan conductas ya punibles a través de los tradicionales delitos patrimoniales, creando tipos demagógicos o meramente simbólicos. Desde luego, se prestará una especial atención a la solución dada al problema en el ámbito societario por el NCP 1995.

II

Voy a ocuparme, por tanto, del tratamiento jurídico penal que debe darse a los abusos de poder y a la violación de los deberes de lealtad en la gestión de intereses patrimoniales ajenos, especialmente en cuanto a los órganos de administración de las sociedades mercantiles, pero sin olvidar que el fenómeno existe también fuera del ámbito societario.

Como punto de partida del análisis, propongo la reflexión sobre una serie de casos de la realidad económica cercana que podrían englobarse bajo la rúbrica de gestión o administración desleal.

Por lo que se refiere a las sociedades mercantiles:

1.^º Uno de los supuestos más frecuentes referido a la actividad bancaria es el de la concesión por los administradores de créditos sin garantías o con garantías insuficientes, que luego resultan impagados y se renuevan periódicamente. En muchos casos, esos créditos son concedidos por los administradores a sí mismos, a sus testaferros o a sociedades interpuestas en las que tienen participación y utilizados para adquirir el paquete accionario de control del banco o financiar operaciones especulativas de alto riesgo de las sociedades del grupo de control.

2.^º También es frecuente la utilización de la firma social para garantizar obligaciones personales de los administradores, sometiendo a la sociedad a un riesgo anormal, sin contrapartida alguna.

3.^º O la contratación en nombre de la sociedad de servicios o suministros con una contraprestación excesiva, normalmente a cambio de una comisión para el representante de la sociedad.

4.^º La aceptación de letras sin causa o pago de facturas por la prestación de servicios o la realización de actividades inexistentes, que encubren en realidad, por ejemplo, donaciones a partidos políticos o a sociedades controladas por los propios administradores.

5.^º La venta a la sociedad de inmuebles o de activos mobiliarios sobrevalorados, pertenecientes a los administradores o a sociedades controladas por ellos, en muchos casos para cancelar créditos que tenían con la propia sociedad.

6.^º Otro supuesto muy frecuente es el de la compra de inmuebles por alguno de los administradores o por sociedades controladas por ellos, que se arriendan a la sociedad, corriendo por su cuenta la realización de obras de rehabilitación o adaptación para, una vez que el inmueble está revalorizado, ser vendido a la sociedad por un precio muy superior a aquel por el que se compró.

7.^º También resulta de gran actualidad la cuestión de las cantidades anticipadas a cuenta en la construcción de viviendas que finalmente no llegan a construirse. Y no me refiero tanto a los grandes fraudes inmobiliarios, fácilmente calificables como estafa, sino a los supuestos en que sin existir un engaño inicial ni ánimo de apropiación, la mala gestión de los fondos —especialmente en casos de cooperativas de viviendas— da lugar a suspensiones de pagos o quiebras que imposibilitan la construcción de las mismas.

8.^º Por último, podría plantearse con carácter general el problema de la dejación de funciones y la actuación irregular o negligente de los administradores en el ejercicio de sus funciones y en la vigilancia y control de sus subordinados, de la que se derivan deficiencias en la gestión e irregularidades en la actuación de las personas sobre las que debería haberse ejercido dicho control.

Muchas de estas operaciones se disfrazan mediante la constitución de cajas negras, la llevanza de una doble contabilidad, falsificaciones de

documentos y, en muchos casos, del falseamiento del balance y de la cuenta de resultados, con el fin de ocultar a los socios y a los órganos de control, en su caso (al Banco de España, por ejemplo, en los supuestos de entidades bancarias), las operaciones irregulares y la situación real de la sociedad.

Fuera del ámbito societario también pueden proponerse numerosos ejemplos de administración o gestión desleal por parte de quienes tienen confiados los intereses patrimoniales de otro y han de velar por ellos. Así, entre otros, los siguientes: los padres respecto del patrimonio de los hijos o el tutor o curador respecto del patrimonio del tutelado o sometido a curatela, que realizan inversiones muy arriesgadas, transformando valores patrimoniales seguros en otros inseguros; el asesor financiero o fiscal que ejerce deslealmente sus funciones, recomendando inversiones arriesgadas, porque recibe una comisión a cambio; el administrador concursal que incumple sus obligaciones, frente a los deudores y al concurso de acreedores; o el albacea testamentario, que omite sus deberes de vigilancia en la ejecución de lo ordenado en el testamento y en la toma de precauciones en la conservación y custodia de los bienes del causante; el administrador de una finca frente a los propietarios, cuando el primero contrata servicios de limpieza o mantenimiento a un precio superior al que podría haber conseguido, a cambio de comisiones que recibe de la empresa concesionaria.

III

¿Cuál es la respuesta que ofrece el Derecho Penal español ante este tipo de conductas?

En el Código Penal anterior (1944-1977) no existía un delito de administración desleal o infidelidad patrimonial, ni con carácter general, ni en el ámbito societario. Tanto la doctrina como la jurisprudencia habían venido denunciando esta laguna de punición, hablándose incluso de «vacío normativo», y exigiendo una reforma legislativa que lo colme (3). No obs-

(3) Cfr., entre los pronunciamientos doctrinales, ya RODRÍGUEZ SASTRE, *El delito financiero*, 1934, 85: «se precisan nuevas leyes adaptadas a la hora que vivimos». HEREDERO, *Los delitos financieros en la Jurisprudencia española*, 1969, *passim*, en su exhaustivo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, vuelve a poner de relieve el vacío normativo existente en esta materia y la urgencia de una reforma legislativa, señalando que los esfuerzos de la jurisprudencia por cubrir las lagunas legales con los tipos existentes (estafas, apropiaciones indebidas, falsedades) chocan con la falta de tipificación legal de muchas de estas conductas. En este sentido concluye: «La jurisprudencia se encuentra, por tanto, ante unos hechos que la voluntad de la ley, a la que ha de prestar acatamiento con rigor dramático, ha excluido expresamente del cuadro de las incriminaciones» (p. 136). En la misma línea, DEL ROSAL, *Derecho Penal de sociedades anónimas*, I, 1971, 265; DE LA OLIVA GARCÍA, «Sobre el llamado delito financiero. Notas a una sentencia del Tribunal Supremo», *RFDUCM*, 43, 1972, 35 ss.;

tante, frente a la idea, ampliamente extendida, de que el Derecho Penal se encontraba inerte ante las mismas, lo cierto es que existían una serie de tipos entre las falsedades y los delitos patrimoniales, en los que podían y pueden encajar en buena medida.

a) *Las falsedades documentales.*—Como hemos puesto de relieve anteriormente, es bastante frecuente, sobre todo en las conductas de los administradores de sociedades mercantiles, que se traten de ocultar ciertas operaciones a los socios o a los órganos de control intra o extrasocietarios a través de la llevanza de doble contabilidad, la constitución de cajas negras, falseamientos contables o de otro tipo de documentos.

STAMPA/BACIGALUPO, «La reforma del Derecho Penal económico español», en *El Proyecto de Código Penal*, Separata de la RJCat, 1980, 155: «la protección de los titulares del patrimonio frente a los administradores infieles está reclamando una mejor regulación de la defraudación y de la administración fraudulenta»; RODRÍGUEZ MOURULLO, «Los delitos económicos en el Proyecto de Código Penal español», *ADPCP*, 1981, 708, 713; «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», *ADPCP*, 1984, 682 ss.; «Aspectos penales de las crisis bancarias», en VV. AA., *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias*, 1988, 288 ss.; TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 17 ss., 41 ss.; *Derecho Penal de la empresa*, 1995, 75 ss., 90 ss.; GARRETA SUCH, *Responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 1991, 202; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «Los delitos societarios en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal», *PJ*, 28 (1992), 173 ss.; «Los delitos societarios», en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 353 ss.; BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2ª, 1993, 405, quienes denuncian que «el Código Penal no tome en consideración supuestos de deslealtad o abuso de confianza en la administración del patrimonio ajeno, que adquieren relieve de primer orden en el mundo económico actual»; VIVES, en VIVES y OTROS, *DP PE*, 1993, 962: «quedan en el campo del ilícito civil atentados patrimoniales muy graves que, desde luego, han de estimarse merecedores de castigo»; BACIGALUPO, *Die Problematik der Untreue im spanischen Strafrecht*, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), Madrid, 1994, Symposium, 1994, 201 ss.; «La problemática de la administración desleal en el Derecho Penal español», en VV. AA., *Hacia un Derecho Penal económico europeo, Homenaje a Tiedemann*, 1995, 385 ss.; DÍAZ MAROTO, *Die Reform des Strafrechts der Handelsgesellschaften*, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), Madrid, 1994, Symposium, 1994, 184; «Los delitos societarios en la reforma penal», en *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 152; GONZÁLEZ RUS, «La reforma de los delitos económicos y contra el patrimonio. Consideraciones críticas», *EPCrim XVII*, 1994, 185 ss.; MARTÍNEZ PÉREZ, «El delito societario de administración fraudulenta», *EPCrim XVII*, 1994, 265 ss.: «laguna de punibilidad», «necesidad dogmática y político-criminal de crear un delito de administración social fraudulenta», señalando además que «el problema es de alcance general y no tiene por qué ser circunscrito a la esfera de las sociedades mercantiles»; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 533 ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios* (tesis doctoral inédita), I, 1995, 296 ss.; MATA Y MARTÍN, «Los delitos societarios en el Código Penal de 1995», *RdS 5* (1995), 165; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 19 ss.; GARCÍA VALDÉS, «El nuevo Derecho Penal de los negocios y de las sociedades mercantiles», en VV. AA., *Estudios jurídicos en Homenaje a A. Menéndez*, IV, 1996, 5124 ss.; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1406 s.

Especial relevancia, por su trascendencia para el tráfico mercantil, tienen los supuestos de falsificación del balance y de los demás documentos que configuran las cuentas anuales (4) (5). Estos documentos deben «ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa» (6). Tanto el Código de Comercio (7), como especialmente la Ley de Sociedades Anónimas (8), establecen una serie de reglas precisas acerca de la estructura del balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y de la memoria, así como reglas de valoración de los elementos integrantes de las diferentes partidas que figuren en las cuentas anuales, todo ello orientado a que tales cuentas reflejen con claridad y exactitud la situación económica de la empresa. En las sociedades mercantiles, y especialmente en las grandes sociedades anónimas, esa obligación de presentación de las cuentas anuales en esos términos es una garantía de una gestión adecuada de la empresa y un instrumento fundamental de control, tanto para acreedores y terceros como fundamentalmente para los socios, que han de aprobarlas cada año en Junta general de accionistas, una vez que han sido auditadas. De hecho, el aseguramiento de la veracidad de la información social ha sido uno de los ejes de la reciente reforma del Derecho de sociedades (9), que

(4) El artículo 34.1 CCo establece: «Al cierre de cada ejercicio, el empresario deberá formular las cuentas anuales de su empresa, que comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Estos documentos forman una unidad». Por su parte, el artículo 172 LSA señala que «Las cuentas anuales comprenderán el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria». Y en el artículo 171 LSA se hace referencia también al informe de gestión, que ha de presentarse junto con las cuentas anuales y que, según el artículo 202 LSA, «habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad».

(5) Esta importancia del balance es puesta ya de relieve por RODRÍGUEZ SASTRE, *El delito financiero*, 1934, 29 ss.: «es el medio contable de presentar la situación de una empresa en una época dada»... «garantiza la inalterabilidad del capital y la realidad del beneficio»... «sirve para rendir cuentas de la situación de la empresa a los accionistas, a terceros y para determinar el beneficio». Además, el balance fraudulento es el medio para cometer otro tipo de delitos: «Es gracias a los balances como el delito financiero puede ser perpetrado». Cfr., también, TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 76 ss. (citando a DI NICOLA, *La falsificazione dei bilanci*, 1983, 120 ss., para quien «no se puede pretender llevar a buen término la lucha contra la criminalidad económica si no se comienza por golpear con decisión sobre el mecanismo de que se sirven los delincuentes económicos para el despliegue de su actividad delictiva sobre la falsificación de balances»); FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, I, 1995, 250 ss.

(6) Artículo 34.2 CCo y 172.2 de la LSA.

(7) Artículos 34 ss.

(8) Artículos 171 ss., que rigen también para las sociedades de responsabilidad limitada (art. 23 de la antigua LSRL 1953 y 84 de la nueva Ley de Sociedades de responsabilidad limitada, Ley 2/1995, de 23 de marzo, que en su disposición adicional segunda modifica algunas de las disposiciones de la LSA en materia de cuentas anuales).

(9) Así lo ponen también de relieve MATA Y MARTÍN, *RdS* 5 (1995), 172; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (coordinador): *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1413.

incorpora el principio de la «imagen fiel del patrimonio», impuesto a todos los Estados miembros por el artículo 31 de la Cuarta Directiva del Consejo de la CEE en materia de cuentas anuales de las sociedades de capital (Cuarta Directiva, de 25 de julio de 1978) (10).

El balance puede ser alterado de muy diversas formas. Rodríguez Sastres (11) afirma que «la fraudulencia del balance» puede deberse a tres causas: fraude por acción (hacer aparecer en el inventario beneficios inexistentes u ocultar los existentes, falseando la contabilidad, creando asientos o cuentas ficticias, sobrevalorando los elementos del activo o manipulando el pasivo), fraude por omisión (no teniendo en cuenta las pérdidas producidas, las depreciaciones o la pérdida de elementos del activo) y «por optimismo» (sobrestimando el activo, no teniendo en cuenta la posible depreciación de un activo dudoso, no estableciendo las reservas necesarias para los riesgos asumidos...)

Dada la gran amplitud con que estaba redactado en el Código Penal de 1944 el delito de falsedad documental, que castigaba tanto las falsedades materiales como las de carácter ideológico (12), muchas de estas conductas se consideraban punibles, al menos como falsedad documental, en la mayoría de los casos de sociedades constitutiva de falsedad en documento mercantil (art. 303 CP 1944). Desde luego lo serían las manipulaciones del balance y demás documentos integrantes de las cuentas anuales (13). Pero

(10) Ampliamente acerca de la reforma del sistema de organización contable y financiera de las sociedades, especialmente respecto de las cuentas anuales en la sociedad anónima, por todos, VICENT CHULIA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, I/2.ª, 3.ª, 1991, 685 ss.

(11) *El delito financiero*, 1934, 21 ss.

(12) Acerca de la falsedad documental en general, cfr., entre otros, QUINTANO, *La falsedad documental*, 1953, *passim*; *Tratado PE*, IV, 1967, 597 ss.; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *Falsedad imprudente en certificado médico de defunción*, LL 1986-2, 246 ss.; ¿Son punibles las falsedades imprudentes en documento público u oficial?, PJ 1 (1986), 85 ss. (acerca del problema de la punibilidad o no de la falsedad imprudente en la anterior regulación); RODRÍGUEZ RAMOS, *Reflexiones sobre el delito de falsedad en documento mercantil*, PJ 11 (1988), 105 ss.; ORTS, en VIVES y otros: *DP PE*, 1993, 221 ss.; CALLE RODRÍGUEZ, «Teoría general sobre la falsedad documental y selección de jurisprudencia sobre la falsedad documental, con especial referencia al documento mercantil», I y II, *CPC*, 1994, 703 ss.; GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, *passim* y 285 ss. (acerca de la clásica distinción entre falsedad material e ideológica); COBO DEL ROSAL, «Esquema de una teoría general de los delitos de falsedad», *CPC*, 1995, 429 ss.; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.ª, 1995, 580 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, *DP PE*, 18.ª, 1995, 973 ss.; MOYNA MÉNGUEZ, *Las falsedades documentales*, LL 1996 (núm. 4041), 1 ss.

(13) Cfr. ya RODRÍGUEZ SASTRE, *El delito financiero*, 1934, 21 ss.; HEREDERO, *Delitos financieros*, 1969, 99 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, «Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socio-económico y el patrimonio en el proyecto de 1980 de Código Penal», *ADPCP*, 1980, 479: «el balance está reconocido como documento mercantil..., por lo que no cabe duda de que su falseamiento puede reunir los requisitos para que constituya delito de falsedad en documento mercantil»; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Crisis bancarias*, 1987, 297 s.; MUÑOZ CONDE, *Begriff und Reform des Wirtschaftsstrafrechts in Spanien*, en SCHÜNEMANN/SUÁREZ GONZÁLEZ (eds.), Madrid, 1994, Symposium, 67. «Delincuencia económica: Estado de la cuestión y propuestas de reforma», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 274.

también la emisión de facturas sin causa por la prestación de servicios o de suministros inexistentes, que claramente constituyen una falsedad ideológica, por «faltar a la verdad en la narración de los hechos», pues en la factura se hace constar el concepto al que responde la misma. Y la llevanza de una doble contabilidad, la constitución de cajas negras... (14). Más problemático resulta el libramiento de letras de cambio o cheques sin causa, que ciertamente es un documento que ampara una falsedad, pero el hecho de que en él no se haga constar la causa por la que se libra (al ser un título abstracto) hace que, en sí mismo, no sea falso. No obstante, lo normal es que esa letra o cheque tenga un soporte documental que justifique su emisión y en el que se exprese la supuesta causa, que sí será falso.

Desde luego la jurisprudencia, aunque no está exenta de vacilaciones (15), suele seguir la línea que se acaba de exponer. La Sala segunda maneja un amplísimo concepto de documento mercantil, entendiendo por tal todo aquel que se forme con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio o de las leyes mercantiles, sea expresión de una operación mercantil y tenga validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter (16). En muchas ocasiones va incluso más allá, prescindiendo de la exigencia de que se encuentren expresamente regulados en el Código de Comercio o las leyes mercantiles, requiriendo tan sólo «que recojan una operación de comercio o tengan validez o eficacia para hacer constar derechos u obligaciones de tal carácter o sirvan para demostrarlas» (17). Este concepto ha dado lugar a que se consideren documen-

(14) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Crisis bancarias*, 1987, 296 s.: «el propósito de ocultar las prácticas irregulares desarrolladas, así como la verdadera situación económico patrimonial de la entidad, llevó a los administradores de Bancos en crisis a cometer todo tipo de falsedades, que, en la medida en que se han plasmado en documentos mercantiles y oficiales constituyen, sin duda alguna, delitos previstos y sancionados en el artículo 303 del Código Penal, en relación con el 302, del mismo cuerpo legal».

(15) Afirma CÓRDOBA, «Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes de sociedades mercantiles en Derecho español», *EPCrim X*, 1987, 126, que «los hechos referidos pueden ciertamente cumplir los tipos penales, pero el dato social de la gran frecuencia de estas conductas, conduce a una actitud de inseguridad y reserva a la hora de decidir nuestros Tribunales, si tales hechos deben o no ser castigados como constitutivos de un delito de falsedad documental».

(16) Cfr., entre otras, STS de 2 de noviembre de 1970 (A 4384); 20 de mayo de 1982 (A 2692); 8 de marzo de 1985 (A 1602); 1 de julio de 1987 (A 5140); 21 de junio de 1989 (A 5194); 27 de marzo de 1990 (A 2634); 8 de noviembre de 1990 (A 8857); 7 de febrero de 1991 (A 899).

(17) Así, SSTS de 18 de noviembre de 1968 (A 4346) y 22 de febrero de 1985 (A 1524), a las que siguen en idénticos o muy similares términos las de 6 de febrero de 1986 (A 569): «expresión de una operación mercantil o de comercio admitida en los cuerpos legales o establecidos por la costumbre y práctica del tráfico mercantil»; 17 de diciembre de 1986 (A 7939); 15 de noviembre de 1988 (A 9166); 23 de diciembre de 1988 (A 10302): «El documento mercantil existirá siempre que el mismo sea expresión de una operación mercantil o de comercio»; 27 de marzo de 1990 (A 2634):

tos mercantiles, entre otros, además de las letras de cambio y otros títulos valores, los libros de contabilidad de los Bancos y Cajas de ahorro (incluyendo aquí las fichas registro de los clientes y los partes mensuales que remiten las sucursales a las oficinas centrales), las libretas de ahorro, los talones de cuenta corriente, los contratos de seguro y partes de accidente, los balances y demás documentos contables de las sociedades y hasta incluso las facturas, los albaranes y los recibos (18).

Este amplísimo concepto jurisprudencial del documento mercantil es discutido por la doctrina penal mayoritaria, partidaria de dotar de la especial protección jurídico penal del documento mercantil sólo a aquellos que, además de estar expresamente tipificados en las leyes mercantiles, esten dotados de una especial eficacia jurídica, que los haga potencialmente más peligrosos para la seguridad del tráfico mercantil, en definitiva, por su especial capacidad defraudatoria. Sólo esa especial trascendencia para el tráfico jurídico justificaría el reforzamiento de la protección penal —al nivel de los documentos públicos u oficiales— de documentos que, en cuanto a su naturaleza, son documentos privados (19). Y la Jurisprudencia más reciente se hace eco en alguna medida de las críticas doctrinales, declarando que la especial protección del antiguo artículo 303 se refiere sólo a aquellos documentos merecedores de la misma, porque incorporan una presunción de veracidad y autenticidad equivalente a la del documento público, por lo que no sería suficiente su utilización en el tráfico mercantil, sino que han de tener una especial fuerza probatoria (20).

Por lo que se refiere al balance y la cuenta de pérdidas y ganancias —cuya necesidad de especial protección no suele discutirse—, se considera falsedad en documento mercantil por «faltar a la verdad en la narración de los hechos» (art. 303 en relación con el 302.4.⁹) la falsificación de balances a través de la suposición o exageración de valores para fingir una situación económica más favorable que la real, otor-

«se entiende que son mercantiles a efectos penales los documentos que acreditan las operaciones que se contraen en el ámbito o movimiento propio de una empresa o incidencias relativas a tales operaciones, bien se trate de documentos recogidos en el Código de Comercio y demás leyes mercantiles, bien sea de los adoptados por el uso comercial sin una tipificación legal determinada»; 13 de marzo de 1991 (A 2130); 19 de abril de 1991 (A 2813); 8 de mayo de 1992 (A 3766); 10 de octubre de 1994 (A 7888).

(18) Cfr. la detallada exposición de la postura jurisprudencial que hacen RODRÍGUEZ RAMOS, *PJ* 11 (1988) 106 ss. (con una valoración muy crítica de la misma) y LUZÓN CUESTA, «Las falsedades en documentos mercantiles, de identidad y certificados», en BENEYTES y otros, *Las falsedades documentales*, 1994, 125 ss.

(19) Cfr. en este sentido ya QUINTANO, *Tratado PE*, IV, 1967, 627 s.; CÓRDOBA, *Comentarios CP* III, 1978, 795; RODRÍGUEZ RAMOS, *PJ* 11 (1988), 109 ss. (optando este autor por un criterio muy restrictivo, que limita el objeto material típico del artículo 303 CP a los títulos valores, por su especial potencialidad lesiva para el tráfico mercantil); ORTS, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 226 s.; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.^a, 1995, 584.

(20) Así, SSTS de 3 de febrero de 1989 (A 1422); 17 de abril de 1989 (A 3362); 1 de abril de 1991 (A 2543) y, especialmente, la de 31 de mayo de 1991 (A 4022).

gando al Balance carácter de documento mercantil desde que es ofrecido a la Junta General como medio de información del accionista, con independencia de su aprobación (21). Se otorga relevancia penal tan sólo a las reglas mercantiles sobre enumeración y valoración de los valores, pero no a la violación de las estrictas reglas de carácter formal relativas a la confección de las cuentas anuales (22), lo cual parece correcto desde el respeto al principio de intervención mínima y al carácter fragmentario y subsidiario, de *ultima ratio*, del Derecho Penal. Asimismo, existen sentencias que castigan como falsedad en documento mercantil la simulación de facturas por suministros o servicios inexistentes (23), la falsificación de albaranes (24) o la llevanza de una doble contabilidad (25), pero se suele negar el carácter de falsedad documental al libramiento de letras de cambio sin causa, también denominadas letras de favor o de complacencia, esto es, aquellas que no

(21) Así, STS de 9 de mayo de 1956 (A 1634), que aplica el artículo 303 en relación con el 302.4.º CP, por entender que la exageración y suposición de valores inexistentes en el inventario que acompaña al balance para fingir una situación económica favorable de la sociedad «representa una falta de veracidad en los datos esenciales del balance que les imprime el sello de documentos falsos». Además esta importante sentencia afirma que los balances de las sociedades anónimas gozan del carácter de documento mercantil desde el momento en que se confeccionan y se los dota de los requisitos precisos para que sean sometidos a la censura de los órganos directivos y representativos de la entidad, con independencia de que estén aprobados o no por el Consejo de Administración y la Junta de accionistas. También consideran el Balance un documento mercantil a los efectos del delito de falsedades y criminalizan la falta de veracidad en el mismo las SSTS de 4 de noviembre de 1965 (A 4974); 30 de junio de 1972 (A 3463); 23 de junio de 1973 (A 2896); 7 de febrero de 1991 (A 899). También la STS de 13 de julio de 1993 (A 6070), aunque en el caso concreto no aprecia el delito porque «la falsedad de balances exige que se haya podido constatar una discrepancia entre la situación económica reflejada en los mismos y la situación económica real», lo que no quedó constatado en el caso concreto, ante la diversidad de opiniones técnicas.

(22) Así lo pone de relieve HEREDERO, *Delitos financieros*, 1969, 100 ss.

(23) Así, STS de 9 de mayo de 1956 (A 1634) y, más recientemente STS de 18 de octubre de 1994 (A 8026): considera falsedad en documento mercantil la extensión de facturas por trabajos no realizados para justificar pagos ilícitos; 29 de octubre de 1994 (A 8331): facturas que no corresponden a una operación real. Aprecia falsedad en documento mercantil del artículo 303 en relación con el 302.9.º; 15 de noviembre de 1994 (A 9012): facturas en que se hace aparecer como gastos de una sociedad lo que eran gastos particulares de sus directivos; se aprecia falsedad ideológica en documento mercantil (art. 303 en relación con el 302.4.º).

(24) Cfr., entre otras, SSTS de 19 de septiembre de 1983 (A 4554); 27 de septiembre de 1985 (A 4461); 3 de febrero de 1989 (A 1422); 27 de marzo de 1990 (A 2634).

(25) Así, entre otras, SSTS de 8 de mayo de 1992 (A 3766) y 16 de junio de 1992 (A 5386).

están respaldadas por una deuda extracambiaria, que no responden a una operación mercantil real (26).

No obstante, esta solución no tenía en cuenta ni la especificidad del ámbito societario ni la dimensión económica del problema (27), por lo que parecía preferible contar con una regulación específica, salvo que esta laguna lograra ser colmada por la vía de los delitos patrimoniales, lo que —como veremos más adelante— no se produce.

La situación cambia radicalmente con la nueva regulación que el NCP 1995 da a las falsedades, ya que la falsedad ideológica genérica (faltar a la verdad en la narración de los hechos) sólo es punible en los artículos 390 ss. si la realiza un funcionario público en documento público, pero es impune si se realiza por un particular sea en documento público, oficial, mercantil o privado. En el caso del particular, sólo se castigan las falsedades materiales o la ideológica consistente en la suposición ficticia de intervención de personas o en atribuirles manifestaciones distintas de las reales (28). Se ha

(26) SSTS de 21 de marzo de 1966 (A 1373): «no es documento falso en sí, aunque son falsas las ideas que en él se afirman como verdaderas, por lo que no es de apreciar el dolo genérico de este delito, constituido por la conciencia de que se altera la verdad, y por la voluntad de alterarla»; 4 de octubre de 1966 (A 4122): niega que las cambiales sin causa sean «documentos simulados, que indujeron a error sobre su autenticidad, puesto que estaban revestidos de todas las formalidades intrínsecas y extrínsecas». Cfr., sin embargo, recientemente, STS de 25 de octubre de 1993 (A 7961), que considera falsedad en documento mercantil el libramiento de letras de cambio que no corresponden a una operación mercantil, o STS de 6 de septiembre de 1994 (A 6824), respecto de las letras de favor.

Respecto de estas letras de favor, señala RODRÍGUEZ MOURULLO, «La protección penal del cheque y la letra de cambio», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ (Director), *Derecho cambiario*, 1986, 945, que la validez y licitud de estas letras es reconocida por la doctrina mercantil y que, pese a no existir deuda extracambiaria, están respaldadas por el pacto de favor implícito de un afianzamiento, lo que constituye su causa lícita y excluye la falsedad. Cfr. también, LUZÓN CUESTA, en BENEYTES y otros, *Las falsedades documentales*, 1994, 135 ss., distinguiendo entre las letras de favor (en las que no aprecia falsedad alguna) y las «letras de peloteo», que sí son auténticas letras vacías.

(27) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Crisis bancarias*, 1988, 285.

(28) Acerca de la nueva regulación de las falsedades documentales en el CP 1995, cfr. ESCOBAR JIMÉNEZ, «Las falsedades documentales», en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 425 ss.; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, 170 ss.; BACIGALUPO, *La reforma de las falsedades documentales*, LL 1996, núm. 3966, 1 ss.; MOYNA MÉNGUEZ, LL 1996 (núm. 4041), 1 ss.; ORTS, en VIVES (Coordinador): *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1737 ss.

Téngase en cuenta, además, que el artículo 26 NCP ofrece un concepto jurídico penal de documento como «todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica», zanjando así la polémica doctrinal y jurisprudencial acerca de la necesidad del carácter escrito del documento para ser objeto de protección penal. Con el nuevo artículo 26 queda clara la voluntad del Código de proteger no sólo la documentación escrita, sino todo tipo de «soporte material» que pueda cumplir la misma función que el escrito, por ejemplo, los soportes informáticos. Sobre la citada polémica en torno al concepto de documento cfr., por todos, GARCÍA CANTIZANO, *Falsedades documentales*, 1994, 135 ss.

producido, por tanto, una importante despenalización, compensada por la creación de tipos especiales de falsedad documental, entre otros, en el ámbito societario.

En concreto, el artículo 290 NCP castiga expresamente a «los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearan las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero» con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. «Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior» (29) (30). Dado que el precepto se refiere sólo al ámbito societario, han de considerarse impunes posibles falsedades ideológicas fuera del mismo, esto es, en el ámbito de la administración de patrimonios no societarios, lo que creo que puede dar lugar a lagunas de punición, máxime si se tiene en cuenta que el NCP no prevé un tipo genérico de administración desleal.

(29) Acerca de este delito cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 55 ss.; JIMÉNEZ VILLAREJO, «Los delitos societarios y contra los consumidores», *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 22 s.; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995*, 1996, 145 s.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, «Los delitos societarios», en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 367 ss.; «Los delitos societarios en Código Penal», *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 50 ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, «Los nuevos delitos pseudosocietarios», *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 88 ss.; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1412 ss.

(30) Todos los Anteproyectos y Proyectos de CP han contemplado un tipo de falseamiento de balances o de información social. El Proyecto 1980 tipificaba, junto a la falsificación de balances (art. 364), otra serie de supuestos que llevan aparejada una falsedad documental, como la sociedad de fachada (art. 363) y la publicación de datos falsos relativos a la situación de la sociedad o de sus administradores, con el fin de captar nuevas aportaciones de capital, conseguir créditos o consolidar los ya existentes (art. 365). El Anteproyecto de 1983 suprimía la tipificación de la sociedad de fachada y refundía en el artículo 294 la falsificación de balances (núm. 1) y la publicación de datos falsos (núm. 2). En el Anteproyecto y Proyecto de 1992, se habla ya no sólo del falseamiento del balance, sino de «las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad» y se exige el elemento subjetivo «para causar un perjuicio» (art. 293 del Anteproyecto y art. 299 del Proyecto) y, junto a este tipo, se prevé otro que castiga la publicación de datos falsos relativos a la situación de una compañía mercantil o aparentar tener en ella una participación distinta de la real (art. 294 del Anteproyecto y art. 300 del Proyecto). Ya en el Proyecto de 1994 se suprime el tipo genérico de publicación de datos falsos, tipificándose en el artículo 292 tan sólo el falseamiento de «las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad», siempre que sea «para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios o a un tercero». La regulación definitiva del artículo 290 CP 1995 mantiene básicamente esta redacción, pero sustituyendo el elemento subjetivo «para causar un perjuicio económico», por la exigencia de idoneidad (objetiva, con independencia del ánimo del sujeto) para causar el perjuicio.

La conducta típica consiste en una falsificación (mentir o alterar con cualquier maniobra, activa u omisiva los documentos, de forma que no reflejen la verdadera situación jurídica o económica de la sociedad a que se refieren), pero se protegen también los intereses económicos de la sociedad, los socios o terceros, ya que el tipo básico es un delito de peligro abstracto de aptitud respecto del patrimonio de estos sujetos (se exige la idoneidad para causar perjuicio económico) (31). Y junto al tipo básico, en el párrafo segundo se crea una cualificación para el caso de que se llegue a causar el perjuicio económico (32).

Prescindiré en el análisis de este delito de ciertas cuestiones de indudable interés –como la referencia al sujeto activo: administrador de hecho o de derecho de una sociedad constituida o en formación y al concepto de sociedad, de lo que me ocuparé más adelante, al analizar el delito de administración desleal del artículo 295 (33)–, para centrarme en la problemática del objeto de protección y las cuestiones concursales que plantea su tipificación.

El nuevo artículo 290 no es una mera modalidad de falsedad en documento mercantil en el ámbito societario (34), sino que el objeto de protección específico de este delito es la transparencia y veracidad de la información social (35), lo que –como anteriormente señalábamos–, tiene

(31) La supresión del elemento subjetivo «para causar un perjuicio económico», que figuraba en el artículo 292 del Proyecto de 1994, y la introducción de la fórmula finalmente aprobada fue objeto de una fuerte discusión tanto en la Comisión como en el Pleno del Congreso, y se produjo finalmente en el Senado, por iniciativa del Grupo Parlamentario Socialista. Cfr. al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 59 ss. y núm. 67.

(32) Una solución similar –creación de un tipo único de falsedades específicamente societarias configurado como un delito de peligro y posibles agravaciones del tipo básico, en caso de producirse efectivamente el perjuicio patrimonial– había sido propuesta por TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 80 s. Sin embargo, TERRADILLOS parece hacer referencia a un delito de peligro abstracto genérico, no de aptitud, pues afirma que «el dolo se limitará a los elementos del tipo»... «sin que tenga que abarcar, ni siquiera eventualmente la materialización del daño patrimonial». Al aparecer configurado como un delito de aptitud, en que la exigencia de idoneidad es elemento del tipo, el dolo deberá abarcar también el conocimiento de la concreta potencialidad lesiva de la conducta, su idoneidad para causar el perjuicio. Acerca del dolo en los delitos de peligro abstracto, con especial consideración de estos delitos de aptitud, cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, 310 ss.

(33) Cfr. *infra* IV a).

(34) Así también DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1418 s.

(35) Cfr., en el mismo sentido, MATA Y MARTÍN, *RdS* 5 (1995), 172: «Nos encontramos ante la incriminación de una conducta que pretende garantizar el correcto desenvolvimiento de la actividad social»; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 55: «Se trata de una norma destinada a tutelar la veracidad e integridad de la información suministrada por la sociedad y, con ello, el derecho de información de los socios y de las personas ineteresadas en la vida social»; JIMÉNEZ VILLAREJO, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 22: «La norma persigue

una importancia esencial para garantizar una gestión adecuada de la sociedad y es un instrumento fundamental de control, tanto para acreedores y terceros, como fundamentalmente para los socios. No se castiga, por tanto, cualquier falsedad material o ideológica en el ámbito societario, cualquier irregularidad o inexactitud, sino el falseamiento de la información societaria, que debe reflejar la situación jurídica y económica de la entidad, en la medida en que ello es relevante para la protección de los intereses económicos de la sociedad, los socios o terceros (sujetos mencionados expresamente como sujetos pasivos) (36). Y esta idea debe presidir la interpretación del precepto, a la hora de decidir qué conductas son punibles y cuáles no (37).

Esta delimitación del objeto de tutela del precepto es decisiva en cuanto a la precisión del objeto material y del ámbito de aplicación del mismo. ¿Qué tipo de falsificaciones encajan aquí? ¿Todas las que anteriormente se castigaban como falsedad en documento mercantil, siempre que se cometan en el ámbito societario, entre otras, la elaboración de facturas falsas o facturas o letras sin causa? ¿Cómo ha de interpretarse la expresión «documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad»: como referida a la situación global o también parcial, es decir, a cualquier tipo de documento contable? Por coherencia sistemática con el otro término de la comparación («cuentas anuales»), creo que se impo-

garantizar el derecho a una correcta información de los socios, acreedores o terceros, que debe reflejarse en documentos claros y exactos, derecho que se corresponde con el deber de los empresarios de llevar una contabilidad ordenada y fiel»; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 368 s.; *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 52; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1414 s., sostiene que el bien jurídico protegido por el precepto es «el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la entidad», junto con los intereses patrimoniales de esos mismos sujetos, configurándose —por tanto— como un delito pluriofensivo.

(36) Cfr., TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 70: «La tutela de la veracidad de la información constituye el núcleo capital del Derecho Penal societario, pero la correcta comprensión de su naturaleza requiere partir del dato de la potencialidad lesiva de las informaciones incorrectas. Desde una perspectiva instrumental, la tutela legal de la información es tutela de los intereses patrimoniales de los destinatarios de aquélla».

(37) Cfr., en el mismo sentido, MATA Y MARTÍN, *RdS* 5 (1995), 172: «no cualquier inexactitud o irregularidad en la documentación integra el comportamiento típico... Sólo las conductas relevantes para el fin perseguido de transparencia e información sobre la marcha de la entidad, así como las que resultan idóneas para conseguir el mismo fin, pueden estimarse alcanzadas en el sentido del tipo»; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 63; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 369; *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 52; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1418 ss.

ne una interpretación restrictiva, limitando la protección sólo a aquellos documentos que —como el balance o los demás documentos integrantes de las cuentas anuales— reflejen la situación económica —o jurídica— global de la sociedad. Una conclusión que se ve avalada por la interpretación valorativa y teleológica, a la vista del bien jurídico que trata de protegerse. Por tanto, serán ahora atípicos otros falseamientos contables (en documentos que no reflejen la «situación económica o jurídica» de la sociedad con carácter global o general) llevados a cabo por administradores de sociedades consistentes en falsedades ideológicas distintas de la suposición ficticia de intervención de personas o de atribuirles manifestaciones distintas de las reales (por ejemplo, el libramiento de facturas sin causa por servicios no prestados, que encubren realmente donaciones a partidos políticos) (38).

Entre los documentos referidos a la «situación económica» podrían encajar —junto a la falsificación del balance y demás documentos integrantes de las cuentas anuales (39)—, el informe de gestión que debe acompañarlas (40), el balance de fusión (art. 239 LSA) o el balance final en caso de disolución de la sociedad (art. 274 LSA) y todo tipo de documentos, comunicaciones o informes sociales —tanto las de carácter oficial y de naturaleza interna, dirigidas a los socios para darles noticia de la marcha de la sociedad, como las de carácter externo dirigidas a futuros socios o acreedores—, siempre que sean relevantes para reflejar la situación económica de la entidad e idóneas para producir un perjuicio económico a sus destinatarios. Creo que encajarían aquí, por tanto, las conductas que mencionaban el Proyecto de 1980 en su artículo 365 y el Anteproyecto de 1983 en su artículo 294.2: publicar datos falsos sobre la situación real de la sociedad o sus administradores para revalorizar o depreciar acciones, captar nuevas aportaciones de capital, conseguir o consolidar créditos..., aunque no se realicen estrictamente en documentos contables. García de Enterría (41) cita, a título meramente ejemplificativo, los informes que han de elaborar los administradores para la adopción de ciertos acuerdos sociales (como la modificación de estatutos o los de aumento de capital

(38) De la misma opinión, respecto de las llamadas «facturas falsas», CÓRDOBA, «Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima», *LL*, núm. 4043, 1996, 3.

(39) Recordemos que el artículo 172,1 LSA establece que las cuentas anuales comprenden el Balance, la Cuenta de pérdidas y ganancias y la Memoria. A los efectos que aquí interesan ha de entenderse que el CP se refiere a la formulación de los proyectos de cuentas que han de realizar los administradores, para ser auditadas y presentadas a la aprobación de la Junta general. En el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1421.

Acerca del proceso de formulación de las cuentas anuales, cfr., por todos, VICENT CHULIA, *Compendio*, I/2.º, 3ª, 1991, 690 ss.

(40) Y que, recordemos, conforme al artículo 202 LSA, «habrá de contener una exposición fiel sobre la evolución de los negocios y la situación de la sociedad».

(41) *Los delitos societarios*, 1996, 57.

con exclusión del derecho de suscripción), el proyecto de fusión o de escisión, el folleto informativo que ha de acompañar a cualquier emisión de valores o a las ofertas públicas de adquisición, los documentos que han de presentarse para la admisión de valores a negociación en cualquier mercado secundario de valores, las informaciones que periódicamente han de hacer públicas las sociedades cotizadas... (42).

Ahora bien, el artículo 290 hace mención también a documentos que reflejen la «situación jurídica» de la sociedad, con lo que se da aún mayor amplitud al precepto, protegiéndose la veracidad de la información social de contenido no estrictamente económico, desde el proceso constituyente a la liquidación y a lo largo de toda la vida social. Encajarían aquí, pues, las falsificaciones de todos aquellos documentos susceptibles de inscripción en el Registro mercantil que contengan información relevante sobre la situación jurídica de la entidad y sean idóneos para causar perjuicio [lo que permitiría castigar, por ejemplo, la creación de «sociedades ficticias» o «de fachada», en la medida en que se llevan a cabo falseando los datos reales de la sociedad (43)]. Especial trascendencia pueden tener las falsificaciones que vician el proceso constituyente (falseamiento de datos sobre aportaciones o aportantes, para captar entregas de capital que de otro modo no se habrían producido; incumplimiento de las específicas obligaciones de publicidad...) (44).

Por último, quisiera poner de relieve los problemas de delimitación que puede plantear este delito –al tutelar también intereses económicos– con el de estafa, cuando el engaño propio de aquélla se concreta a través de una falsedad documental (por ejemplo, si a consecuencia de la información falsa se consigue revalorizar o depreciar acciones o captar aportaciones de capital para la sociedad o inducir a otra sociedad a cualquier tipo de relación comercial, causando un perjuicio económico). Estos problemas pueden plantearse tanto entre el tipo básico del párrafo primero y la tentativa de estafa, como entre la cualificación del párrafo segundo y la estafa consumada.

En el primer supuesto creo que la solución pasa por aplicar el concurso de leyes (art. 8 NCP) a favor del artículo 290, que consume el desvalor de la tentativa de estafa. Pero la cuestión es mucho más discutible en el segundo supuesto, donde –pese a que algunos autores optan también

(42) Cfr. también, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, I, 1995, 255 y núm. 609, con una amplísima enumeración de documentos mencionados en la LSA que, a lo largo de las diversas fases de la vida social, deben ser elaborados por los fundadores, promotores, administradores o liquidadores, y que serían objeto de protección del delito de falsas informaciones sociales.

(43) Así lo pone de relieve DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1423.

(44) Cfr. TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 72 ss.

por la aplicación exclusiva del art. 290 como ley preferente (45)— creo que esta solución es muy discutible. Aplicar en estos casos exclusivamente el artículo 290 supondría un inaceptable y absurdo privilegio de aquellas estafas cometidas en el ámbito societario a través de falsificación de documentos contables o de comunicaciones sociales, hechos con un desvalor mayor que las otras estafas (con múltiples posibles perjudicados e intereses supraindividuales del orden socio-económico en juego). Ello resulta evidente si comparamos los marcos penales de estos delitos: la estafa, sin concurrir ninguna circunstancia agravatoria del artículo 250, tiene una pena de prisión de seis meses a cuatro años (art. 249), pero puede llegar a tener penas de cuatro a ocho años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses (art. 250, 2.º: si reviste especial gravedad atendiendo al valor de la defraudación... y se comete con abuso de las relaciones personales existentes entre la víctima y el defraudador o aprovechando éste su credibilidad profesional o personal). Frente a esto, con el artículo 290, párrafo segundo, la pena sólo puede llegar hasta tres años de prisión y multa de un máximo de doce meses. Parece, pues, claro que este precepto ni consume o absorbe el desvalor de la estafa consumada, ni puede considerarse ley especial frente a la misma (pues la voluntad de la ley no puede ser crear un privilegio en estos casos de mayor contenido de injusto) ni tampoco puede hablarse de relación de subsidiariedad entre ambos preceptos y, si la hubiera, en todo caso sería inversa a la que se propone, es decir, nos llevaría a afirmar que el artículo 290, 2, es subsidiario respecto de la estafa, que sólo se aplica a hechos no constitutivos de estafa y que, de darse los presupuestos de ésta, la estafa se convierte en ley preferente. La aplicación de la regla de subsidiariedad a favor de la estafa —o, en su defecto, de la regla de la alternatividad— es la única solución aceptable si se opta por el concurso de leyes (46).

b) *Delitos patrimoniales:*

b.1 Entre los delitos patrimoniales, el delito de estafa protege el patrimonio frente a conductas fraudulentas o defraudatorias, por lo que parecería en principio apto para castigar la administración desleal. Y así era en buena medida hasta la reforma de 1983, por la amplitud con que estaba redactado el tipo («defraudare o perjudicare a otro usando de cual-

(45) Así, RODRÍGUEZ RAMOS, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1996, 89 (con una referencia genérica al artículo 8 NCP); DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentario al CP 1995*, 1996, 1420 (quien afirma que el art. 290 es ley especial frente al delito de estafa).

(46) Otra posibilidad sería acudir al concurso de delitos entre el artículo 290 y la estafa, pero esta solución es probablemente inaceptable, por violar el principio *non bis in idem*.

quier engaño») (47) (48). Sin embargo, la mecánica comisiva de este delito tras la reforma de 1983 (tanto en el antiguo 528 como en la nueva figura de estafa del art. 248, prácticamente idéntica a la anterior, salvo por la previsión expresa de la estafa a través de manipulaciones informáticas en el párrafo segundo), con la exigencia de un engaño inicial por parte del sujeto activo —elemento esencial que preside todo el tipo (49)—, determinante del acto de disposición que realiza el engañado, que da lugar al perjuicio patrimonial, limita mucho su ámbito de aplicación. Esas maniobras engañosas son llevadas a cabo por el autor para producir un error en otro, que puede ser el perjudicado o un tercero, pero nunca el propio autor (que no puede engañarse a sí mismo). Y es este otro (el engañado) quien, a consecuencia del error que sufre y determinado por él, realiza el acto de disposición patrimonial causante del perjuicio (propio o de un tercero). Todo ello presidido por el ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto que mueve al sujeto activo (50).

(47) La antigua regulación del delito de estafa era enormemente casuística y profusa. El tipo básico se regulaba también en el artículo 528 CP, que castigaba a quien «defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio». En el artículo 529 se enumeraba una amplia gama de supuestos concretos de defraudación (plateros y joyeros que alteran la calidad, ley o peso de los objetos; traficantes que usan pesos o medidas falsos; abuso de firma en blanco; estafa procesal...), enumeración que puede considerarse ejemplificativa, porque el número primero castigaba a quien «defraudare a otro usando nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, saldo en cuenta corriente, comisión, empresa o negociaciones imaginarias, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes». Y además en el artículo 533 se creaba un tipo residual, que castigaba a quien «defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño, que no se halle expresado en los artículos anteriores de esta sección».

Acerca de la regulación anterior a la reforma, cfr., por todos, QUINTANO, *Tratado PE*, II, 2.^a, 1977, 584 ss.

(48) En este sentido también, BACIGALUPO, Madrid, 1994, Symposium, 203; *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 387 s., y STS de 2 de abril de 1993 (A 3016), que afirma ante un caso de administración fraudulenta o desleal que con la anterior regulación de la estafa el hecho hubiera podido ser subsumido en este delito.

(49) La STS de 2 de abril de 1993 (A 3016) afirma que es «*la ratio essendi*, núcleo y alma del tipo», que se traduce en «el ardid, maquinación, simulación, falacia o artificios incorporados». En la misma línea, VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1215: «El engaño es el primero y, sin duda, el más significativo de los elementos definitorios de la estafa».

(50) Cfr. acerca de los elementos y la mecánica comisiva del tipo de estafa, por todos, en la doctrina VALLE MUÑOZ, *El delito de estafa*, 1987, 141 ss.; BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.^a, 1993, 270 ss.; VIVES, en VIVES y otros: *DP PE*, 1993, 910 ss.; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.^a, 1995, 296 ss.; VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1213 ss.

Cfr., asimismo, por hacer referencia tan sólo a la jurisprudencia posterior a la reforma de 1983, SSTS de 6 de abril de 1984 (A 2323); 25 de marzo de 1985 (A 2028); 5 de junio de 1985 (A 2968); 12 de noviembre de 1986 (A 7911); 26 de abril de 1988 (A 2923); 6 de febrero de 1989 (A 1479); 24 de noviembre de 1989 (A 8722); 5 de marzo

La exigencia de engaño inicial y la dualidad de personalidades entre el autor y quien realiza el acto de disposición, que pudiera parecer una obviedad por desprenderse inequívocamente del tenor literal del artículo 528 CP y del artículo 248 NCP 1995 (51), debe ser destacada, pues constituye el principal obstáculo (si ha de respetarse el principio de legalidad) para apreciar delito de estafa en muchos casos de administración desleal: en todos aquellos en que quien realiza el acto de disposición es el propio administrador, en el ámbito de las facultades que tiene otorgadas, actuando en nombre de su representado (persona física o jurídica cuyos intereses patrimoniales gestiona). Pues aunque éste (el representado) fuera víctima de un engaño, lo cierto es que no es él quien realiza el acto de disposición, sino el administrador en su nombre y éste no puede engañarse a sí mismo. Se rompería, por tanto, el nexo causal engaño-error-acto de disposición, que es esencial en la tipicidad del delito de estafa (52).

de 1990 (A 2395); 29 de marzo de 1990 (A 2644); 11 de octubre de 1990 (A 7997); 31 de enero de 1991 (A 511); 24 de marzo de 1992 (A 2435); 12 de marzo de 1993 (A 2156); 2 de abril de 1993 (A 3016); 18 de octubre de 1993 (A 7788); 26 de mayo de 1994 (A 4053); 7 de julio de 1994 (A 6256); 19 de diciembre de 1994 (A 10595); 27 de diciembre de 1994 (A 10317); 19 de junio de 1995 (A 5315).

(51) Creo que el tenor literal del artículo 248 NCP 1995 –idéntico al del art. 528 CP 1944– es clarísimo: «producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición». El engañado (quien sufre el error) ha de ser quien realiza el acto de disposición patrimonial y alguien distinto de quien provoca el error. En el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, en CARMONA y otros: *DP PE*, II, «Delitos contra la propiedad», 1992, 213: «Engañado y disponente han de ser la misma persona».

(52) En un sentido similar al del texto, aunque sin diferenciar supuestos, se manifiestan RODRÍGUEZ MOURULLO, *Crisis bancarias*, 1988, 289: «la estafa... resulta inaplicable en nuestros casos porque quienes realizan el acto de disposición, del que va a derivar el perjuicio para la entidad, son los administradores desleales que obran con plena conciencia de lo que hacen y sin haber sido inducidos a error por otros»; BACIGALUPO, *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 387 (Madrid, 1994, Symposium, 202 ss.): «no hay engaño en los términos de la estafa o,...., en todo caso, el que engaña, en el sentido de desleal, es el mismo que realiza la disposición patrimonial», y recientemente la importante STS de 31 de enero de 1991 (A 511): en los supuestos de administración fraudulenta, «el quebrantamiento de la relación de confianza entre el comitente y el apoderado... no reúne los elementos del engaño». «Falta el requisito esencial del engaño, porque no lo hay en los términos de la estafa o porque, en todo caso, el que engaña, en el sentido de desleal, es el que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración, lo que excluiría la tipicidad del artículo 528 del Código Penal»; STS de 2 de abril de 1993 (A 3016): «... la estafa... requiere necesariamente, *sine qua non*, la existencia en la dinámica originadora del delito de dos personas contrapuestas, el sujeto activo y el pasivo, el primero productor de un engaño dirigido a causar en el segundo un error, que viciando su voluntad, le sitúe en disposición propicia o facilitadora de llevar a cabo un desplazamiento patrimonial en favor del agente, con el consiguiente y causal perjuicio propio o de tercero», y en los casos de «administración fraudulenta o desleal» no existe engaño «sino quebrantamiento de la relación de confianza entre comitente o mandante y el apoderado o mandatario, infidelidades que no reúnen los elementos del engaño y, por tanto, no son encuadrables en el tipo de estafa». Y la razón por la que no hay engaño en el sentido requerido por el delito de

b.2. Por lo que se refiere al delito de apropiación indebida (art. 535 antiguo; art. 252 NCP) (53), éste es a nivel conceptual el tipo más próximo al de gestión desleal y al que se vienen remitiendo con más frecuencia doctrina y jurisprudencia (54).

A diferencia de la estafa, aquí no se exige un engaño inicial que condicione toda la mecánica comisiva, sino que se parte de la existencia de una relación previa entre el autor y un objeto patrimonial, de una entrega o puesta a disposición de los bienes en virtud de un título, de forma jurí-

estafa es que «en todo caso el que engaña» es el mismo que «realiza el desplazamiento patrimonial, no por haber sido viciada su voluntad por el engaño... sino dentro de sus facultades de administración» y respecto de una realidad que «conocía perfectamente y a la que había dado su aquiescencia».

(53) El tenor literal del artículo 535 del CP 1944, por lo que se refiere al tipo básico, era el siguiente: «Serán castigados con las penas señaladas en el artículo 528, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble que hubieren recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlos recibido».

Prácticamente idéntico es el tenor del artículo 252 NCP 1995, salvo por la expresa referencia a los «valores» y a cualquier otro «activo patrimonial» como objeto de apropiación: «Serán castigados con las penas del artículo 249 ó 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas».

(54) Así, HEREDERO, *Delitos financieros*, 1969, 34; GÓMEZ BENÍTEZ, *ADPCP*, 1980, 478; BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.^a, 1993, 405: «la apropiación indebida debe absorber los comportamientos de administración desleal del patrimonio ajeno»; VIVES, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 962: «el delito de apropiación indebida es la única forma de castigo, en nuestro Derecho, de los casos de administración desleal del patrimonio ajeno»; MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 313; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 533 ss.; VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1251 ss.

En la jurisprudencia destaca la significativa y tantas veces citada STS de 23 de junio de 1973 (A 2896) que, tras afirmar la necesidad de que los «delitos financieros de resultado material» encajen en los tipos penales comunes, se remite al delito de apropiación indebida, afirmando que en él la inicial «posesión legítima» se convierte en «propiedad ilegítima» con «abuso de confianza y rotura de la lealtad debida». Y más recientemente la STS de 2 de abril de 1993 (A 3016), en un claro supuesto de administración desleal, tras negar el delito de estafa, deja abierta la puerta al delito de apropiación indebida, aunque sin pronunciarse sobre él, por no haber sido objeto de acusación. A menudo la jurisprudencia emplea los conceptos de «abuso de confianza» o «quebrantamiento de la lealtad debida» como elementos característicos del delito de apropiación indebida. Así, entre otras, SSTS de 16 de octubre de 1991 (A 7287); 8 de mayo de 1992 (A 3766); 16 de junio de 1992 (A 5386); 13 de junio de 1994 (A 6007); 18 de febrero de 1995 (A 1196); 11 de octubre de 1995 (A 7226); 16 de octubre de 1995 (A 7684).

dicamente válida, y sin engaño (55), lo que suprime el principal obstáculo que se nos presentaba a la hora de encajar los casos de administración desleal en el delito de estafa. Con posterioridad a esa recepción inicial lícita, el autor dispone de la cosa como propia, incumpliendo de modo definitivo la obligación de entregarla o devolverla, implícita en el título en virtud del cuál la recibió (56). Una mecánica comisiva paralela a la que se

(55) La Jurisprudencia suele hacer referencia también a la inexistencia de engaño, como elemento diferenciador de la apropiación indebida frente a la estafa. Cfr., entre otras, STS de 9 de mayo de 1989 (A 8404): «El engaño es elemento necesario en la estafa, pero no configura el tipo en la apropiación indebida, sino que basta la distracción para fines propios de los bienes recibidos lícitamente»; STS de 16 de abril de 1993 (A 3278); Auto de 1 de junio de 1994 (A 6002); SSTS de 7 de julio de 1994 (A 3537); 8 de septiembre de 1994 (A 7202): «La diferencia esencial es que en la estafa se da una puesta en escena determinante del desplazamiento patrimonial y en la apropiación indebida la intención lucrativa surge después de tener el sujeto activo del delito en su poder la cosa que, en su momento, entregó sin engaño la otra parte»; 13 de marzo de 1995 (A 1840).

(56) Acerca de los elementos del delito de apropiación indebida cfr., por todos, SAINZ PARDO, *El delito de apropiación indebida*, 1978, 70 ss.; BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.ª, 1993, 417 ss.; VIVES, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 962 ss.; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 127 ss.; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.ª, 1995, 317 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Voz apropiación indebida», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, I, 1995, 516 ss.; VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP* 1995, 1996, 1252 ss.

La Jurisprudencia suele diferenciar dos fases en la mecánica comisiva del delito de apropiación indebida: un primer momento de posesión inicial legítima de la cosa por parte del sujeto activo, recibida en virtud de un título, que no transmite la propiedad de la misma y del que deriva la obligación de devolverla, y un segundo momento en que aquélla es transformada en propiedad ilegítima, con abuso de confianza y traición de la lealtad debida. Cfr., entre otras, SSTS de 23 de junio de 1973 (A 2896): «el delito de apropiación indebida del artículo 535 dispensa pública protección al derecho de propiedad contra el injusto enriquecimiento que a costa ajena se logra por la persona a quien aquél hubiera transferido dinero o cosa mueble en depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, pues después de obtenerlo con ciertas facultades de disposición autónoma, por uno de dichos títulos de posesión legítima, produce la ilegítima retención o adueñamiento, por acto de autoridad propia prohibida con incorporación a su patrimonio, *abuso de confianza y rotura de la lealtad debida*» —el subrayado es mío—, «así como con ánimo de lucro defraudatorio y correlativo perjuicio, cambiándose, en definitiva, la posesión legítima que se tenía en propiedad ilegítima, que no puede consentirse, porque consiste en un acto de despojo injusto»; 27 de junio de 1975 (A 3027); 14 de enero de 1976 (A 87); 4 de julio de 1980 (A 3125); 3 de marzo de 1981 (A 1040); 20 de enero de 1984 (A 367); 25 de junio de 1985 (A 3058); 24 de septiembre de 1986 (A 4831); 24 de marzo de 1987 (A 2208); 9 de mayo de 1989 (A 8404); 12 de noviembre de 1990 (A 8879); 7 de febrero de 1991 (A 899); 16 de octubre de 1991 (A 7287); 10 de febrero de 1992 (A 1087); 8 de mayo de 1992 (A 3766); 16 de junio de 1992 (A 5386); 26 de octubre de 1992 (A 8521); 16 de abril de 1993 (A 3278); 2 de noviembre de 1993 (A 8267); Auto 1 de junio de 1994 (A 6002); STS 13 de junio de 1994 (A 6007): «El delito de apropiación se caracteriza básicamente por la transformación realizada unilateralmente por el agente del título lícito en virtud del cual ha recibido dine-

observa en todos los supuestos de administración desleal y que permitiría castigar, por ejemplo, al administrador de fincas que se apodera del dinero de una comunidad de propietarios, que le había sido entregado para la realización de obras en el edificio; al director de una sucursal bancaria que, para captar clientes, les ofrece créditos en condiciones más beneficiosas que las establecidas oficialmente por la entidad y consigue depósitos con intereses superiores a los que aquella daba habitualmente, con el consiguiente perjuicio para el banco (57), ya que está disponiendo de los fondos de la entidad como si fueran propios, realizando actos inequívocamente dominicales, aunque no sea en su propio beneficio; o al presidente del consejo de administración de una entidad bancaria que ordena la retirada de fondos de la caja del banco para entregárselos a una tercera persona, sin justificante alguno y con la garantía verbal de que él respondería personalmente de esa cantidad (58), y sin que los mismos fueran restituidos, o que ordena el pago de facturas sin causa a empresas, «sin que respondan los conceptos que se facturaron a la realidad» (59); o al administrador de una sociedad que vende a muy bajo precio un inmueble perte-

ro, efectos o cosas muebles, en una titularidad ilegítima sobre esas cosas rompiendo dolosamente el *fundamento de confianza* —el subrayado es mío— que determinó que le fueran voluntariamente entregadas»; 8 de septiembre de 1994 (A 7202); 15 de noviembre de 1994 (A 9012); 18 de febrero de 1995 (A 1196): «apropiación de cosas que se han recibido en confianza y con la finalidad de ser entregadas o devueltas»; 11 de octubre de 1995 (A 7226): «La apropiación indebida se caracteriza por la transformación que el sujeto activo hace en tanto convierte el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió el dinero, efectos o cosas muebles, en una titularidad ilegítima cuando rompe dolosamente el fundamento de confianza que determinó que aquellos le fueran entregados. De ahí que cronológicamente existan dos momentos distintos en el desarrollo del *iter criminis*, uno, inicial, consistente en la recepción válida, otro subsiguiente que consiste en la indebida apropiación con perjuicio a otro si con ánimo de lucro se origina tal apoderamiento o la distracción de lo que se tenía en posesión»; 16 de octubre de 1995 (A 7684): «La figura de apropiación indebida... se trata de un delito de resultado y enriquecimiento torticero, cuyo dolo específico va ínsito con la acción al quebrantar la lealtad debida, concurra o no abuso de confianza, en cuanto sin causa legítima se transmuta y cambia la tenencia en bien propio, con perjuicio directo de su dueño, cuyo derecho es bien jurídico penalmente protegido».

(57) Supuesto de hecho de la STS de 16 de junio de 1992 (A 5386).

(58) Hecho cuarto del Auto de prisión dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional contra Mario Conde, presidente del consejo de administración de Banesto, de fecha 23 de diciembre de 1994. Hecho Cuarto a) del Auto de apertura de juicio oral del «Caso Banesto», de fecha 28 de mayo de 1996.

La situación sería diferente si la misma operación se hubiera realizado a través de un contrato de préstamo al presidente del consejo de administración, en cuyo caso sería mucho más difícil su consideración como apropiación indebida, pues el préstamo es considerado título no apto, al transmitir la propiedad.

(59) Hecho quinto del Auto de prisión dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional contra Mario Conde, presidente del consejo de administración de Banesto, de fecha 23 de diciembre de 1994.

neciente a ésta, con perjuicio de la misma y beneficio propio o de tercero (60). Pues en todos estos casos se está disponiendo de fondos ajenos, cuya gestión se tiene encomendada, más allá de la esfera de competencias y facultades propias, de una forma que inequívocamente implica actos de apropiación, con perjuicio del titular de dichos fondos. Y es irrelevante que haya o no beneficio personal, siempre que se produzca un perjuicio patrimonial (61). Pero hay que tener presente que el requisito de que la actuación se realice «en perjuicio» es insoslayable, por lo que de no producirse éste, sino un beneficio para la sociedad, no podría hablarse de apropiación indebida (62).

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que este delito exige el apoderamiento de la cosa mueble ajena o de activos patrimoniales que se tienen confiados, con incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Esto es, el autor en el delito de apropiación indebida obra siempre fuera del ámbito de sus competencias de disposición, incumpliendo una obligación inherente al título en virtud del cual recibe la cosa o el acti-

(60) Ejemplo propuesto por CÓRDOBA, *LL* núm. 4043, 1996, 3. Según este autor, con la anterior regulación hubiera sido difícil castigar esta conducta como apropiación indebida, ya que el objeto material del delito se limitaba a los bienes muebles. Pero la ampliación del mismo a los «activos patrimoniales» en el artículo 252 NCP permite incluir los bienes inmuebles como objeto de apropiación indebida y castigar así supuestos como el señalado.

(61) En contra de un importante sector doctrinal, entiendo con BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.^a, 1993, 430, que la exigencia de un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, configurado como ánimo de lucro, *animus rem sibi habiendi*, ánimo de apropiación o ánimo de defraudación, carece de sentido. Exigir ánimo de lucro como ánimo de obtener una ventaja patrimonial para el sujeto activo, supone realizar una inadmisibles interpretación contra *legem*, pues ni el artículo 535 del CP 1944 y ni el artículo 252 NCP 1995, a diferencia de lo que ocurre en la estafa, exigen expresamente ese requisito, ni creo que el mismo pueda derivarse de la expresión «en perjuicio» —que, por lo demás, ha de ser interpretada, en mi opinión, en sentido objetivo, por coherencia sistemática con la estafa—, pues el perjuicio del sujeto pasivo puede suponer una ventaja patrimonial para el autor o para un tercero. Una argumentación paralela podría hacerse en cuanto al ánimo de defraudar. La exigencia de *animus rem sibi habiendi* va implícita en el dolo propio del delito, que requiere conocimiento y voluntad de disponer de la cosa en concepto de dueño. Cfr., RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Apropiación indebida», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, I, 1995, 517.

Pero incluso si ese ánimo se exigiera, sería compatible con «cualquiera que fuere después el destino que se quiera dar a los efectos o la utilidad que se pretenda obtener» (STS de 16 de junio de 1992, A 5386).

(62) Estoy pensando, por ejemplo, en los supuestos de pago de facturas falsas o sin causa que ocultan en realidad donaciones a partidos políticos o a instituciones, gracias a las cuales la sociedad obtiene la adjudicación de obras o contratos de servicios, que le reportan beneficios económicos. Todo ello, por supuesto, a salvo de la eventual responsabilidad por cohecho u otros delitos contra la Administración pública que de dichas actuaciones pudiera derivarse.

Ciertamente, esto depende de cómo se interprete la exigencia de perjuicio patrimonial, cuestión que dista mucho de estar clara.

vo patrimonial, que es la de entregarlo o devolverlo (63). Esta limitación del objeto de la acción y la exigencia de apropiación excluye su aplicación en todos aquellos casos en que la deslealtad en la administración no implica el apoderamiento definitivo y la actuación del administrador no se sale de su ámbito de competencias, sino que se abusa de ellas o se ejercen deslealmente (64). Por ejemplo, suscribiendo contratos de suministro o servicios con una contraprestación excesivamente alta, a cambio de comisiones que se reciben de las empresas concesionarias, o en los supuestos de usos temporales ilícitos, indebidos o no autorizados de sumas de dinero o en los negocios de riesgo... Tampoco resulta aplicable el delito de apropiación indebida en aquellos casos en que no hay título, sino una mera relación fáctica de confianza o en los supuestos de administración de hecho.

E incluso en algunos casos en que clarísimamente nos encontramos ante distracciones de fondos cuya administración estaba confiada a los gestores constitutivas de apropiación indebida, las operaciones de «ingeniería financiera» se han articulado tan hábilmente que presentan la apariencia de un incumplimiento de un negocio civil, de una deuda impagada por insuficiencia de medios para satisfacerla. Así lo pone de relieve Rodríguez Mourullo (65) en los casos –muy frecuentes en las crisis bancarias– en que los administradores obtienen préstamos o garantías de la sociedad que administran, para débitos propios o para sociedades controladas por ellos y que carecen de la debida solvencia, préstamos que se renuevan periódicamente, incrementados en la cuantía de los intereses devengados e impagados, por lo que al final el banco sólo tiene un apunte contable en el que figura la deuda constituida por el capital y los intereses acumulados, que nunca será satisfecha por carecer el prestatario de la debida solvencia. «En muchos de estos casos, por no decir en todos» –afirma Rodríguez Mourullo (66)– «estamos, sin duda, ante distracciones de fondos constitutivas de apropiación indebida, pero a veces se han instrumentalizado tan hábilmente que presentan la apariencia de un negocio civil y en la práctica cuesta desenmascarar que lo que se quiere presentar como una deuda siempre reconocida y que al final resulta impagada por carecer el deudor de medios para satisfacerla, es desde el principio pura y simplemente una apropiación indebida de los fondos cuya administración los gestores del Banco tenían confiada».

(63) STS de 30 de marzo de 1991 (A 2480): «El agente se conduce como dueño de la cosa y se atribuye respecto de ella un poder jurídico que no le pertenece».

(64) Así ya HEREDERO, *Delitos financieros*, 1969, 34; BACIGALUPO, Madrid, 1994, Symposium, 203; *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 387; MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 314 ss.

(65) ADPCP, 1984, 683. Asume sus palabras TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 45, pero añadiendo en la página siguiente que no son sólo problemas de prueba, sino que la apropiación indebida no es aplicable para sancionar «la conducta de los administradores que obtienen préstamos de la sociedad o consiguen de la misma la prestación de garantías para deudas propias».

(66) ADPCP, 1984, 683.

Además, muchas de esas operaciones se refieren a dinero y adquieren la forma jurídica de simple préstamo o mutuo, que según la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria no es un título apto para dar lugar al delito de apropiación indebida, pues mediante el préstamo de dinero se transfiere la propiedad del mismo (67), surgiendo un mero derecho de crédito para el prestamista, por lo que no cabría hablar de apropiación indebida de algo cuya propiedad se ostenta (68). En relación con este tema de la apropiación de dinero y el diferente tratamiento que recibe en virtud del título por el cual se hace la entrega del mismo, otros autores, aun estando de acuerdo en la consecuencia de que el préstamo o mutuo no es un título válido que fundamente el delito de apropiación indebida, afirman que el argumento de la transmisión de la propiedad no puede explicar por sí sólo el trato diferenciado respecto de otros contratos relativos a dinero, como la comisión, la administración o la sociedad, en los que sí se admite la apropiación indebida, pues la entrega de dinero, como cosa fungible por excelencia, transmite siempre la propiedad (69). Ese trato diferenciado se fundamentaría, más bien, en el criterio de la disponibilidad absoluta o relativa a un fin concreto con la que se recibe el dinero: en el préstamo o mutuo la disponibilidad sobre el dinero es absoluta, el prestatario recibe el dinero para su uso, pues ese es el fin del contrato, por lo que ningún comportamiento del prestatario podrá dar lugar al delito de apropiación indebida; por el contrario, en la comisión o en la sociedad, la disponibilidad está restringida al cumplimiento de los fines determinados en el contrato, por lo que el incumplimiento de los mismos puede interpretarse como una distracción de fondos, constitutiva de apropiación indebida (70).

(67) Artículo 1753 CC: «El que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad».

(68) Así, QUINTANO, *Tratado PE*, II, 2.^a, 1977, 919; SAINZ PARDO, *Apropiación indebida*, 1978, 108; VIVES, en VIVES y otros: *DP PE*, 1993, 966; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.^a, 1995, 316; RODRÍGUEZ DEVESA, *DP PE*, 18.^a, 1995, 409.

(69) Afirman esta transmisión de la propiedad del dinero, en la doctrina penal, entre otros, BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.^a, 1993, 286; MANJÓN CABEZA, *Nuevo enfoque de la apropiación indebida*, 1988, 222; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 207 ss.

En la doctrina civil española esta cuestión no ha sido tratada en profundidad. Cfr., por todos, BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, 1981, 237 ss., quien al analizar la naturaleza jurídica del dinero (caracterizándolo por su genericidad absoluta, ultrafungibilidad, consumibilidad y divisibilidad abstracta) sí afirma expresamente que quien recibe dinero con la obligación de devolverlo se convierte en propietario del mismo, citando el artículo 1753 CC (p. 238). Pero en general no se afirma con rotundidad que toda entrega de dinero equivalga a la transmisión de su propiedad, aunque sí es incuestionada su irreivindicabilidad frente al tenedor o poseedor.

(70) La idea es apuntada ya por QUINTANO, *Tratado PE*, II, 2.^a, 1977, 921 ss., al afirmar que la apropiación indebida requiere una «disponibilidad limitada lícita», que sirve de soporte a una «disponibilidad abusiva ilícita», aunque él parte de la base de que el único bien protegido es la propiedad. Pero su desarrollo se debe a MANJÓN

Esta interpretación está en conexión con la cuestión del bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida, que para estos autores no sería sólo la propiedad, como entienden doctrina y jurisprudencia mayoritarias (71), sino también el derecho de crédito en aquellos casos en que el objeto material de la acción sea dinero o cualquier otro bien fungible (72). Ha de tenerse en cuenta que el dinero es mencionado expresamente como posible objeto material del delito tanto en el artículo 252 NCP –al igual que en el antiguo art. 535 CP 1944– como en los supuestos especiales de apropiación indebida contemplados por el –hoy derogado– párrafo segundo del artículo 6.º la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre cantidades anticipadas a cuenta en la construcción de viviendas (73), por el artículo

CABEZA, *Apropiación indebida*, 1988, 118 s.; BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.ª, 1993, 429; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 234 ss., matizando que no basta cualquier incumplimiento contractual, sino que «el Derecho Penal sólo entrará en juego cuando los intereses de quien entrega el dinero se vean perjudicados de un modo tal que la función que ese dinero le presta no pueda ser desarrollada de un modo satisfactoriamente pleno». A favor, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Apropiación indebida», *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, I, 1995, 516.

La STS de 15 de noviembre de 1994 (A 9012) adopta también este criterio, afirmando que la «fórmula abierta» del artículo 535 CP «permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa mueble pasa a poder de quien antes no la tenía, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero u otra cosa fungible..., en cuyo caso esta transmisión se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (por esto se excluyen el mutuo y el depósito irregular, porque en éstos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe para que éste la emplee como estime oportuno) o bien sin tal transmisión de propiedad, esto es, por otra relación diferente, cuando se trate de las demás cosas muebles, las no fungibles, lo que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó».

(71) Cfr., QUINTANO, *Tratado PE*, II, 2.ª, 1977, 898; SAINZ PARDO, *Apropiación indebida*, 1977, 67 s.; ZUGALDIA, *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, 1988, 32 ss.; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.ª, 1995, 315 ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *DP PE*, 18.ª, 1995, 403.

(72) Aunque esta tesis había sido ya defendida por algunos otros autores –DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 93, núm. 251, señala como precursores a FERRER SAMA y SAINZ PARDO–, y por alguna Sentencia, como la STS de 21 de marzo de 1975 (A 1464), que afirma que la esencia de la apropiación indebida es «el incumplimiento del sujeto activo de su obligación jurídica de restituir, entregar o devolver y que es correlativo al derecho a la restitución, generalmente en el *tradens* y que le faculta para exigir del obligado la ejecución de la misma, derecho que es el bien *jurídicamente protegido* –el subrayado es mío–, y que se fundamenta en los títulos o relaciones jurídicas que justifican la tenencia», la han desarrollado fundamentalmente MANJÓN-CABEZA, *Apropiación indebida*, 1988, 217 ss.; BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE* II, 2.ª, 1993, 415 s.; VIVES, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 963 ss.; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación*, 1994, 92 ss.

(73) «La no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º de la presente ley, será constitutivo de falta o delito sancionados en los artículos 587.3.º y 535 del vigente Código Penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo». Este precepto es derogado expresamente por la disposición derogatoria del nuevo Código Penal de 1995.

59 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (74) y el artículo 12 de la Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre venta de bienes muebles a plazos (75).

Pues bien, si admitimos que la propiedad no es el único bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida y que, en los supuestos de entregas de dinero con disponibilidad limitada y orientada a un fin, el incumplimiento de la obligación de devolver derivada del título en virtud del cual se recibe constituye una apropiación indebida —lo que estimo correcto, aunque esta solución es rechazada radicalmente por la doctrina mayoritaria, por considerar que desvirtúa este delito, criminalizando meros incumplimientos civiles de obligaciones y aproximándose a la prisión por deudas (76)—, se amplía bastante el ámbito de aplicación del delito de apropiación indebida a los supuestos de administración desleal de intereses patrimoniales ajenos.

Pero incluso en esta hipótesis siguen quedando fuera todos aquellos supuestos de usos abusivos o desleales de los intereses patrimoniales ajenos que no supongan una apropiación definitiva, con incumplimiento definitivo de la obligación de devolver, pues lo que resulta inadmisibles es una interpretación tan amplia del delito de apropiación indebida, que nos lleve a afirmar que en todos los supuestos de administración o gestión de un patrimonio ajeno estamos ante un patrimonio de destino, adscrito a un fin (su buena gestión), convirtiendo cualquier desviación de ese fin en una distracción de fondos constitutiva de apropiación indebida, pues ello desvirtúa este tipo, transformándolo en un delito de gestión desleal, y es dudosamente compatible con el principio de legalidad (77). Las lagunas

(74) Que otorga al dueño de los efectos pignorados la consideración de depositario de los mismos a todos los efectos legales, por lo que la jurisprudencia afirma que el propietario y pignorante de la cosa comete apropiación indebida si dispone de la misma, al tener la consideración de depositario.

(75) «El comprador que dolosamente, en perjuicio del vendedor o de un tercero que haya financiado la operación, dispusiera de la cosa o la dañare (antes del pago total del precio aplazado), será castigado con la penas previstas en el Código Penal para los delitos de apropiación indebida o de daños, respectivamente...»

(76) Así, SAINZ PARDO, *Apropiación indebida*, 1977, 69; ZUGALDIA, *Delitos contra la propiedad*, 1988, 33. También GONZÁLEZ RUS, en CARMONA y otros, *DP PE*, II, 1992, 299, habla de un «peligro de que la apropiación indebida se convierta en una forma de recuperar la prisión por deudas», y el propio VIVES, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 964, manifiesta sus dudas respecto de tal solución, desde el punto de vista del principio de legalidad. Al paso de estas críticas salen MANJÓN CABEZA, *Apropiación indebida*, 1988, 221, destacando que sólo se protege penalmente el derecho a la devolución que derive de título idóneo a los efectos del delito, y no cualquier incumplimiento contractual, y BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.ª, 1993, 415 ss., quienes afirman que la insolvencia, unida a la deslealtad y a la irregularidad del comportamiento causante de la insolvencia constituyen el desvalor de acción necesario para justificar la intervención penal y alejar el delito de la prisión por deudas.

(77) Así, también VIVES, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 964: «la innegable justicia material de la solución no puede olvidar los reparos que suscita desde el punto de vista del respeto al principio de legalidad».

de punición no pueden salvarse a costa de este principio, sino a través de una adecuada actuación legislativa.

b.3 También podrían ser aplicables a algunos de estos casos las insolvencias punibles (arts. 257 ss. NCP 1995; arts. 519 ss. en el antiguo CP 1944), que garantizan el derecho de los acreedores a hacerse pago con el patrimonio del deudor (78) (79). De llegar a producirse la declaración de quiebra de la sociedad u otra situación de insolvencia punible, en virtud del artículo 31 NCP, responderían sus administradores de hecho o de derecho, siempre y cuando se den en ellos los restantes elementos del delito.

No obstante, Rodríguez Mourullo (80) —en relación con la anterior regulación del CP 1944— sostiene que estos delitos son de poca utilidad, por su regulación arcaica y confusa, que responde a situaciones de hecho y presupuestos muy diversos de los actuales, y porque en las grandes sociedades y en las crisis bancarias, los poderes públicos suelen intervenir antes de que llegue a producirse la declaración de quiebra, para evitar los indeseables efectos que la misma podría tener en el sistema financiero, lo que convierte en inoperante al delito de quiebra.

La primera de las observaciones de Rodríguez Mourullo podría tal vez salvarse con la nueva regulación que el NCP 1995 da a las insolvencias punibles (81), mucho más adecuada a la realidad económica e independiente de la regulación jurídico-privada y del procedimiento civil, lo que sin duda permitirá la aplicación de unas figuras hasta ahora muy poco empleadas, sobre todo por lo que se refiere a la quiebra (82).

b.4 En cuanto al delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, el antiguo artículo 540 CP 1944 podía ser un expediente válido para castigar conductas de los administradores de sociedades que cotizan en

(78) Cfr., por todos, VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1274: «Es pacífica en la doctrina la opinión de que el bien jurídico protegido en estos delitos se halla constituido por los derechos de los acreedores a la satisfacción de sus créditos con el patrimonio del deudor (art. 1911 del Código Civil)».

(79) TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 48: «Cuando de perjuicio de acreedores se trata, lo coherente será recurrir a los tipos generales de insolvencia, que se basan para tutelar los intereses en juego. Y si resultan afectados otros intereses más difusos, que son objeto de ataque mediante el abuso de los mecanismos societarios, la opción político-criminal correcta es la aplicación de las reglas del concurso de delitos».

(80) *Crisis bancarias*, 1988, 289.

(81) Acerca de la nueva regulación de las insolvencias punibles cfr., CÓRDOBA, LL, núm. 4043, 1996, 4; VIVES/GONZÁLEZ CUSSAC, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1272 ss.; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995*, 1996, 135 ss.; MORENO VERDEJO, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*) 1996, 121 ss.; QUINTERO OLIVARES, «Las insolvencias punibles y el CP de 1995», *Otrosí*, junio 1996, 24 ss.; SILVA SÁNCHEZ, «La posición jurídica del empresario en el nuevo Código Penal» I, diario *Expansión*, 23 de mayo de 1996, 46.

(82) QUINTERO OLIVARES, *Otrosí*, junio, 1996, 25; SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, 23 de mayo de 1996, 46.

Bolsa, cuando interfieren para mantener artificialmente alto o bajo el precio de las acciones, si se logra acreditar que éste no es el que resultaría del libre juego del mercado (83), lo que además —como señala Rodríguez Mourullo (84)— constituiría un delito de estafa si se ofreciera la conversión de bonos, obligaciones... en acciones a esa cotización artificialmente alta.

Pero fuera de estos supuestos, el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas no tenía mayor virtualidad práctica. Además, ha de tenerse en cuenta que éste era un tipo orientado directamente a la protección del interés supraindividual de la libre concurrencia en el mercado y no de intereses patrimoniales (85), por cierto con una regulación que resultaba un tanto obsoleta (86).

La regulación del NCP 1995 —art. 284 NCP (87), con una redacción prácticamente idéntica al antiguo 540 CP 1944, aunque añadiendo la utilización de información privilegiada como modalidad comisiva y el reconocimiento expreso del concurso de delitos en su inciso final; el nuevo ar-

(83) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Crisis bancarias*, 1988, 294; MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 318.

(84) *Crisis bancarias*, 1988, 294.

(85) Opinión de la doctrina española mayoritaria. Cfr. BAJO, *Derecho Penal económico*, 1978, 310 ss.: «No es éste un delito contra el patrimonio.... El legislador no está pensando en el daño que en el patrimonio individual puede producir la maquinación..., sino en el peligro que una conducta de esta índole puede revestir para una concreta política económica de precios». Se protege «el propio mercado, más exactamente, la libre formación de los precios en el mercado»; ídem en BAJO/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *DP PE*, II, 2.ª, 1993, 389; GARCÍA PABLOS, «Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios naturales de las cosas», *CPC* (1981), 226: «poder ordenador de la Administración»; AUGER LIÑÁN, «Delitos bursátiles», *PJ*, núm. especial IX, 1988, 228: «Libre juego del tráfico económico»; BOIX, en VIVES y otros, *DP PE*, 1993, 975 s.: «libertad de competencia»; MUÑOZ CONDE, *DP PE*, 10.ª, 1995, 373: «el bien jurídico protegido... es la política económica de precios»; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO, *DP PE*, 18.ª, 1995, 548 s. En contra, QUINTERO, «Maquinaciones para alterar el precio de las cosas», *NEJ*, XV, 1981, 844, que entiende que el bien jurídico protegido es el patrimonio.

(86) AUGER LIÑÁN, *PJ*, núm. especial IX, 1988, 228: «Estos viejos preceptos responden a criterios de una economía rudimentaria, en gran parte familiar, propia del pequeño comercio y de la industria naciente».

(87) «Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a dieciocho meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos».

Acerca de este precepto cfr., LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995*, 1996, 143; MARCHENA GÓMEZ, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 190 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1378 ss.

título 285 (88), que castiga el abuso de información privilegiada y otra serie de nuevos delitos orientados a proteger la libertad de mercado o libre competencia y los derechos de los consumidores— ubica este precepto entre los delitos relativos al mercado y a los consumidores, dejando claro así que el bien jurídico protegido es de naturaleza supraindividual y que los intereses patrimoniales de los que aquí nos estamos ocupando necesitan otra vía de protección distinta.

c) Del anterior análisis de las falsedades y los delitos patrimoniales se puede extraer la conclusión de su insuficiencia para hacer frente a algunos supuestos merecedores de sanción penal en el plano estrictamente patrimonial, aunque ciertamente muchos otros casos sí son punibles.

Dejando a un lado las falsedades, desde el punto de vista dogmático, ni la estafa, ni la apropiación indebida son instrumentos aptos para perseguir las conductas de pura administración desleal del patrimonio ajeno, cuando el administrador obra dentro de su ámbito de competencia, aunque realizando un ejercicio abusivo o desleal de su poder. La estafa, por la exigencia de engaño inicial y error en el disponente; la apropiación indebida, por la limitación del objeto de la acción a la misma cosa recibida, las dificultades que plantea en los casos de dinero y la exigencia del

(88) «Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministre obteniendo para sí un beneficio económico superior a cinco millones de pesetas o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de tanto al triple del beneficio obtenido.»

Acerca del abuso de información privilegiada, cfr., entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, «El abuso de información privilegiada», *CPC*, 37 (1989), 119 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, «La utilización abusiva de información privilegiada en el mercado de valores ante el Derecho Penal», *PJ*, núm. especial IX, 1989, 237 ss.; ARROYO ZAPATERO, «El abuso de información privilegiada en el Derecho español vigente y en el proyecto de Código Penal», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 45 ss. (Madrid, 1994, Symposium, 387 ss.); FOFFANI, «Tutela penal del mercado y abuso de información privilegiada: La experiencia italiana», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 501 ss.; GIUDICELLI-DELAGE, «El delito de iniciados en el Derecho francés», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 401 ss. (Madrid, 1994, Symposium, 399 ss.); HURTADO, «El delito de explotación de información privilegiada en el Código Penal suizo», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 411 ss. (Madrid, 1994 Symposium, 407 ss.); OTTO, «El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 453 ss. (Madrid, 1994, Symposium, 447 ss.); SEMINARA, «Aspectos problemáticos en materia de *insider trading*», *Homenaje a Tiedemann*, 1995, 523 ss. (Madrid, 1994, Symposium, 429 ss.); FARALDO CABANA, «Algunos aspectos del delito de uso de información reservada en el mercado de valores», *EPCrim XVIII*, 1995, 46 ss.; TERRADILLOS, *Derecho Penal de la empresa*, 1995, 186 ss.; LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995*, 1996, 143 ss.; MARCHENA GÓMEZ, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 191 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1382 ss.

apoderamiento definitivo de la cosa. A lo que ha de añadirse las graves dificultades de prueba que plantean muchos de estos casos.

Por tanto, la necesidad de ese tipo es de carácter general, aunque plantea especificidades en el ámbito societario, derivadas de la estructura orgánica de las sociedades, y se refiere a las conductas en las que no se da el engaño inicial y el error en quien realiza el acto de disposición, propio del delito de estafa (porque es el propio administrador desleal quien, en el ejercicio de sus facultades, dispone), ni la apropiación que exige el delito de apropiación indebida, sino un ejercicio abusivo o desleal del poder de actuación sobre intereses patrimoniales ajenos, un quebrantamiento de los deberes de lealtad del administrador o gestor en el ejercicio de sus competencias, del que deriva un perjuicio patrimonial para el titular del mismo.

Por lo demás, ha de constatarse que los citados tipos se limitan a la protección de intereses patrimoniales privados, por lo que los intereses supraindividuales del orden socio-económico que pudieran estar en juego carecen en ellos de tutela penal. La misma implicaría la creación de tipos específicos, limitados al ámbito societario, que es donde entrarían en juego los intereses del orden económico.

IV

La introducción de los nuevos delitos societarios en el NCP 1995 representa una modificación de la anterior situación.

Por una parte, conviene recordar que los tipos de estafa y apropiación indebida —a los efectos que aquí interesan— se mantienen casi idénticos, por lo que, a las conductas que encajaban en ellos con anterioridad, les siguen siendo de aplicación. Y esto hay que tenerlo presente, pues con la introducción de los delitos societarios podría darse cierta tendencia al «olvido» de las figuras patrimoniales clásicas y a su sustitución por los nuevos tipos en el ámbito de las sociedades, sin plantearse seriamente el eventual problema concursal, lo que resulta indeseable y podría llevar —como veremos— a absurdos resultados privilegiantes.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a las falsedades documentales, el NCP procede a una importante destipificación de ciertas falsedades ideológicas llevadas a cabo por particular en documento mercantil, pero ese ámbito punitivo es ahora llenado por el nuevo delito societario del artículo 290 NCP en cuanto a la falsificación de las cuentas anuales u otros documentos o comunicaciones sociales, como ya señalamos anteriormente.

Y, por último, el NCP 1995 introduce entre los delitos societarios la figura de la administración desleal en el artículo 295, en la que centraremos nuestra atención. El tenor literal de este precepto es el siguiente:

«Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un ter-

cero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.»

La redacción definitiva del texto ha sufrido profundas modificaciones en los sucesivos Proyectos y Anteproyectos (89). Incluso el texto definitivamente aprobado es completamente diferente del contenido en el Proyecto de 1994 (90), presentado por el Gobierno a las Cortes, lo que —en mi opinión— es producto más de la inseguridad del legislador y de la falta de unos claros objetivos político-criminales, que de una profunda reflexión acerca de cómo tipificar el delito.

(89) En el Proyecto de 1980, el artículo 368 —incluido en el capítulo VI del título VIII: «De los delitos financieros»— tenía el siguiente tenor literal: «Los administradores que, en perjuicio de los socios, utilizaren el capital social o los beneficios sociales en su propio provecho o en el de otra sociedad o empresa en la que, directa o indirectamente estuvieren interesados, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el hecho constituyera un delito más grave.»

En el Anteproyecto de 1983, el artículo 297 (ubicado en el capítulo IV: «De los delitos financieros», del título XII: «De los delitos socio-económicos») rezaba: «1. Los administradores y directores que, en beneficio propio y con perjuicio de los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los valores o capital que administren, dispusieren de propiedades sociales o del patrimonio de afectación o contrajeren obligaciones a su cargo, serán penados con prisión de seis meses a tres años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el hecho fuere punible de acuerdo con el artículo 247 (apropiación indebida); 2. Las penas previstas en el párrafo anterior lo serán en su mitad superior, cuando los hechos fueren cometidos por administradores o directores de empresas públicas.»

En el Anteproyecto (art. 296) y Proyecto (art. 302) de 1992 se establecía: «1. Los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil que, en beneficio propio o de un tercero, y con perjuicio de la sociedad o de cualquiera de sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, dispongan de éstos o contraigan obligaciones a su cargo, serán castigados con pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de dos a cinco años; 2. La pena se impondrá en su mitad inferior si el administrador utilizase el capital o bienes de la sociedad en beneficio propio o de un tercero, sin causar los perjuicios descritos en el párrafo anterior.»

(90) El artículo 296 del Proyecto de 1994 tenía el siguiente tenor literal: «Los administradores de hecho o de derecho de una sociedad mercantil que con abuso de confianza causaren un perjuicio a la sociedad o a alguno de sus socios, en beneficio propio, de algún socio o de un tercero, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años o multa de doce a veinticuatro meses.» Este precepto —finalmente modificado en la tramitación parlamentaria— rompía con la línea de los anteriores Proyectos, configurando un tipo de amplitud desmedida, sin ofrecer criterios para delimitar la conducta desleal del riesgo consustancial a la actividad empresarial, lo que hubiera generado inseguridad jurídica y preocupación en la clase empresarial.

Además, debe destacarse que el NCP 1995 no aborda la problemática general que plantea la administración desleal del patrimonio ajeno, limitando el problema al ámbito societario, cuando como venimos señalando reiteradamente la laguna punitiva y la necesidad de intervención supera este ámbito, ante las insuficiencias que plantean los tradicionales delitos patrimoniales.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el artículo 297 NCP (91) extiende el concepto de sociedad, a los efectos de los delitos societarios, a «toda cooperativa, caja de ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado». Con este precepto –por lo demás, plagado de redundancias y deficiencias técnicas (por ejemplo, las cajas de ahorro son entidades de crédito y las cooperativas son sociedades mercantiles) (92)– el legislador ofrece un concepto amplísimo de sociedad. La enumeración de formas sociales tiene carácter meramente ejemplificativo (ya que se hace referencia a «cualquier otra entidad de análoga naturaleza»), extendiéndose la protección a todo tipo de entidades que operen en el mercado y en la que puedan darse las conductas sancionadas, cualquiera que sea la forma social que adopten (93). Parece claro, pues, que el precepto hace referencia a cualquier tipo de sociedad mercantil, pero podría plantearse si también se incluyen en el concepto jurídico penal de sociedad cualquier otra persona jurídica (asociación, sociedad civil, comunidad de propietarios) e incluso entidades sin personalidad jurídica ni naturaleza corporativa como, por ejemplo, las comunidades de bienes, las cuentas en participación o las uniones temporales de empresas. En sentido afirmativo se pronuncia RODRÍGUEZ RAMOS (94), para quien «sociedad será colectividad de bienes o personas que actúen permanentemente en el mercado, siempre que haya un cierto grado de ajenidad en la administración de ese patrimonio separado», con lo cual lo que aquí se estaría protegiendo no es el «patrimonio de las sociedades mercantiles, sino el patrimonio administrado por un tercero, siempre que pertenezca a una colectividad», destruyendo el pretendido carácter de delitos societarios, lo que pondría de relieve de nuevo la falta de claridad del legislador en los objetivos de política criminal.

(91) Este artículo fue introducido durante la tramitación parlamentaria en el Senado (a raíz de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista), ya que no existía un precepto paralelo en el Proyecto de 1994.

(92) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 39. Cfr. también RODRÍGUEZ RAMOS, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1 (1996), 79, 81, quien habla de «torpeza lógico-formal» y «paroxismo de pleonasmos o tautologías».

(93) En este sentido también, MATA Y MARTÍN, *RdS*, 5 (1995), 167; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 39 s.; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1446: «concepto lato de sociedad que viene a cubrir todo el espectro de formas posibles de las entidades societarias».

(94) *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1 (1996), 81.

Esta interpretación dota de una considerable amplitud al precepto (supliendo muchas de las lagunas de punición que hemos señalado, aunque sin llegar a ser un tipo de administración desleal genérico), pero creo que debe rechazarse si quiere mantenerse un mínimo de coherencia sistemática con la rúbrica del capítulo y respetarse el carácter de delitos societarios de estos preceptos, lo que viene impuesto por la interpretación teleológico-valorativa. Así, García de Enterría (95) opta por exigir como requisito mínimo para poder hablar de «análoga naturaleza», la personalidad jurídica y la consiguiente facultad de mantener relaciones externas propias, dato común a todas las entidades mencionadas expresamente en el artículo 297. Probablemente esta interpretación restrictiva sea preferible, aunque la opción por una u otra se hace muy difícil acudiendo a los principios interpretativos tradicionales, pues el legislador ha prescindido en la redacción del precepto de toda coherencia lógico-sistemática y de una clara orientación teleológica o, al menos, los criterios empleados aquí no guardan relación con los que determinan la rúbrica del capítulo («Delitos societarios») y la redacción de los demás preceptos (en muchos de los cuales se hace referencia a órganos o instituciones exclusivos de la sociedad anónima, que es la forma societaria en la que en el fondo está pensando el legislador).

Vamos a analizar a continuación la estructura típica del delito de administración desleal.

a) En cuanto al sujeto activo, aparece configurado como un delito especial propio. Sujeto activo son los administradores de hecho o de derecho o los socios de una sociedad constituida o en formación.

1. La equiparación de los administradores de hecho a los de derecho venía siendo reclamada por la doctrina penal y responde a razones de política criminal, ya que de lo contrario –como señala Rodríguez Mourullo– «se favorecería a quienes por desidia no se hubiesen preocupado de regularizar la sociedad o la designación de administradores y –lo que es peor todavía– a quienes dolosamente hubiesen creado la situación irregular para sustraerse del ámbito de los delitos societarios» (96).

Esta referencia a los administradores de hecho para ampliar el círculo de sujetos activos resulta preferible a la de «administradores y directores» del Anteproyecto de 1983, pues ésta inducía a confusión y era imprecisa, ya que el término director es extraño a la tradición mercantil.

(95) *Los delitos societarios*, 1996, 40.

(96) RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, 1984, 688. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *PJ*, 28 (1992), 181 s.; en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 361; MATA y MARTÍN, *RdS*, 5 (1995), 168; TERRADILLOS, *Derecho Penal de la empresa*, 1995, 81; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1415.

Ahora bien, ¿quiénes son administradores de derecho y administradores de hecho? Desde luego, lo serán los órganos de administración propios de cada tipo social (97), que —en la medida en que tengan formalizado su nombramiento e inscripción en el Registro Mercantil con arreglo a las disposiciones legales (98)— serán administradores de derecho y, si dicho nombramiento presenta alguna irregularidad de tipo formal (nombramiento defectuoso o caducado, no aceptación, no inscripción) serán administradores de hecho. Esta es la interpretación tradicional de la doctrina mercantil, que considera administradores de hecho sólo a aquellos cuyo nombramiento es nulo, extendiéndolo en ocasiones a quienes tienen un mandato caducado (99).

(97) En la sociedad anónima, en virtud del artículo 124 RRM se establecen cinco formas posibles de estructura del órgano de administración: *a*) administrador único; *b*) varios administradores que actúan individualmente (solidariamente); *c*) dos administradores que actúan conjuntamente; *d*) un Consejo de administración con un mínimo de tres miembros; *e*) un Consejo de administración y una Comisión Ejecutiva o uno o varios Consejeros delegados. El Consejo de administración es la forma más frecuente y se entiende constituido por ministerio de la ley siempre que la administración de la sociedad se confíe conjuntamente a dos o más personas (art. 136 LSA). Se trata de un órgano colegiado, que se reúne periódicamente, convocado por su Presidente y actúa mediante acuerdos adoptados por mayoría absoluta de los consejeros concurrentes (art. 140 LSA). El Consejo puede hacer delegación de sus facultades de forma permanente o temporal, nombrando una Comisión ejecutiva o uno o varios Consejeros Delegados, sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona (ar. 141 LSA).

Acerca de la estructura del órgano de administración de la sociedad anónima cfr., por todos, VICENT CHULIA, *Compendio*, 1/1.^o, 3.^a, 1991, 624 ss., 663 ss.; POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 52 ss., 383 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, I, 18.^a, 1995, 406 ss., 419 ss.

En los otros tipos de sociedades mercantiles, el órgano de administración puede adoptar cualquiera de las estructuras previstas en el artículo 124 RRM para la sociedad anónima. Así, por ejemplo, el artículo 57 LSRL prevé la posibilidad de un administrador único, varios administradores solidarios o mancomunados o un Consejo de administración con un mínimo de tres miembros y un máximo de doce, remitiéndose a la LSA en lo relativo a la delegación de facultades. En las sociedades colectivas, en principio, todos los socios tienen derecho a participar en la gestión social (art. 129 CCo), pero también pueden nombrarse uno o varios administradores (socios o terceros, siempre que esto último lo admita expresamente la escritura social). En las sociedades comanditarias —simple o por acciones— la administración corresponde exclusivamente a los socios colectivos (arts. 148 y 155 CCo). En las comanditarias simples la forma de organización de la administración y las facultades, derechos y deberes de los administradores se rige por las normas de la sociedad colectiva (art. 148 CCo) y en la comanditaria por acciones, por las de la sociedad anónima (art. 155 CCo).

(98) Cfr., entre otros, arts. 125 LSA; 58 ss. LSRL; 94, 138, 141, 142 RRM.

(99) Así lo señala DEL ROSAL BLASCO, en VIVES y otros, *Comentarios al CP 1995*, 1995, 1416. A favor de esta interpretación GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 46 ss. En contra, desde una perspectiva mercantilista, FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ALVÁREZ, «Los delitos societarios: reflexiones preliminares sobre la imposición de acuerdos sociales abusivos (art. 291 del Código Penal)», *Actualidad Aranzadi*, 238, (1996), 4, para quienes la noción administradores de hecho abarca a «aquellos en los que se dé alguna irregularidad o vicio en la constitución o en

Sin embargo, a efectos penales parece preferible un entendimiento distinto y más amplio de este término. Lo relevante a efectos penales no puede ser la perfección formal de la relación interna entre el administrador y la sociedad, sino la relación material entre el sujeto y los intereses patrimoniales tutelados, su capacidad real para gestionar fraudulentamente el patrimonio social (100). En este punto, pues, el Derecho Penal debe desvincularse de las categorías mercantiles y atender –como ha puesto de relieve Terradillos (101)– a la funcionalidad de los órganos, centrándose en la actividad que realizan más que en la etiqueta que los cobija. Lo cual permite ofrecer una solución adecuada al problema del administrador de hecho, que responderá sólo si fácticamente tiene las facultades y deberes propios del cargo de administrador.

¿Cuáles son esas funciones propias del cargo de administrador que los facultan para ser sujeto activo del delito? El administrador de una sociedad –y tomaremos como modelo la sociedad anónima, que es la que la propia ley ha tomado como punto de referencia– es el órgano de gestión y representación de la misma, esto es, el órgano a través del cual la sociedad actúa tanto en la esfera interna, como en el ámbito externo, en sus relaciones frente a terceros, con autonomía frente a la Junta general, aunque respetando las competencias de ésta (102). Los administradores tienen, pues, amplísimas competencias, no sólo con facultades de disposición, sino también con poder de determinar la política empresarial. Afirma Vicent Chulia (103) que «ostentan todas las facultades del empresario individual, si bien por ejercerlas en representación de la sociedad deben hacerlo con diligencia y lealtad». En la esfera interna, los administradores se ocupan de toda la actividad de gobierno, dirección y gestión

el nombramiento del cargo que ocupan; (nombramiento defectuoso; falta, en su caso, de la necesaria publicación, etc.); los que ejerzan aparentemente el cargo no obstante la inexistencia de nombramiento o la extinción del mismo, así como aquellos otros que desempeñan esta función en términos puramente fácticos, esto es, quienes en la sombra gobiernan de hecho la sociedad sirviéndose de fiduciarios o testaferros».

(100) En el mismo sentido, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, II, 1995, 191 ss.; MATA Y MARTÍN, *RdS*, 5 (1995), 168.

Esta es la solución por la que se opta también mayoritariamente en la doctrina italiana respecto del problema del administrador de hecho, defendiendo que si la posición fáctica del sujeto en el seno de la estructura empresarial le permite lesionar el bien jurídico protegido, la falta de una cualificación orgánica perfecta no puede determinar su exención de responsabilidad. Cfr. una amplísima exposición de la situación en Italia respecto del problema del administrador de hecho en FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, II, 1995, 180 ss.

(101) *Delitos societarios*, 1987, 57s.

(102) Cfr., VICENT CHULIA, *Compendio*, I/1.º, 3.ª, 1991, 621 ss., 628 ss.; POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 39 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones*, I, 18.ª, 1995, 405 ss.; URÍA, *Derecho mercantil*, 22.ª, 1995, 319 ss.

(103) *Compendio*, I/1.º, 3.ª, 1991, 622.

de la entidad, encaminada a la consecución de fin social. En la esfera externa ostentan el poder de representación de la sociedad, pudiendo contratar en su nombre. El ámbito de este poder de representación es muy amplio, extendiéndose a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos (104) y obligando incluso a la sociedad frente a terceros de buena fe y sin culpa grave, aunque el acto no esté comprendido en el objeto social (105). Este ámbito de representación es inderogable y cualquier limitación de ese poder tendrá eficacia exclusivamente en la esfera interna, pero no frente a terceros, quedando la sociedad vinculada en todo caso por los actos de los administradores (106).

Pues bien, todos aquellos sujetos que, en el seno de una sociedad (tal y como la define el art. 297 NCP), ostenten esas facultades autónomas de gestión y representación, que deban ejercer con diligencia y lealtad, esto es, en interés de la sociedad, pueden ser considerados aptos para ser sujetos activos del delito. Entre ellos podríamos citar, desde luego, a los miembros de la Comisión ejecutiva y a los consejeros delegados, que no plantean mayores problemas, pues son consejeros y son órganos de la sociedad, que ostentan su representación como si fueran el mismo Consejo (107) y sus actos vinculan al Consejo en pleno (108). Esto es, son administradores de derecho también desde el punto de vista del Derecho Mercantil. Más problemáticos pueden resultar los apoderamientos generales, por los que los administradores otorgan facultades de gestión y representación a sujetos que no forman parte del órgano de administración, sino que se trata de altos directivos de la sociedad (director general, gerente...), cuya relación con la sociedad no es orgánica, sino de carácter laboral (109). Ciertamente, estos sujetos no son administradores en sentido estricto y no son representantes necesarios de la sociedad, sino que tienen la consideración legal de apoderado general o factor (110), pero mate-

(104) Artículo 129.1 LSA.

(105) Artículo 129.2 LSA.

(106) Cfr. sobre el ámbito del poder de representación, por todos, VICENT CHULIA, *Compendio*, I/1.º, 3.ª, 1991, 631 ss.; SÁNCHEZ CALEO, *Instituciones*, I, 18.ª, 1995, 413.

(107) Salvo en lo que se refiere a las facultades indelegables. Estas son, conforme al artículo 141 LSA, la rendición de cuentas y la presentación de balances a la Junta general y las facultades que ésta hubiere delegado al Consejo, salvo que fuese expresamente autorizado por ella. Cfr. más ampliamente sobre el objeto de la delegación, por todos, POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentarios al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 478 ss.

(108) Cfr., por todos, VICENT CHULIA, *Compendio*, I/1.º, 3.ª, 1991, 670 ss.; POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 465 ss.

(109) Esta relación se regula por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (BOE 12 de agosto), relativo al personal de alta dirección.

Cfr. acerca de la figura del director general, por todos, VICENT CHULIA, *Compendio*, I/1.º, 3.ª, 1991, 676 s.; URÍA, *Derecho mercantil*, 22.ª, 1995, 332.

(110) Conforme al artículo 283 CCo.

rialmente tienen atribuidos «poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa y relativos a los objetivos generales de la misma», que ejercen «con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad» (art. 1.2, RD 1382/1985, de 1 de agosto), con amplísimas competencias de administración y representación de la sociedad, que deben ejercer con diligencia y lealtad (111), y en concreto la posibilidad de disponer de los bienes de la sociedad y de contraer obligaciones a su cargo, y de hacerlo fraudulentamente con abuso de su posición y violación de la lealtad debida, por lo que creo que deberían incluirse entre los administradores de hecho (112). En cuanto a los apoderados singulares, habrá que estar a los términos del poder y a su posición dentro del organigrama de la empresa para determinar la amplitud y extensión de sus facultades de gestión y representación, su capacidad para ejercerlas autónomamente y su deber de lealtad.

2. Obviamente, en los órganos colegiados, pese a que en el ámbito mercantil exista responsabilidad solidaria de todos los administradores frente a la sociedad, los accionistas y los acreedores por los eventuales actos lesivos, salvo para aquellos que prueben (correspondiéndoles a ellos la carga de la prueba) que no han intervenido en su adopción y ejecución, que desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo posible para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente al acuerdo (art. 133 LSA; art. 69, 1, LSRL) (113), este criterio no puede trasladarse sin más al ámbito penal. Aquí la responsabilidad sigue siendo estrictamente personal y para imponerla han de concurrir todos los criterios de imputación propios del Derecho Penal (autoría, imputación objetiva, dolo...) y habrá que tratar de determinar cuál fue la aportación real de cada uno de

(111) El artículo 2 RD 1382/1985, de 1 de agosto, establece como fundamento de esta relación laboral especial «la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe».

(112) A favor también DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1416: «También deben tener la consideración de administradores de hecho, a efectos penales, los directores-gerentes no estatutarios a los que por acuerdo de la Junta general o a través de apoderamiento del Consejo de Administración se les faculta para actuar en nombre y por cuenta de la sociedad en operaciones de tráfico».

En contra, FARALDO CABANA, *Los delitos societarios II*, 1995, 157; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/SÁNCHEZ ALVÁREZ, *Actualidad Aranzadi*, 238, (1996), 4; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 47 ss., basándose en que no revisten la condición formal de administradores desde el punto de vista mercantil.

(113) Acerca de la responsabilidad de los administradores en el ámbito mercantil, cfr. ALONSO UREBA, «Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima», *RDM*, 198 (1990), 639 ss.; VICENT CHULIA, *Compendio*, I/1.º, 3.º, 1991, 648 ss.; POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/ OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 279 ss.; NEILA NEILA, *La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital*, 1995, 49 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la LSA*, IV, 1994, 236 ss.; *Instituciones I*, 18.º, 1995, 415 ss.; URÍA, *Derecho mercantil*, 22.º, 1995, 329 ss.

los sujetos en la adopción de la decisión, prescindiendo de los datos meramente formales (114).

La delimitación de la responsabilidad penal de cada uno de los administradores por la toma de decisiones en órganos colegiados planteará, sin duda, complicadísimos problemas a la práctica penal en cuanto a la delimitación de las posiciones de autoría, la comisión por omisión, el dolo y la imprudencia y el *iter criminis*, problemas que no pueden abordarse en este lugar (115).

3. Por otra parte, el precepto —como los otros delitos societarios— hace referencia a la sociedad constituida o en formación, lo que tiene la misma finalidad de evitar eventuales lagunas de punición (116). No obstante, el empleo del término sociedad en formación suscita algunos problemas o dudas en cuanto a su interpretación, pues en el ordenamiento mercantil tiene un significado muy preciso: el período del proceso fundacional o de constitución de la sociedad, desde la celebración del contrato hasta la inscripción en el Registro Mercantil (117). Si se adopta este concepto de sociedad en formación, sólo podría extenderse el ámbito del precepto a las actuaciones realizadas en el período constituyente, pero no a las sociedades de hecho o a las sociedades irregulares (118). Probablemente resulte preferible la interpretación extensiva —impuesta desde el punto de vista teleológico—, pero cabe de nuevo aquí criticar la técnica legislativa empleada, pues si se recurre a conceptos propios del Derecho Mercantil deberían emplearse con rigor y, de lo contrario, sería preferible haber utilizado otra terminología o incluir junto a la mención a la sociedad en formación la de la sociedad irregular.

4. En cuanto a la mención de los socios, se debe a que en algunos tipos de sociedad éstos pueden disponer de los bienes o contraer obliga-

(114) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, 1984, 686 ss.; MATA Y MARTÍN, *RdS*, 5 (1995), 169; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 103 s.; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1417.

(115) Cfr., sobre el tema, por todos, SUÁREZ GONZÁLEZ, «Participación en las decisiones del Consejo de Administración de una sociedad y responsabilidad penal», *Cuadernos de Derecho judicial*, VII, 1994, 41 ss. y la bibliografía allí citada.

(116) En este sentido, LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995*, 1996, 144: «se pretende evitar la impunidad de supuestos en que no se haya regularizado la sociedad».

(117) Artículos 15 LSA y 11.3 LSRL.

(118) En contra de su consideración como «sociedades en formación», GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 44, aferrándose al concepto mercantil de sociedad en formación. A favor de la consideración de la sociedad irregular como sociedad en formación DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1417 ss., afirmando que «al fin y al cabo, y por oposición a la sociedad constituida, no deja de ser una sociedad en formación» y que el artículo 16.1 LSA avala esta interpretación. A favor de un concepto amplio de sociedad en formación también JIMÉNEZ VILLAREJO, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1 (1996), 20 s.; RODRÍGUEZ RAMOS, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1 (1996), 84.

ciones y ostentar la representación de la sociedad sin ser estrictamente administradores (119) (120). Pero la redacción del precepto es técnicamente defectuosa, pues al socio también se le exige «abuso de las funciones propias de su cargo», cuando tal cargo no existe. Probablemente la voluntad de la ley es hacer referencia a los socios con facultades de gestión y representación de la sociedad, sin tener el nombramiento de administradores, que abusen de esas facultades. Pero para ello era innecesaria la mención de los socios, pues entrarían dentro de la categoría «administradores de hecho» tal y como aquí se ha interpretado (121).

b) En cuanto a los sujetos pasivos, éste ha sido uno de los puntos de mayor discordancia entre unos Proyectos y otros, donde claramente se pone de manifiesto la desorientación del legislador en cuanto a cuál ha de ser el interés a proteger.

Si estamos ante delitos societarios, el objeto de protección deberían ser los intereses patrimoniales de la sociedad (e indirectamente de los socios, en cuanto partícipes de la misma), frente a los actos de administración desleal o fraudulenta de quienes detentan el poder de representación y las facultades de dirección y gestión de la misma. Por otra parte, si estamos ante un delito de administración desleal, la conducta típica sólo podrá realizarse frente a quien el administrador tenga ese deber de lealtad, y el deber de lealtad se tiene frente a la sociedad (y a los socios), pero en ningún caso frente a terceros (122). Incluso pueden plantearse supuestos

(119) Así, por ejemplo, en la sociedad colectiva el artículo 129 CCo establece que todos los socios tienen «la facultad de concurrir a la dirección y manejo de los negocios comunes», si no se hubiera encargado especialmente a alguno de los socios la administración. En la sociedad comanditaria simple, la administración y representación corresponde a los socios colectivos, quedando excluidos los comanditarios (art. 148 CCo). En la sociedad civil, la administración de la sociedad corresponde a todos los socios, salvo pacto que establezca quienes han de desempeñarla, en virtud del artículo 1695 CC.

(120) Otra posible interpretación de esta mención sería que el legislador quiere hacer referencia a cualquier socio, en su mera calidad tal, con capacidad para intervenir en la adopción de acuerdos abusivos (por ejemplo, en la Junta general de accionistas). Pero si esto fuera así, no tiene sentido alguno la mención —extensiva al socio— del abuso del cargo y, por otra parte, se plantearían complicadísimos problemas de delimitación de este tipo con los artículos 291 y 292 NCP, previstos precisamente para estos supuestos de adopción de acuerdos abusivos en que intervienen los socios en su calidad de tales. Por ello, creo que la única interpretación coherente con la configuración del tipo del artículo 295 con un delito de administración infiel o desleal es entender que la referencia al socio como sujeto activo ha de serlo en cuanto el socio desempeña funciones de administración en el seno de la sociedad.

(121) En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 46 s.

(122) Así lo pone también de relieve MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *PJ*, 28 (1992), 193; *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 62; en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 381. En el mismo sentido, MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 330; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, II, 1995, 633.

en que los intereses de terceros y de la sociedad entren en conflicto (123), en cuyo caso es evidente que el deber primordial del administrador le vincula a la sociedad y no a los terceros.

Sin embargo, la presencia de otros intereses dignos de protección (fundamentalmente en el ámbito bancario) ha movido al legislador a incluirlos en el ámbito de este precepto (que abarca a los socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de bienes), con una finalidad loable, pero articulada de forma más que deficiente desde el punto de vista de técnica legislativa (124).

Además, y de forma sorprendente, al legislador se le ha «olvidado» en esa larguísima enumeración la mención de la sociedad, cuyo patrimonio debería constituir el objeto central de protección. Dicho «olvido» podría llevarnos al absurdo de considerar que los actos fraudulentos que disminuyen el patrimonio social no perjudican «directamente» (como exige el tipo) al patrimonio de los socios, sino sólo indirectamente (en cuanto titulares del derecho a participar en el patrimonio resultante de la liquidación) (125), por lo que resultarían atípicos. Aunque parece que tal interpretación no responde a la voluntad de la ley y que resultaría preferible —desde consideraciones teleológicas y valorativas— entender que con la mención a los socios se hace en cuanto titulares del patrimonio social, por lo que el tipo abarca también el perjuicio a éste, como objeto directo de protección.

La doctrina ha señalado también una cierta arbitrariedad en la selección de los perjudicados (126) y la persistencia de lagunas, incluso dentro del ámbito societario. Así, por ejemplo, Martínez Pérez (127) —en relación con el Proyecto de 1992— señala que el precepto no permite considerar perjudicados a los asegurados, tomadores o beneficiarios en los supuestos de sociedades de seguros, ya que los mismos ni siquiera encajan en la cláusula genérica «titulares de bienes, valores o capital», una laguna que puede seguirse señalando en el texto del 295 NCP (128).

c) La conducta típica consiste en «disponer fraudulentamente de los bienes de la sociedad» o «contraer obligaciones a su cargo», todo ello con «abuso de las funciones propias del cargo» por parte del sujeto activo.

(123) Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 330.

(124) Cfr. la crítica que en el mismo sentido realizaba MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 329 ss., respecto del Proyecto de 1994, hablando de una «mixtura inadecuada de intereses, en la medida en que en determinados casos existirán en la práctica intereses contrapuestos» (p. 330).

(125) Así, RODRÍGUEZ RAMOS, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 91.

(126) MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 382; *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 62.

(127) *EPCrim XVII*, 1994, 328.

(128) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 94 ss.

La descripción de la conducta típica se inspira directamente en el § 266 StGB alemán (129) [en la modalidad típica de abuso, prescindiendo de la consagración de un tipo de deslealtad (130), cuya amplia formulación ha llevado a la doctrina alemana a plantearse la constitucionalidad de esta variante] (131) y en el artículo 153 del Código Penal austriaco (132), si bien en ambos la figura de la *Untreue* tiene carácter de delito patrimonial general y no exclusivamente societario (133).

Tal y como el tipo se viene interpretando en la doctrina alemana —importante pauta a tener en cuenta—, la esencia de la *Untreue* es la lesión dolosa de intereses patrimoniales ajenos que el autor tiene confiados, mediante el abuso de las facultades de disposición o representación o la

(129) El tenor literal del § 266 StGB es el siguiente:

1. «Quien abuse de la facultad otorgada por ley, mandato de autoridad o negocio jurídico, de disponer de patrimonio ajeno o de obligar a otro, o infrinja el deber de velar por intereses patrimoniales ajenos, impuesto por ley, mandato de la Autoridad, negocio jurídico o relación de confianza, y, de este modo, cause un perjuicio a aquel cuyos intereses patrimoniales le estaban confiados, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.»

2. «En casos especialmente graves, la pena será de privación de libertad entre uno y diez años.»

(130) El § 266 StGB contempla dos modalidades típicas: el tipo de abuso (*Mißbrauchtatbestand*) y el tipo de deslealtad (*Treubruchtatbestand*). El primero de ellos protege el patrimonio ajeno frente a abusos de las facultades de disposición o de obligar a otro en la esfera externa, eficaces frente a terceros y jurídicamente válidos, pero que violan deberes existentes en la esfera interna. La otra modalidad típica es mucho más amplia, pues consiste en la violación del deber custodiar o velar por los intereses patrimoniales ajenos que se tienen confiados y afecta, por tanto, sólo a la esfera interna. Cfr., por todos, SAMSON, *SK BT*, 5.^a, 1987, § 266, núm. 2; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 24.^a, 1991, § 266, núm. 2.

(131) Así, LABSCH, *Untreue*, 1983, 189 ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, 4.^a, 1988, 116; JAKOBS, *AT*, 2.^a, 1991, 4/30; OTTO, *BT*, 4.^a, 1995, 257.

(132) Este precepto castiga con pena privativa de libertad de hasta seis meses o multa a «quien abuse conscientemente de la facultad limitada, otorgada por ley, mandato de autoridad o negocio jurídico, de disponer del patrimonio ajeno o de obligar a otro, causándole un perjuicio patrimonial».

(133) En el Derecho Penal alemán no existe un delito societario de administración desleal, sino un tipo genérico de infidelidad patrimonial o gestión desleal (*Untreue*), previsto en el § 266 del StGB. Los antiguos tipos de administración social desleal, contenidos en la regulación mercantil, fueron derogados por ley de 25 de junio de 1969.

Sí existen otros delitos societarios tipificados en las leyes de sociedades por acciones (*Aktiengesetz*, de 6 de septiembre de 1965, arts. 399 ss.), la ley de sociedades de responsabilidad limitada (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, reformada por Ley de 4 de julio de 1980, arts. 82 ss.) y en el Código de Comercio (§§ 331 ss.), que castigan —entre otras conductas— la falsas informaciones sociales y la infracción de la obligación de guardar secreto. Cfr., más ampliamente, acerca de la regulación alemana de otros delitos societarios PESCE, *Responsabilità penale del consiglio di amministrazione nella società commerciali in Europa*, 1991, 93 ss.; FARALDO CABANA, *Los delitos societarios*, I, 1995, 84 ss. y la bibliografía allí citada.

lesión del deber de lealtad en el cuidado de esos intereses patrimoniales. Por lo que se refiere al «tipo del abuso», la doctrina suele estar de acuerdo en que el tipo consiste en el abuso de una facultad limitada (concedida por ley, mandato de autoridad o negocio jurídico) de disponer del patrimonio ajeno o de obligar a otro. El negocio causal que otorga esa facultad debe ser jurídicamente válido en la relación interna y conferir al autor un poder de representación limitado y también jurídicamente válido en la esfera externa. De forma que esta modalidad típica protege al titular del patrimonio frente a aquellas actuaciones del representante o gestor del mismo, que son jurídicamente válidas y eficaces en la esfera externa (en la relación de éste con terceros), pero que sobrepasan los límites establecidos en la esfera interna (en la relación del autor con el titular del patrimonio). El ámbito de aplicación del tipo se circunscribe, por tanto, a los supuestos en que los límites del poder jurídico que se otorga en la relación externa, superan los del deber jurídico en la esfera interna, y el abuso consiste en hacer uso de ese poder jurídico lesionando el deber jurídico (134).

Aplicando esa pauta a nuestra regulación, la conducta típica consistirá en el abuso de una facultad limitada de disponer del patrimonio social o de contraer obligaciones a su cargo, de forma jurídicamente válida y eficaz en la esfera externa (frente a terceros), en el ejercicio de las facultades de representación que ostenta el administrador, pero que viola deberes existentes en la esfera interna (en la relación del autor con el titular del patrimonio).

Esto es, el administrador o socio, al disponer de los bienes o contraer obligaciones en el ejercicio de sus facultades de administración y representación, infringe los deberes de fidelidad o lealtad que le incumben en relación con el titular del patrimonio administrado, básicamente el deber de diligencia en el desempeño del cargo –bajo el patrón de un ordenado empresario– y el deber de lealtad o fidelidad en la representación, que le obliga a cuidar del negocio ajeno como si fuera propio, anteponiendo los intereses sociales a los propios (135). Creo que la exigencia de «abuso de las funciones propias del cargo» es reconducible a esta infracción del

(134) La doctrina alemana suele destacar la relación triangular que se produce en este tipo, insistiendo en la diferenciación entre la actuación del autor en la esfera externa (para la que está facultado) y en la esfera interna (que es donde se produce el abuso), entre el *rechlichen Können* y el *rechlichen Dürfen*. Cfr., por todos, ARTZ, *Bruns-Fs*, 1978, 365 ss.; HÜBNER, *LK*, 10.^a, 1979, § 266, núm. 70; BOCKELMANN, *BT/1*, 2.^a, 1982, 138; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 24.^a, 1991, § 266, núm. 17; HAFT, *BT*, 5.^a, 1995, 228; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *BT/1*, 8.^a, 1995, 527, núm. 19; OTTO, *BT*, 5.^a, 1995, 256; WESSELS, *BT/2*, 18.^a, 1995, 179 s., núm. 703.

(135) Cfr. el artículo 127.1 de la LSA, que establece un deber general de diligencia de los administradores en el ejercicio de las competencias propias de su cargo: «Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal», deber de diligencia que es uno de los presupuestos de su responsabilidad (art. 133 LSA). También la nueva LSRL, Ley 2/1995, de 23 de

deber de diligencia y lealtad en el cuidado del patrimonio ajeno, dentro de la esfera de sus facultades y en ejercicio de las mismas (136), lo que constituye el desvalor de acción característico del delito y le dota de contornos propios frente a la apropiación indebida.

La limitación de la conducta típica a «disponer» y «contraer obligaciones» representa una importante limitación del ámbito de lo punible, frente a la amplísima e insegura fórmula del Proyecto de 1994 (cualquier abuso de confianza), pero al ganar en seguridad jurídica, prescindiendo de fórmulas amplias y limitando las modalidades de acción, podrían plan-

marzo, en su artículo 61.1 exige a los administradores que desempeñen su cargo «con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal». En el artículo 65 se establece una prohibición de competencia para los administradores, que «no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo o análogo o complementario género de actividad que constituya el objeto social, salvo autorización expresa de la sociedad, mediante acuerdo de la Junta general». Y en el artículo 10 se establece una prohibición de concesión de créditos y prestación de garantías y asistencia financiera, así como de anticipación de fondos, a los socios y administradores, salvo acuerdo de la Junta General. En cuanto a la exigencia de responsabilidad, el artículo 69 se remite a lo establecido en la LSA.

Acerca de los deberes inherentes al ejercicio del cargo de administrador en la sociedad anónima, cfr., por todos, ALONSO UREBA, *RDM*, 198 (1990), 666 ss.; POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 129 ss.; SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios LSA*, IV, 1994, 101 ss. Estos autores ponen de relieve que la LSA se limita a establecer una pauta general de comportamiento, de carácter abstracto (siguiendo el modelo alemán del «ordenado y minucioso director del negocio», exigiendo, por tanto, una diligencia típica cualificada respecto de la del buen padre de familia), que gira en torno al doble patrón del «ordenado empresario» y «representante leal». La concreción de esa formulación general ha de hacerse teniendo en cuenta el supuesto específico (esto es, el tipo de negocio o actuación de que se trate), el objeto social o tipo de actividad que desarrolle la sociedad, la posición del administrador dentro del órgano y toda una serie de circunstancias objetivas del caso. El deber de diligencia del ordenado empresario le exige al administrador desempeñar su función con profesionalidad, esto es, con la atención, prudencia, dedicación y competencia que cabría esperar de la profesionalidad de un empresario en el sector de actividad en el que se desenvuelve la sociedad. En este punto, ALONSO UREBA, *RDM*, 198 (1990), 669 ss., señala que «no se exigen, por tanto, resultados concretos, sino diligencia respecto de los medios empleados». La diligencia propia del representante leal implica la obligación de actuar conforme al interés social, anteponiendo éste al propio en caso de conflicto de intereses.

Estas pautas establecidas por el Derecho Mercantil son esenciales en la concreción de los deberes inherentes al cargo y han de constituir la pauta interpretativa básica en la determinación de si existió o no infracción del deber y abuso del cargo.

(136) Parece reconducir también el abuso de funciones a la infracción de los deberes de fidelidad y lealtad, DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1142 s. También JIMÉNEZ VILLAREJO, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 25, reconduce el abuso de funciones a «la manifiesta infracción... de los deberes que fijan sus facultades y delimitan el ámbito de sus competencias».

tearse lagunas de punición (137) (formas comisivas que no consistan en disponer o contraer obligaciones, sino en otro tipo de ejercicio desleal del poder de representación, por ejemplo, el no ejercitar acciones de lo que se deriva la pérdida de derechos económicos para la sociedad).

d) El tipo se configura como un delito de lesión y de resultado, cuya consumación exige la producción de un perjuicio económicamente evaluable económicamente (138).

e) En cuanto al tipo subjetivo, se exige dolo y un elemento subjetivo del injusto: que se actúe «en beneficio propio o de un tercero», una exigencia que creo innecesaria y perturbadora, pues crea problemas de prueba (139). En mi opinión, las restricciones del ámbito de lo punible deberían hacerse en la delimitación del sujeto activo y de la conducta típica.

Las exigencias de que la disposición sea «fraudulenta», del abuso del cargo y del adicional elemento subjetivo parecen estar orientadas a la exclusión del dolo eventual (140), efectuándose así una nueva restricción del ámbito de lo punible.

f) El sistema de sanciones propuesto sigue basándose en la privación de libertad y la multa, olvidando la posibilidad de aplicar una pena de enorme eficacia en estos casos, que es la inhabilitación para el ejercicio de la actividad profesional en el marco de la cual se cometió el delito, una pena que sí aparecía en el Anteproyecto y Proyecto de 1992.

Ciertamente, en virtud del artículo 56 NCP, la pena de prisión establecida en el tipo lleva aparejada la pena accesoria de inhabilitación especial para la «profesión, oficio, industria o comercio..., si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación», pero en mi opinión hubiera sido preferible establecerla como pena principal del delito, y no como

(137) Así lo señala BACIGALUPO, Madrid, 1994, *Symposium*, 205, respecto del CP austriaco.

(138) Así lo destacan también MATA Y MARTÍN, *RdS*, 5 (1995), 175 s.; MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, en VV. AA., *El nuevo Código Penal y su aplicación a empresas y profesionales* (editado por el diario *Expansión*), 1996, 382; RODRÍGUEZ RAMOS, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 91, entendiendo todos ellos el perjuicio como efectivo menoscabo económico. De otra opinión, JIMÉNEZ VILLAREJO, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 25 ss., al no exigir menoscabo patrimonial inmediato, sino que «a efectos de activos patrimoniales el perjuicio puede alcanzar derechos o valores, siempre que tengan una traducción económica».

(139) En el mismo sentido, TERRADILLOS, *Delitos societarios*, 1987, 94. También plantea esta posibilidad GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 95.

(140) Cfr. DEL ROSAL BLASCO, en VIVES (Coordinador), *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1444. De otra opinión parece ser RODRÍGUEZ RAMOS, *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, 1, 1996, 92, pues exige para el dolo que el sujeto conozca «que su comportamiento entraña segura o probablemente un perjuicio económico», con lo que parece inclinarse por la admisión del dolo eventual.

accesoria, entre otras cosas, porque la pena de prisión se prevé como alternativa a la de multa, de forma que si se impusiera la multa ya no podría imponerse la inhabilitación especial.

Por lo demás, ha de tenerse en cuenta que de las normas mercantiles se desprende la prohibición legal de nombrar como administrador, entre otros, «a los que hubieran sido condenados por graves incumplimientos de leyes o disposiciones sociales» (arts. 124 LSA y 50 LSRL), entre los que la doctrina mercantil entiende que sin duda se encuentran las conductas que dan lugar a la condena por un delito societario, por lo que ésta implicaría la inhabilitación para el ejercicio del cargo de administrador (141).

g) Por lo que se refiere al problema concursal, como ya se expuso anteriormente, resultará difícil que se plantee con el delito de estafa, dada la mecánica comisiva de éste, ya que quien dispone fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contrae obligaciones es el propio administrador desleal en nombre de la sociedad, coincidiendo, por tanto, sujeto activo y pasivo del eventual engaño.

Respecto de su delimitación con el delito de apropiación indebida, la cuestión es más complicada. En principio, el nuevo tipo debería venir a colmar el vacío punitivo que hemos puesto de relieve al analizar la apropiación indebida, esto es, casos en los que no existe apropiación definitiva (o no puede probarse) y casos en que el administrador —o los socios—, dentro del ámbito de sus competencias propias, realizan un ejercicio abusivo o desleal de las mismas. En estos casos no existe problema concursal alguno. Ahora bien, no podemos pasar por el alto el paralelismo existente entre ambos delitos, tal y como han quedado definitivamente configurados, por lo que no serán infrecuentes los supuestos en que exista una auténtica apropiación indebida cometida en el ámbito societario. ¿Cómo debe actuarse en estos casos?

En contra de la opinión de un cierto sector doctrinal (142), según el cual este precepto es ley especial frente a la apropiación indebida del artículo 252 (pese a reconocer que ello supone un defecto notable del CP, ya que esta solución privilegia absurdamente la comisión de apropiaciones indebidas en el ámbito societario, pues la pena del 252 es de prisión de seis meses a cuatro años, pudiendo agravarse a prisión de uno a seis años y multa, y la del 295 de prisión de seis meses a cuatro años —como el tipo básico de apropiación indebida— o multa), creo que tal solución es inaceptable desde el punto de vista político-criminal y que debe buscarse otra más satisfactoria. Esta sería, en mi opinión, bien optar por el concurso de leyes, entendiendo que el artículo 295 se encuentra en relación de subsi-

(141) Así, POLO, en URÍA/MENÉNDEZ/OLIVENCIA, *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, VI, 1992, 90; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios*, 1996, 107.

(142) Cfr., LÓPEZ GARRIDO/GARCÍA ARÁN, *El Código Penal de 1995*, 1996, 147; DEL ROSAL BLASCO, en VIVES y otros, *Comentarios al CP 1995*, 1996, 1443.

diariedad tácita con los tipos de apropiación indebida y estafa, caso de darse los presupuestos de éstos (143), o bien –lo que probablemente sea más correcto–, optar por el concurso de delitos (ideal o real, según los casos), siempre que además del delito societario concurren los presupuestos de la estafa o la apropiación indebida (144). Esta solución permitirá agravar la pena en los supuestos cometidos en el ámbito societario, cuyo desvalor es objetivamente mayor por la pluralidad de intereses en juego y la posible afectación –mediata– del orden socioeconómico, ante la importancia de las sociedades en la vida económica actual.

(143) Solución por la que parecían inclinarse expresamente tanto el Proyecto de 1980: «salvo que el hecho constituyere delito más grave» (art. 368), como el Anteproyecto de 1983 (art. 297): «salvo que el hecho fuere punible de acuerdo con el art 247» (apropiación indebida).

(144) La posibilidad de concurso de delitos entre la apropiación indebida y la *Untreue* es ampliamente admitida por la doctrina y la Jurisprudencia alemana, siempre que el ánimo de apropiación surja después de tener la cosa bajo custodia. Si es previo, se considera la apropiación indebida un acto posterior copenado. Pero téngase en cuenta que la *Untreue* alemana es un delito patrimonial común, y no societario. Cfr. al respecto, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 24.^a, 1991, § 266, núm. 55; DREHER/TRÖNDLE, *StGB* 47.^a, 1995, § 266, núm. 28 s.; HAFT, *BT*, 5.^a, 1995, 234; WESSELS, *BT/2*, 18.^a, 1995, 186 (núm. 733). Especial consideración merece la exposición de LABSCH, *Untreue*, 1983, 229 ss., para quien el fundamento del concurso de delitos se basa en un correcto entendimiento del tipo, cuyo elemento configurador básico es la ruptura de la lealtad, lo que permite diferenciarlo de los restantes delitos patrimoniales y afirmar su concurrencia con ellos cuando, además de esa deslealtad, se realiza el comportamiento típico de la estafa o la apropiación indebida.

A favor de esta solución en nuestro Derecho –aunque desde un planteamiento de *lege ferenda*– también MARTÍNEZ PÉREZ, *EPCrim XVII*, 1994, 317; Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, I, 1995, 325.

El juicio de adecuación de la conducta

Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) Teoría de la imputación objetiva. Cuestiones metodológicas. B) Excurso: ¿Imputación del suceso al sujeto o imputación del comportamiento al tipo?—II. CREACIÓN DE UN PELIGRO TÍPICAMENTE RELEVANTE: A) Creación de un peligro. Peligrosidad de la conducta. B) El juicio de adecuación. C) Sobre lo objetivo y lo subjetivo en la imputación objetiva: ¿Distinto grado de adecuación en delitos dolosos e imprudentes? D) Sobre lo objetivo y lo subjetivo en la imputación objetiva (y 2): Los conocimientos especiales del agente.—III. TENTATIVA. FUNDAMENTO DE PUNICIÓN Y TENTATIVA INIDÓNEA: A) Fundamento de punición de la tentativa: 1. Exposición doctrinal, *a)* Teoría de la falta de tipo, *b)* Teoría del peligro abstracto: inidoneidad relativa y absoluta, *c)* Teoría del peligro concreto; 2. Consideraciones críticas; 3. Posición personal y nuevo Código Penal.

I. INTRODUCCIÓN

A) Teoría de la imputación objetiva. Consideraciones metodológicas

En una primera aproximación, puede afirmarse que para que un resultado sea objetivamente imputable a una conducta, es necesario, además de una relación causal científico-naturalmente constatable, que dicha con-

ducta haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado que sea el que se realiza en el resultado, perteneciendo el resultado acaecido al ámbito de protección de la norma vulnerada; es decir, que fuera uno de los que dicha norma estuviera llamada a evitar (1). Descomponiendo el enunciado anterior, podemos distinguir tres criterios o elementos nucleares del juicio de imputación: creación de un riesgo típicamente relevante (2), realización del riesgo en el resultado y la pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma. Apenas existen, entre quienes defienden la teoría de la imputación objetiva, discrepancias de contenido en este punto, si bien se dan opiniones controvertidas en aspectos relativos a la ubicación sistemática de dichos criterios y a consideraciones metodológicas relativas al propio ámbito de lo que ha de llamarse una teoría de la imputación, además de a cuestiones de índole terminológica.

Estas dos últimas cuestiones, sobre las que a modo introductorio quiero tratar, están íntimamente relacionadas. Es sabido que la teoría —o la tónica— de la imputación objetiva ha venido siendo tradicionalmente referida al resultado. Es decir, ha consistido en la búsqueda de criterios para poder imputar un resultado a un comportamiento. Como afirma Wolter, «sólo en los últimos tiempos se ha intentado ampliar el campo de visión, incluyendo en la doctrina de la imputación también las formas peligrosas de comportamiento» (3), es decir, la creación del peligro típicamente relevante en el que encuentra su explicación la producción de un resultado. Es más, han sido varios los autores que han reivindicado la teoría de la imputación objetiva como un instrumento aplicable a todo el sistema del Derecho Penal (4). Aportaciones paradigmáticas en este sentido son las de

(1) Cfr., entre otros, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, 1992, pp. 30 y 40; SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, «Estudio preliminar», en *La imputación objetiva en Derecho Penal*, JAKOBS, Civitas, 1996, p. 35 ss.

(2) Opto por esta expresión por entenderla más correcta que otras como «jurídicamente desaprobado» o «jurídicamente desvalorado», en lo referido a la consideración de causas de justificación, si bien, como afirma MARTÍNEZ ESCAMILLA, es una cuestión puramente terminológica. *Vid. La imputación objetiva del resultado*, cit., p. 40, nota 143, con ulteriores referencias.

(3) En «Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*», en *El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales*, SCHÜNEMANN (comp.), 1991, p. 108.

(4) Así, WOLTER, que afirma incluso que los criterios de imputación objetiva operan ya en ocasiones antes del tipo objetivo del ilícito, «La imputación objetiva y el sistema moderno de derecho penal», en *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (edit.), 1994, p. 66.

Cfr. también TORÍO LÓPEZ, «Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1986; quien considera que la tradicional aplicación de la teoría de la imputación objetiva a los delitos de resultado «es excesivamente angosto y limitado», y entiende que la imputación objetiva es un «principio metódico superior... que se ramifica y disemina realmente a través de todo el sistema. También informa los delitos de simple actividad, las teorías de la tentativa y de la partición criminal (así en el original. Presumo que se refiere a la participación criminal)» pp. 34-35. BUSTOS, por

Jakobs y Frisch (5). Ambos reformulan la imputación objetiva como una teoría del tipo objetivo, desarrollando una sistemática centrada en la imputación del comportamiento. No es momento de entrar a analizar los planteamientos de ambos autores. Si quisiera, sin embargo, servirme de sus bases metodológicas para resaltar una cierta disfuncionalidad teórica que se da en ocasiones cuando relacionamos el concepto de «imputación» con el de la conducta jurídico-penalmente relevante; es decir, cuando hablamos de lo que ha venido en llamarse el primer criterio de imputación: la creación de un riesgo. Para Jakobs, la calificación de la conducta como típica, recibe la denominación de «imputación objetiva del comportamiento», entendida ésta, básicamente, como interpretación, en cuanto acto comunicativamente relevante, de tal comportamiento, en base a determinados criterios normativos (6). Frisch, en cambio, entiende dicho primer nivel de imputación como propio de una «teoría de la conducta típica», relegando la denominación de «imputación objetiva» para las causaciones de resultado en sentido estricto. Frisch pretende sustituir el criterio de «creación de riesgo objetivamente desaprobado» por el ya citado del topos de la conducta típica. (7) La cuestión estriba en determinar si puede hablarse de una imputación del comportamiento, o sólo de la imputación del resultado, si bien entendiendo necesario el requisito previo de la constatación de la creación de un riesgo típicamente relevante, por cuanto la imputación de un resultado «ha de basarse en la creación de un riesgo asimismo imputable» (8).

su parte, y partiendo de una crítica a las concepciones habituales de la teoría de la imputación objetiva, extiende sus criterios también a las condiciones objetivas de punibilidad. *Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)*, Es. Pen. y Crim., 1986-1987, p. 142. También ha de ser mencionado, por último y entre otras, la aportación de REYES ALVARADO, quien en su obra *Imputación objetiva*, 1994, y siguiendo a JAKOBS, intenta fundamentar una teoría globalizadora de todo el ámbito del injusto, teoría que, «como determinadora del injusto del comportamiento, es aplicable a todos los tipos de la parte especial, esto es, tanto a los delitos de resultado como a los de peligro, por igual a los ilícitos dolosos y culposos, así como a las acciones y omisiones, y también debe ser referida tanto a los delitos consumados como a los tentados, puesto que para saber si una conducta es reprochable a título de tentativa, es indispensable que con ella se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual posteriormente resulte concretado en el resultado». pp. 81-82.

(5) Puede encontrarse una exposición paralela de ambos planteamientos en SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., pp. 50 ss.

(6) Vid., JAKOBS, *Derecho Penal. Fundamentos y Teoría de la imputación*, 1995, pp. 223 ss. También la exposición, ya citada, de SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, pp. 67 ss.

(7) Vid., FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, 1995, pp. 92 ss.

(8) WOLTER, *Imputación objetiva y personal...*, cit., p. 108. Por otra parte, y como afirman SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., pp. 55, nota 97, este aspecto, al menos en lo terminológico, parece estar más claro en la doctrina española, existen discrepancias sobre si esa primera categoría de creación del riesgo debe pertenecer propiamente a la teoría de la imputación objetiva o debe ser un criterio previo anterior. Por enfrentar dos obras recientemente aparecidas sobre la materia, mientras que

Antes de entrar, brevemente, a tratar dicha interrogante, conviene decir que en general, la doctrina ha venido afirmando que la opción entre incluir la categoría «creación de un riesgo desaprobado» dentro de la teoría de la imputación objetiva o, por el contrario, entenderlo como un presupuesto de la misma, es una cuestión básicamente terminológica, sin consecuencias relevantes de contenido (9), aunque a juicio de Frisch, la postura que él defiende —ya mencionada: imputación sólo referida al resultado—, conlleva consecuencias en, por ejemplo, materia de tentativa; según este autor, su teoría puede explicar sin fricciones por qué cuando no se da el presupuesto de la imputación: creación de un riesgo objetivo desaprobado, no sólo no se imputa el resultado sino que ni siquiera se castiga por tentativa de delito. También, a su juicio, implica una mejor compatibilización con la introducción de elementos personales en el enjuiciamiento de la conducta —conocimientos personales—. Después entraré a tratar sobre esta materia, relacionada con la cuestión de si la imputación objetiva puede ser realmente considerada objetiva.

B) Excurso: ¿Imputación del suceso al sujeto o imputación del comportamiento al tipo?

La doctrina mayoritaria, cuando estudia la figura «creación de un riesgo típicamente relevante» como requisito previo para la imputación del resultado —ya sea como primer nivel de una teoría de la imputación objetiva, ya como un elemento externo a la misma—, suele considerar sus elementos —riesgo permitido, adecuación social, previsibilidad, adecuación...— como «criterios de imputación». Se habla así de que, en los casos en que no ha sido superado el riesgo permitido, no podrá imputarse el resultado ni podrá serle imputada la acción tampoco como tentativa. Por contra, algunos autores se han manifestado sobre el escaso rigor terminológico de dichas afirmaciones, considerando que tienden a confundir lo que son el juicio de imputación y el juicio —posterior— de valoración de la conducta (10). Ambos

MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., pp. 41 a 44, partiendo de razones históricas, engloba dentro de la imputación objetiva la creación de un riesgo típicamente relevante; CORCOY BIDASOLO considera la creación de un riesgo el presupuesto de la imputación del resultado, entendiendo que incluirlo dentro de una teoría de la imputación conllevaría una duplicación del juicio de tipicidad. Cfr., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 1989, pp. 438-439.

(9) En este sentido se manifiesta MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit. p. 43; y SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., p. 52, quienes, contrastando las ya citadas posiciones de JAKOBS y FRISCH con la doctrina dominante, consideran que «si se atiende, exclusivamente, a los resultados prácticos que derivan de cada una de las concepciones, es claro que no existen tan marcadas diferencias entre los dos sectores doctrinales, partidarios ambos, por lo general, de las mismas soluciones».

(10) En la bibliografía española, especialmente PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico de las actividades peligrosas)*, 1995, pp. 49 a 63.

forman parte de lo que puede llamarse el «juicio de tipicidad», si bien adoptan estructuras y criterios de enjuiciamiento diferentes: mientras que un juicio de imputación –atributivo– supone un «acto de otorgamiento de sentido a fenómenos», es decir, que pretenden proporcionar una explicación (no meramente causal, sino de sentido) a los fenómenos físicos, un juicio de valoración se configura en base a la comparación entre el hecho ya ocurrido y la pauta ideal de conducta establecida por la norma (11). O en otras palabras, «la valoración de un riesgo como permitido o prohibido presupone la confrontación de la conducta efectivamente desarrollada con una conducta hipotética que es la que debería haberse desarrollado» (12). En parecido sentido ha de entenderse la posición ya citada de Frisch, quien considera que la ubicación de la valoración de la conducta en la imputación objetiva es superflua (13). Así, en lo referido a la conducta, juicios de atribución serían la «relación de autoría» y el dolo. En palabras de Paredes Castañón, «los actos de otorgamiento de sentido en que consisten la afirmación de la autoría o la afirmación del dolo aún no significan necesariamente que la conducta de la que el sujeto se afirma que es autor sea lícita o ilícita» (14). De esta forma, el juicio de imputación habrá de ser lógicamente previo, pues sería absurdo considerar lícito o ilícito un mero acontecimiento fenomenológico al carecer éste de «sentido».

Para iluminar esta cuestión podemos servirnos de la tradicional distinción entre reglas de comportamiento y reglas de imputación, de la forma como son expuestas por Hruschka en un estudio reciente (15). Dicho autor, retomando argumentos de autores del Iluminismo alemán como Grotius, Kant o Daries, distingue, dentro de las reglas de comportamiento, dos momentos. El primero tiene carácter prospectivo, en el que dichas normas adoptan la forma de mandatos o prohibiciones que se dirigen al sujeto sometido a la norma indicándole lo que debe hacer o dejar de hacer. Tienen, por tanto, una función de determinación de las conductas, de configuración de la vida social. Por otro lado, las reglas de comportamiento operan también en un momento posterior, retrospectivo, en el cual su función es la de baremo de medición, que lleva aparejada la valoración de la que resulta la tipicidad o atipicidad de la conducta. De las

(11) Cfr., sobre todo ello, PAREDES CASTAÑÓN, cit., pp. 51 y 52.

(12) REYES ALVARADO, cit., p. 117

(13) Citado por PAREDES CASTAÑÓN, cit. p. 54, nota 51.

(14) *Ibid.*, p. 52. El mismo autor aclara que «no se debe errar... sobre el modo en que puede hablarse –por analogía– de «autoría» o de conducta «dolosa» incluso en el caso de conductas lícitas. Pues, en efecto, dichas formas de hablar son, en Derecho Penal, meramente analógicas, útiles cuando estamos procediendo a un examen diferenciado de los distintos niveles de análisis de la conducta humana, pero que no pueden implicar nunca por sí solas valoración alguna de la misma» (entrecorillado y cursivas en el original).

(15) «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», en *ADPCP*, 1994, pp. 343 ss.

reglas de comportamiento han de distinguirse las *reglas de imputación*. «Éstas, desde un punto de vista lógico, no pertenecen al sistema de reglas de comportamiento..., sino que forman un sistema de reglas propio» (16). En la imputación se dan dos niveles: la *imputatio facti*, que consiste en la imputación de un proceso como ejecución de una acción o de una inactividad como una omisión a un sujeto, es decir, que el juzgador, quien será el encargado de aplicar dichas reglas de imputación, tomará el acontecimiento físico como un hecho, «como un *factum* en el sentido originario de la palabra, esto es, como algo que ha hecho un sujeto agente» (17). Y esto en el sentido de que el sujeto agente ha tenido una alternativa a su acción, es decir, que ha podido actuar de otra manera. Frente a ésta, la imputación del segundo nivel –*imputatio iuris*– se refiere a un juicio sobre la culpabilidad del autor. Ambas clases de reglas están sometidas a un orden lógico para su aplicación conjunta. Así, como ya dijimos, la imputación del primer nivel –que se correspondería con lo que hemos llamado «relación de autoría»– debe preceder a la aplicación de las reglas de comportamiento en su función de baremo de medición –valoración–, ya que «*sólo de un hecho que sea... imputado en el primer nivel, y no de un acontecimiento físico o de su no acaecimiento, se puede decir que está sometido a leyes... Sólo un hecho que sea en tal medida imputado puede ser o no ser antijurídico*» (18). En cambio, la imputación del segundo nivel –culpabilidad– presupone la aplicación de las reglas de comportamiento al hecho, habiendo de ser el hecho antijurídico (19).

Por tanto, podemos decir que dentro del «juicio de tipicidad» existen dos momentos separables y que deben ser separados (20), que atienden a

(16) *Ibid.*, p. 346. Cursivas mías.

(17) *Ibid.*, p. 347.

(18) *Ibid.*, p. 348. (Cursivas mías.) Esto ya aparecía como principio en la filosofía idealista. *Vid.*, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., p. 22.

(19) En palabras de KANT, citadas por HRUSCHKA, *Ibid.*, p. 351: «la culpabilidad presupone siempre un injusto». Parecidos argumentos pueden encontrarse en REYES ALVARADO, cit., p. 114 ss.; quien, sin embargo, entiende de forma diferente el contenido de la *imputatio iuris*, siendo ésta para dicho autor lo que para HRUSCHKA es la segunda función de las normas de comportamiento. Así, REYES distingue, dentro de la imputatio plena, por un lado la *imputatio facti*, utilizada para calificar un suceso como la conducta de un sujeto, y por otro –y en un segundo momento lógico– la *imputatio iuris*, en base a la cual se declara conforme o contraria a Derecho dicha conducta. Partiendo de esta diferenciación, sostiene que cuando LARENZ hace recaer la imputación «en el poder de actuar como manifestación de un querer representativo de la libertad», está haciendo referencia a la *imputatio facti*. Asimismo, HONIG, quien además de la posibilidad de actuar introduce el elemento del deber, de lo que debía hacer el sujeto, cuando se refiere al primer caso: posibilidad de actuación, está hablando de la *imputatio facti*, tras la que habrá de contemplarse si el sujeto tenía el deber de evitar el resultado, momento de la *imputatio iuris*.

(20) Afirma FRISCH, citado por PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 54, nota 50, que la diferenciación conceptual y sistemática debe poseer un valor propio en el trabajo

naturalezas diferentes y cuyos criterios de enjuiciamiento son también diferentes. Lo que ocurre es que dicha operación lógica bifásica irá unida en un enjuiciamiento global, teleológicamente indiferenciable. Como afirma Armin Kaufmann, «en el objeto de la norma no es posible... separar la acción descrita del autor de la acción, dado que una acción sin el hombre que la ejecuta resulta impensable» (21). Pero en rigor, sólo impropia-mente puede hablarse de una «imputación de la conducta al tipo» (22), puesto que lo que en realidad se está realizando es un proceso de subsunción y un consiguiente juicio de valoración, contrastando la conducta realizada con la que la norma imponía o prohibía. De cualquier forma, advierte el mismo Paredes Castañón, que si «se identifica el concepto de “imputación” con cualquier acto de atribución –en el sentido gramatical del término–, esto es, de conexión (en Derecho, por decisión normativa) entre fenómenos (conducta y antijuridicidad o culpabilidad, supuesto fáctico y consecuencia jurídica...), entonces sí que es posible afirmar que la valoración jurídico-penal de la conducta es un juicio de imputación: en cuanto que, efectivamente, la valoración de la conducta es un acto de atribución, por decisión normativa, de cualidades –desvalor o no– a la misma a los ojos del ordenamiento jurídico» (23).

No hay que olvidar, por otra parte, que cuando en el ámbito jurídico-penal –y no en la filosofía de la acción– (24) se habla de imputación, ésta viene referida normalmente al resultado, y los criterios de imputación de ese citado primer nivel o nivel previo vienen configurados en función a la relación de dicho resultado con la acción, no de la acción con el sujeto. Se habla así de «imputación del resultado a la acción» o, más exactamente, «imputación del resultado al sujeto» que ha realizado la acción. Las diferencias entre «imputación del comportamiento» –entiéndase como se quiera– e «imputación del resultado» se complican según como se conciba dicho resultado. Ejemplo paradigmático es Jakobs, quien expresamente propugna una «imputación del comportamiento» en base a lo que el sujeto debía –a tenor a determinada posición de garante fundada en la expectativa normativa– hacer (o más correctamente, en base a lo que debía esperarse del sujeto): juicio de valoración, y no en base a lo que el sujeto podía hacer: juicio de atribución, lo que ya viene presupuesto. Dicho autor entiende el resultado no naturalísticamente, sino como que-

dogmático (en la medida en que el mismo cumple una función interpretativa del Derecho positivo, y que toda interpretación opera mediante diferenciaciones e individualizaciones sucesivas de conceptos y criterios). En similar sentido, LARENZ, *Metodología del la ciencia del Derecho*, 1994, p. 275.

(21) *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Depalma, 1977, p. 141.

(22) PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 49.

(23) *Ibid.*, p. 51, nota 37.

(24) *Vid.*, para una perspectiva reciente, MANUEL CRUZ, ¿A quién pertenece lo ocurrido?, 1995, *passim*.

brantamiento de la validez de la norma, resultado que se da de igual forma en la tentativa que en la consumación, por tanto (25). Del mismo modo, la acción es entendida como la «causación del resultado individualmente evitable», fundiéndose los conceptos de acción y de resultado específicamente jurídico-penal (26).

Desde otra perspectiva, las dificultades para diferenciar ambos juicios se dan por cuanto ambos forman parte del citado «juicio de tipicidad», por lo que también para la atribución de la acción al sujeto habrán de utilizarse criterios dados por el legislador. Como afirma Hruschka, «ha de distinguirse, por principio, entre la cuestión lógica de la diferencia entre los distintos sistemas de reglas a aplicar y la cuestión hermenéutica de si en la constitución del caso jurídico no será necesario «un ir y venir de la mirada» entre la *lex* y el *factum*» (27).

En conclusión, podemos decir que el juicio de atribución supone una explicación, un otorgamiento de sentido a un acontecimiento fenoménico. Esto se produce explicando el hecho como la obra de un sujeto agente. Una vez dotado de sentido —«convertido» en conducta—, entra en juego el juicio de valoración, que enfrenta al ordenamiento vigente dicha conducta, y la compara con la norma concreta del tipo penal, considerándola acorde o contraria al ordenamiento. Pero en ese momento de valoración la conducta no deja de «pertenecer» al sujeto agente, es decir, no se valora autónomamente como «objeto» aislado, sino que en ese juicio de valoración se está «atribuyendo» un sentido determinado —un sentido jurídico-penal, que es a su vez un sentido social— a la acción del sujeto. Dicho de otra forma, no se le está atribuyendo al sujeto únicamente una acción, sino que se le está atribuyendo una acción jurídico-penalmente relevante, una acción típica. No es que esto suponga una inversión del orden: primero el juicio de valoración y después la atribución de la conducta típica, ni tampoco que sólo exista un juicio con una única naturaleza (28), sino que ambos juicios se dan en un mismo momento, son simultáneos.

(25) Cfr. JAKOBS, cit., 25/15, p. 861.

(26) *Ibid.*, 6/20 p. 168. Esto no quiere decir que JAKOBS prescinda del resultado naturalístico. También incluye criterios de imputación de dicho resultado. A los postulados de JAKOBS se les ha criticado precisamente la falta de claridad en la relación entre el quebrantamiento de la validez de la norma, resultado como lesión al bien jurídico, y resultado entendido científico-naturalísticamente. *Vid.*, sobre ello, SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., 86.

(27) *Cit.*, p. 349; en igual sentido LARENZ, cit., 275. También RUDOLPHI, «El fin del Derecho Penal del Estado y las formas imputación jurídico-penal», en *El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales*, SCHÜNEMANN (ed.), 1991, p. 90, cuando afirma que la «imputación personal del comportamiento» «no se trata sólo de una cuestión empírica, sino también de la cuestión normativa de qué medida de aplicación de fuerza se exige de los ciudadanos para el dominio de sus formas externas de comportamiento».

(28) Como afirma PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 51, «un acto de atribución no es nunca un acto de valoración». Y viceversa.

II. CREACIÓN DE UN PELIGRO TÍPICAMENTE RELEVANTE

Como ya se dijo, para poder imputar un resultado, éste habrá de ser producto del peligro desarrollado por una conducta también imputable, es decir, desvalorada. Consecuencia de esto es entender como presupuesto —o como primer nivel— de la imputación, la creación de un riesgo contrario a la norma. A continuación quisiera analizar brevemente algunos criterios de imputación —mejor, de valoración (*vid. supra*)— de la conducta, así como algunas implicaciones sistemáticas que pueden derivarse de una determinada concepción del injusto acorde a las afirmaciones anteriores.

A) Creación de un peligro. Peligrosidad de la conducta

No es necesario entrar a desarrollar los motivos por los que el peligro ha de ser un concepto fundamental en el ámbito de la teoría jurídica del delito. Baste decir que su concurrencia sirve para fundamentar y, recíprocamente, para limitar la intervención punitiva del Estado; y, por lo tanto, es criterio clave para la prohibición o la imposición de ciertas conductas. Así, a nivel de principio, sólo pueden ser prohibidas conductas que impliquen un riesgo de lesión para los objetos de protección de las normas, los bienes jurídicos (29). Esto es conceptualizado por la doctrina como el principio de ofensividad o de lesividad (30). Congruentemente, no podrán ser prohibidas ni, por tanto, punibles conductas que no representen peligro de lesión al bien jurídico (*nullum crimen sine iniuria*).

Intrínsecamente relacionada con dicha exigencia de lesividad viene dada la concepción liberal de un Derecho Penal del acto: «toda infracción penal requiere la exteriorización y materialidad de un hecho y, además, que este hecho lesione o ponga en peligro un bien jurídicamente tutelado. Se traza así la frontera entre el ilícito penal, de un lado, y, de otro, las actitudes internas y los hechos carentes de lesividad, totalmente impunes» (31).

Como puede verse, la concepción del peligro, o mejor, de la acción peligrosa, es inseparable de la perspectiva de un resultado, hacia el que se dirige dicha acción, dicho peligro. Esto es presupuesto lógico previo

(29) Cfr., entre otros muchos, PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 100: «... nuestro actual Derecho Penal ha de guiarse, en cuanto a la declaración de antijuricidad de las mismas, fundamentalmente por consideraciones de *peligrosidad* de las mismas para los bienes jurídicos. Cualquier otra perspectiva debe quedar, por ello, subordinada a ésta». (Cursivas en el original.)

(30) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *ADPCP*, 1990, pp. 5 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, «Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal», *Poder Judicial*, núm. 28, 1992, pp. 7 ss.

(31) GONZÁLEZ CUSSAC, cit., p. 7; *vid.*

—anormativo— de una teoría de la imputación objetiva (32). De otra forma: el peligro es probabilidad de lesión.

Pero la concurrencia de peligro puede ser contemplada de diferentes maneras. Básicamente de dos: como estado —peligro como una situación de la que se ve precedida la lesión del bien jurídico, como un estado conceptualmente separable, diferenciable de la acción a la que sucede: el peligro como estado o «puesta en peligro» (33)—; o como característica de la acción —«como un atributo del comportamiento para el cual podría reservarse la expresión peligrosidad de la conducta» (34)—. Dicha diferenciación se basa en la perspectiva que se adopte para su observación: la peligrosidad de la acción ha de ser enjuiciada desde un punto de vista *ex ante*, teniendo en cuenta como base del juicio los datos fácticos y conocimientos nomológicos que pudieran conocerse en el momento de la acción, mientras que el peligro como un estado, como un resultado, habrá de ser contemplado *ex post*, tomando no sólo los datos reconocibles *ex ante*, sino también los obtenidos una vez realizada la conducta (35). La cuestión es entonces determinar con cuál de ambas perspectivas habrá de operar la imputación objetiva en su primer nivel, que es el que ahora nos interesa. No hay duda —ni discrepancias doctrinales— en afirmar que ha de ser el peligro como atributo de la conducta, la «peligrosidad», lo que ha de ser contemplado cuando se esté hablando de «creación de un riesgo típicamente relevante» (36). El riesgo como resultado también será tomado en cuenta, pero en un nivel posterior: «para considerar el resultado objetivamente imputable, entre los diferentes estadios de riesgo que preceden a la lesión del bien jurídico ha de existir una correlación. Misión de la imputación objetiva será precisamente el delinear los términos de dicha correspondencia. Al resultado típico ha de preceder,

(32) Presupuesto y no contenido, puesto que lo que la moderna teoría de la imputación objetiva exige no es la concreción del peligro de una acción en un resultado, sino que el resultado sea consecuencia del peligro típicamente relevante, es decir, sometido al juicio de valoración normativo.

(33) MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 54.

(34) *Ibid.*, *vid.*, también, CORCOY, cit., p. 38, acogiendo una terminología diferente —«puesta en peligro» como característica de la acción, y «lesión» como estado de peligro—. *Vid.*, crítica a esta opción terminológica en MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 57, nota 184.

(35) Cfr., MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., pp. 54 y 55, quien afirma que «el elemento básico diferenciador de ambos conceptos no es sino los factores o circunstancias que son tenidos en cuenta a la hora de enjuiciar las posibilidades de lesión del bien jurídico». Contrapone expositivamente ambas perspectivas también RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, p. 30; *vid.*, también, MIR PUIG, «La perspectiva *ex ante* en Derecho Penal», en *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 93 ss.

(36) Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 56-57; CORCOY BIDASOLO, cit., p. 146; MIR PUIG, obra y páginas cit., SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal», en *El sistema moderno de Derecho Penal*, SCHÜNEMANN (ed.), p. 76, nota 148; RUDOLPHI, cit., p. 87, entre otros.

como estado inmediatamente anterior... una puesta en peligro del bien jurídico protegido, y ésta ha de ser precisamente consecuencia, manifestación de la peligrosidad inicial de la conducta en virtud de la cual su realización estaba prohibida» (37).

Frisch, sin embargo, basa una de las críticas que lanza hacia la teoría de la imputación objetiva tal y como es entendida en forma mayoritaria precisamente en que dicha teoría entiende el peligro «en cierta medida como una magnitud autónoma junto al comportamiento, esto es, pensado como una suerte de resultado intermedio junto al resultado propiamente dicho» (38). Dicho autor entiende, de forma acorde con su teoría de la conducta típica, caracterizada por dar mayor relevancia al desvalor de la acción, que el riesgo que ha de tenerse en cuenta es uno «concebido como una cualidad específica de la propia conducta, la cual, posee, a la luz de nuestros correspondientes conocimientos de experiencia..., la idoneidad cualificada... para producir el correspondiente resultado» (39).

B) El juicio de adecuación

El Derecho Penal ha de ocuparse únicamente de las conductas peligrosas para los bienes jurídicos protegidos por el mismo. Y un comportamiento es peligroso «cuando es generalmente adecuado para la causación del resultado típico y es adecuado cuando, en una primera aproximación, aumenta de manera no insignificante las posibilidades de su producción» (40). Primera aproximación que no es suficiente para determinar lo que se entiende por una conducta adecuada. Hay que decir, en primer lugar, que lo que puede llamarse «teoría de la adecuación» no es ya una teoría de la causalidad, sino una «teoría de la imputación» (41). Se pretende determinar, según criterios normativos, cuándo el peligro que conlleva una conducta es jurídico-penalmente relevante. Es inevitable, y más si ese peligro se determina desde una perspectiva *ex ante*, recurrir a criterios probabilísticos para determinar el grado de peligro (42). Pero tras ellos lo único que se habrá obtenido es un dato fáctico, estadístico, de tal peligro, no la base de valoración que disponga a partir de que grado de peligro habrá de considerarse prohibido. Como puso de manifiesto Gimbernat, todo señalamiento de un punto concreto a partir del cual sea prohibi-

(37) MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., 56.

(38) FRISCH, cit., p. 95. Similares críticas pueden verse en BUSTOS RAMÍREZ, cit. pp. 114-116.

(39) FRISCH, cit., p. 95.

(40) MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 79.

(41) ROXIN, *Problemas básicos de Derecho Penal*, 1976, p. 131. GÓMEZ BENÍTEZ, «Teoría jurídica del delito», *Derecho Penal. Parte general*, 1984, p. 186. Sobre las críticas a la antigua teoría causal de la adecuación, *vid.* REYES ALVARADO, cit., pp. 22 ss.

(42) Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 180.

do el peligro —la acción peligrosa— sería arbitrario, y las acciones que quedasen a izquierda y derecha de esa barrera serían casi idénticas (43). Entonces, el problema que se plantea, y al que ya se ha hecho referencia, es el de la relevancia jurídica de la peligrosidad, problema que habrá de resolverse necesariamente atendiendo a criterios normativos, «puesto que el mero juicio de probabilidad nada nos puede decir sobre su propia relevancia» (44). Dicho límite sólo podría, en principio, ser determinado por aproximación indiciaria. Así, algunos autores hablan de un «grado no demasiado alto de posibilidad», otros de una «mínima probabilidad», de una posibilidad «no excesivamente pequeña», de una probabilidad «rayana en la seguridad», etc. (45).

Para determinar la adecuación de una conducta viene utilizándose la fórmula de la «previsibilidad objetiva» (46), la cual define las bases del juicio de peligrosidad para decidir si ésta es adecuada o no para producir el resultado y, por tanto, para considerarlo típicamente relevante. Dicho juicio se realiza por un observador objetivo, situado en la posición del autor en el momento de la acción —*ex ante*— que posee los conocimientos nomológicos propios de un juicio general de la experiencia y los conocimientos ontológicos sobre la acción percibibles desde dicha posición, más los que el autor concreto tuviera —los «conocimientos especiales»—.

(43) GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, de., 1990, p. 43.

(44) PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 193. Afirma en este sentido GIMBERNAT ORDEIG, cit., p. 153, que «la diferencia entre riesgo permitido y riesgo prohibido no consiste en la diversa magnitud del peligro, sino sólo en que unas veces es lícito y otras no». También TORÍO LÓPEZ, cit., p. 41, distingue ambos juicios: habla primero de un juicio de pronóstico y después de un definitivo juicio de valor, en el que «se decide la antinormatividad del comportamiento, es decir, el contraste del comportamiento con una norma jurídica», si bien incluye en el primero el «pensamiento de la adecuación», confundiendo, a mi entender, lo que es el grado de tendencia con los criterios normativos de valoración del peligro. En realidad, todo depende de cómo se entienda el término «adecuación», si como un mero dato fáctico, empírico, de relación medio-fin entre la acción y el resultado —el problema es el grado: ¿adecuada = posible?, ¿adecuada = probable?, ¿muy probable?...— o como la valoración de peligro, como aquí se hace —acción adecuada (para producir el resultado) = acción prohibida—; o dicho de otra forma, si como una teoría de la causalidad o como una teoría de la imputación. *Vid.*, en relación a esto último, nota 40.

(45) Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 97.

(46) En realidad, la disparidad terminológica en este ámbito es bastante habitual. Por ejemplo, Corcoy prefiere utilizar el término «probabilidad» al de «previsibilidad», pero no para determinar el grado de riesgo, sino para determinar el deber objetivo de cuidado, y sustituye el concepto de «adecuación» por el del primer criterio de imputación, como creación de un riesgo típicamente relevante. *Vid.*, obra cit., p. 202, y nota 775. También suelen intercambiarse los criterios de previsibilidad objetiva, adecuación y objektive Bezweckbarkeit —traducido al español como «posibilidad objetiva de pretender», «alcanzabilidad», «susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad», «finalidad objetiva», «dominabilidad objetiva», «intencionalidad objetiva», etc. Sobre esto, Corcoy, cit., p. 226; y Martínez Escamilla, cit., p. 35, y nota 127—.

Entendida de esta forma, como juicio normativo de valoración sobre la conducta peligrosa relevante para el Derecho Penal, la previsibilidad objetiva constituye un requisito fundamental (47) para el injusto penal, puesto que viene a determinar el deber objetivo de cuidado, o dicho de otra forma, el margen diferenciador entre lo permitido y lo prohibido (48), tanto en los delitos dolosos como imprudentes (49).

La figura del espectador objetivo representa «el juicio de la sociedad sobre la conducta examinada» (50), o «la figura del Juez como personificación del ordenamiento jurídico» (51). Más allá de esta afirmación, lo que se pretende con ese observador ficticio es dotar de racionalidad la valoración de la conducta, atendiendo a los conocimientos empíricos poseídos por la generalidad de las personas en el momento presente. El hecho de dotar a este observador de los conocimientos equivalentes a los que el autor debería poseer, y no los propios de una «experiencia universal», responde a que se está valorando la conducta de un sujeto concreto, al cual no puede exigírsele más conocimientos que los propios de su deber objetivo de cuidado, ya que «las normas se configuran como estándares de comportamiento, de manera que los miembros de la comunidad puedan orientarse recíprocamente por ellas» (52). Pero dicho observador, como se dijo, también tiene los conocimientos propios del sujeto concreto cuya conducta se valora, por lo que habrán de tenerse en cuenta para ello. Así, el observador tiene los conocimientos del autor, pero no se confunde con él, por lo que, si el sujeto tuviera inferiores conocimientos a los de la mayoría, y en base a ello considerara erróneamente una conducta como peligrosa, no por ello habrá de estar desvalorada —prohibida—, ya que dicho juicio se realiza por el observador objetivo, quien determinará

(47) Aunque no el único, puesto que hay conductas adecuadas —objetivamente previsibles— para causar el resultado que no constituyen un injusto penal, por ejemplo en los casos de «riesgo permitido».

(48) En igual sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 118; CORCOY, cit., p. 226; GIMBERNAT, cit., p. 59.

(49) Vid. GIMBERNAT, cit., p. 59; y WOLTER, *Adäquanz und Relevanztheorie...*, cit., p. 268: «... los delitos dolosos e imprudentes son básicamente idénticos en el injusto objetivo y sus diferencias esenciales se dan sólo en el injusto subjetivo y en la culpabilidad».

(50) FARRÉ, cit., p. 394. Frente a dicha afirmación, es preciso especificar que no se refiere a la valoración que haría la sociedad de la conducta desde criterios éticos, ni tampoco sobre la base de una pretendida peligrosidad abstracta relacionada con la «impresión» que el hecho produce en la sociedad, alterando el sentimiento de seguridad o la paz jurídica, juicio propio de la así llamada «teoría de la impresión». Sobre ello, *vid. Infra*.

(51) WOLTER, *Adäquanz...*, cit., p. 260. Vid. también CORCOY, cit., p. 202: «... el Juez, configurado como espectador objetivo...». Y nota 772: «La figura del espectador objetivo, desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia penal, tiene como fundamento la necesidad de distinguir entre el Derecho procesal y el Derecho penal material: el juicio sobre un elemento del Derecho material tiene que ser independiente del Juez».

(52) SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., p. 66.

la falta de peligrosidad de la conducta (53). Es decir, no es el propio autor del hecho quien determina la relevancia de su propia conducta, sino la norma, representado su juicio por ese espectador. Así, lo determinante para el injusto no es la representación que se haga el sujeto de su acción, sino la que racionalmente –es decir, atendiendo a pautas de interpretación del mundo aceptadas por la mayoría– se determine. Otra cosa sería entender el delito «no como perturbación social, sino únicamente como un acontecer entre individuo y norma» (54). El delito es un fenómeno desarrollado en sociedad, y que debe ser explicado en base a criterios adoptados consensualmente. Este juicio de adecuación sobre la conducta del actor no es únicamente descriptivo, sino que es adscriptivo (55), no es sólo la existencia de una acción, sino una explicación sobre la calidad de la acción. Como afirma Cruz, «la calidad de la acción no la determina en exclusiva, ni mucho menos en privado, el propio agente, sino que ha de poder ser intersubjetivamente controlable». Y añade: «“intersubjetivamente controlable”... debe entenderse aquí como sinónimo de inteligible» (56), es decir, racional.

Ya se ha hecho referencia a exigencia de indagar el peligro de una conducta desde una postura *ex ante*, en el sentido de preguntarnos por la peligrosidad que conlleva la conducta para el bien jurídico en el momento de realización de la misma. Lo que aún no se ha hecho es fundamentar esa opción. En principio, cabría atender también para el juicio de la acción al peligro entendido desde una perspectiva *ex post*, una vez la acción ha tenido lugar y se conocen sus efectos. En realidad, la postura que se adopte guardará directa relación con la concepción que se tenga del injusto, así como de la función de las normas y de la pena en el Derecho Penal.

Abandonadas ya, o en todo caso en fase progresiva de extinción, las pretensiones de elaborar una dogmática desvinculada del ámbito en que ha de operar, basada en apriorismos ontológicos, es característico de la ciencia jurídico-penal moderna entender el Derecho Penal como un instrumento –instrumento de control social y, más genéricamente, de organización social–, por lo que la ordenación de sus mecanismos y formas de

(53) Así, FARRÉ TREPAT, cit., p. 395.

(54) JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva», *ADPCP*, 1991, p. 504.

(55) *Vid.* sobre las diferencias entre ambos y las discusiones sobre ello entre HART y AUSTIN, CRUZ, M., ¿A quién pertenece lo ocurrido?, cit., pp. 224-225, entre otras. Es interesante el matiz de ciertos casos en los que lo que se da es una descripción de lo adscrito.

(56) Cit., p. 227; también encontramos el término de «intersubjetividad» en MIR PUIG, *El Derecho Penal...*, cit., p. 184: «esta peligrosidad también debe decidirse objetivamente, en el sentido de que no depende del criterio del sujeto, sino del punto de vista de un observador objetivo. Aquí *objetividad* significa «intersubjetividad». (Cursivas y entrecomillados en el original.)

actuación ha de racionalizarse en atención a los fines que persigue (57). Por tanto, en función de esos fines, habrán de conformarse los criterios que determinen el injusto. Existe pacífica coincidencia en admitir que el Derecho Penal tiene un fin de protección de los intereses básicos e irrenunciables para el mantenimiento de la paz social, o en otras palabras, en «garantizar las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social» (58), fin inmediatamente articulado a través de la protección de los bienes jurídicos (59). Para ello, establece una serie de normas, prohibiendo o conminando a la realización de conductas que sean peligrosas para esos bienes jurídicos. Esto implica, en primer lugar, la exigencia de exteriorización del comportamiento para ser susceptible de conminación penal, y el requisito añadido, ya citado con anterioridad, de la peligrosidad de la conducta (60). Para el causalismo, tal conminación penal se hacía *a posteriori*, una vez realizado el hecho, es decir, «el punto de partida de la antijuridicidad es el resultado producido, que se contempla desde la perspectiva de un momento en que ya ha tenido lugar» (61). En cambio, si lo que se pretende es una protección eficaz de dichos bienes jurídicos, la norma tiene que conminar a los sujetos ya desde el momento en que vaya a realizarse la acción: preventivamente (62). Así

(57) Cfr. sobre la evolución del pensamiento jurídico-penal hacia posiciones teleológico-funcionales, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación...*, cit., p. 67 ss. Vid. también HASSEMER, *Fundamentos de Derecho Penal*, 1984, pp. 34 ss.: un Derecho penal orientado a las consecuencias que genera, y la obra colectiva *El sistema moderno de Derecho Penal. Cuestiones fundamentales.*, cit.

(58) Así, JAKOBS, *Derecho Penal. Parte general*. cit., p. 45; cfr., también, PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 98, y núm. 35, que denomina a tal fin «función de seguridad», poniendo de relevancia, desde perspectivas de teoría de los sistemas, que esa función de seguridad y protección se aplica en sociedades caracterizadas por su complejidad y su contingencia, por lo que en éstas tan sólo se puede garantizar el que los mecanismos del ordenamiento jurídico protegerán las expectativas jurídicamente reconocidas del sujeto de que el infractor será sancionado y la situación de «paz jurídica» restablecida; no la ausencia de menoscabo en el disfrute de dichos bienes. Sobre los fines del Derecho Penal en un Estado social y democrático de derecho, vid. la obra de MIR PUIG, «Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho», en *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho*, cit., pp. 30 ss.

(59) Cfr. RUDOLPHI, cit., pp. 81-82; MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 33 y pp. 62 ss.; MIR PUIG, *El Derecho Penal...*, cit., pp. 34 ss.; el mismo, *Derecho Penal. Parte general*, 1990, pp. 71 ss.

(60) Cfr., entre otros muchos, PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 97., y MIR PUIG, *El Derecho...*, cit., p. 101: «Un tal Derecho Penal sólo se halla legitimado para prohibir y prevenir conductas externas en cuanto a su capacidad lesiva objetiva para los bienes jurídicos que debe proteger. No puede, en cambio, tener por objeto que el sujeto no “adopte decisiones” contrarias a los bienes jurídicos, ya que el fuero interno no constituye el ámbito que persigue regular, que es sólo el de los procesos de interacción social».

(61) MIR PUIG, *El Derecho Penal...*, cit., p. 98.

(62) En palabras de MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 75: «Si la norma quiere cumplir su fin de prevenir el menoscabo de bienes jurídicos, lógicamente tendrá que actuar en el momento en que dicho menoscabo aún no se ha producido, pues de lo contrario poco quedaría por prevenir, es decir, ha de influir en el ciudadano antes de que éste delinca».

entendida, la norma de conducta se concibe en base a una doble naturaleza. Por un lado, en su función de motivación, dirigida al sujeto; por otro, en su función de valoración, que juzga la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico. Dicha norma «habrá de incidir en los ciudadanos con anterioridad a la realización de un comportamiento lesivo, inhibiéndoles de su comisión... Sólo pueden prohibirse con sentido aquellas conductas que *ex ante* aparecen como peligrosas respecto al bien jurídico que se trata de proteger. Con ello, la idea de peligrosidad *ex ante* se convierte en elemento esencial del desvalor de la acción» (63).

En relación a la concepción teleológica en que se mueve el Derecho Penal en la actualidad, ha de retomarse una cuestión que quedó apuntada en páginas anteriores, relativa a la determinación del peligro de la conducta. Ya ha sido explicado cuál ha de ser, a mi juicio, la posición desde la que ha de contemplarse ese peligro —«previsibilidad objetiva»—; también se ha explicado por qué —función de protección preventiva del Derecho Penal—. Sin embargo, sigue sin ser aclarado, a la hora de declarar típicamente relevante la acción, cuál ha de ser el grado de peligro a partir del que podamos trazar una frontera que divida lo permitido de lo prohibido. Dicho de otra forma, afirmar cuál es el grado de tendencia concreto a partir del cual estaremos ante una conducta típica. Y no se ha determinado dicha división, simplemente porque no es posible hacerlo con carácter genérico y apriorístico (64). Ya se vio que la graduación del peligro sólo podía hacerse estadísticamente, en base a criterios empíricos. Y que, en cambio, la decisión sobre la relevancia jurídico-penal de una conducta atiende a consideraciones de índole normativa y teleológica, que responden a criterios distintos. Estas últimas, como acabo de afirmar, deben derivarse de los fines perseguidos por el Derecho Penal. Por tanto, es a partir de criterios teleológicos como debe determinarse, en cada caso, si se ha vulnerado la prohibición. Las palabras de Martínez Escamilla expresan inmejorablemente esta idea: «Para decidir el problema, el Juez deberá, más bien, atender a otra serie de consideraciones que le permitan decidir en los casos conflictivos si se trata o no de una peligrosidad relevante. Estas consideraciones pueden ser, aparte de la función del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos y la comprensión de las normas como normas de determinación, otras ideas como la del principio de intervención mínima del Derecho Penal, la concepción actual de éste

(63) MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 33. (Cursivas en el original). Sobre el planteamiento de la perspectiva *ex ante* también en relación a la omisión y a permisiones, cfr., RUDOLPHI, cit. pp. 87-88.

(64) Como ejemplo, puede apuntarse una frase de RUDOLPHI, cit., p. 87, en la que queda patente ese grado de indecisión: «Sólo pueden ser acciones que —desde el punto de vista *ex ante*—, según el conocimiento empírico de nuestro tiempo, lesionarían de modo posible, probable, o incluso con una probabilidad rayana en la seguridad, el bien jurídico respectivamente protegido.

como un Derecho Penal de hecho y no de autor, la necesidad de respetar un determinado ámbito de libertad de actuación, y todas aquellas ideas en las que se basa nuestro derecho y que, en un sistema teleológico, merecen tener un reflejo en la configuración del injusto. Atendiendo a estos principios es como habrá de decidir si un determinado nivel de posibilidades es suficiente para sobrepasar la frontera de la irrelevancia penal» (65).

C) Sobre lo objetivo y lo subjetivo en la imputación objetiva: ¿Igual grado de adecuación en delitos dolosos e imprudentes?

La pregunta siguiente, en relación al grado de tendencia, es si debe ser igual tanto en delitos dolosos e imprudentes. Pregunta que, en base a los planteamientos de carácter objetivo que se han venido siguiendo para la determinación del injusto, según criterios propios de la teoría de la imputación objetiva, debiera tener una respuesta afirmativa. Si entramos a cuestionarla, es porque la mayoría de la doctrina se manifiesta negativamente, lo que permite poner en duda la pretendida base «objetiva» de dicha teoría.

Los criterios de imputación objetiva fueron desarrollados, en un principio, en torno al delito imprudente (66). Esto, en opinión de Reyes Alvarado, puede deberse al hecho de que la mayoría de los casos problemáticos que han dado lugar a las polémicas doctrinales se circunscriben en la órbita de la imprudencia; y, por otro lado, a que el primer criterio de imputación —la creación de un riesgo— se lo identifica con el deber objetivo de cuidado, requisito originariamente entendido únicamente de los delitos imprudentes. Lo que ocurre, según el citado autor, es que en los delitos dolosos la creación del riesgo desaprobado suele ser evidente, mientras que en los delitos imprudentes es con frecuencia un elemento de difícil determinación y requiere en la práctica un análisis más detenido, circunstancia que no ha de obstar, a su juicio, para que una teoría de la imputación objetiva pueda ser aplicada de igual forma a ambas clases de delitos (67). No voy a entrar ahora en polémicas sobre el ámbito de aplicación de la imputación objetiva. Simplemente pondré de relieve, antes de entrar en lo relativo al grado de tendencia, que, aunque la mayoría de la doctrina aplica también a los delitos dolosos criterios de imputación objetiva, no lo hace de la misma manera en ambas formas delictivas (68).

(65) Cit., p. 100.

(66) Así la conocida frase de KAUFMANN, A., de que la imputación objetiva «lleva grabada en la frente su procedencia del delito imprudente». Cfr. «¿Atribución objetiva» en el delito doloso?, *ADPCP*, 1985, p. 814.

(67) REYES ALVARADO, «Fundamentos teóricos de la imputación objetiva», *ADPCP*, 1992, p. 965.

(68) Así, CORCOY, cit., p. 31, quien afirma que la presencia de dolo otorga a la imputación objetiva un carácter secundario. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, 1990, p. 247; TORÍO LÓPEZ, *Naturaleza y ámbito...*, cit. pp. 39 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, cit., pp. 92 ss., entre otros.

El planteamiento es el siguiente: ¿debe exigirse igual grado de tendencia en delitos imprudentes y dolosos para considerar el riesgo relevante jurídico-penalmente, o debe bastar un menor grado de peligrosidad en los delitos dolosos? La tesis mayoritaria es la de que la presencia de dolo hace que baste un grado mínimo de posibilidades de producción de resultado, grado que no sería suficiente para fundamentar la responsabilidad a título imprudente (69). Partidario de esta opción se muestra Torío López, quien afirma que «la peligrosidad de la acción puede ser muy tenue, pero en atención a los demás factores, entre los que el dolo ocupa un puesto fundamental, ser muy alta la desaprobación jurídico-penal... No es posible, por tanto, entender que la imputación objetiva presupone un coeficiente idéntico de peligro en el delito doloso y en el culposo» (70).

Antes de plantear mi postura, dos aclaraciones y un ejemplo: En primer lugar, la cuestión no tiene que ver con que el dolo pueda o no pueda, fundamentado en cuestiones de motivación por la norma, suponer un mayor grado de responsabilidad. Es evidente que así es, tal y como lo entiende la totalidad de la doctrina. Pero eso pertenece al análisis de la parte subjetiva del injusto (71), y aquí se está tratando exclusivamente sobre la parte objetiva. De lo que se trata es de si también en los delitos dolosos la adecuación, la peligrosidad, ha de constituir el requisito mínimo para la relevancia penal del comportamiento, y si puede concebirse esto como un principio rector del Derecho Penal en relación a sus fines y a sus principios limitadores y, en consecuencia, aplicable por igual a cualquier forma de aparición del delito. En segundo lugar, darle la razón a Mir Puig, a quien a continuación le será quitada, cuando afirma que «el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta» (72). Es evidente que una acción dirigida a la consecución de una lesión supondrá objetivamente un mayor grado de peligro que el caso de una conducta imprudente, puesto que, en palabras de Octavio de Toledo/Huerta Tolcido, «no siempre querer es poder, pero es más fácil que se pueda queriendo poder que sin quererlo, y esta disminución de las dificultades es algo objetivo y no subjetivo» (73). Aclarado lo anterior, recurramos al ejemplo del caso Thyren, citado prácticamente por todos los autores que tratan esta problemática: Una persona (A), inexperta en el manejo de armas, dispara con intención de matar contra un hombre (B) que se encuentra a una distancia tal que incluso a un tirador experto le hubiera resultado extraordinariamente difícil dar en el blanco. A pesar de estas circunstancias, el proyectil alcanza a B, que muere a consecuencia del impacto (74).

(69) Así lo entienden los autores citados en nota anterior.

(70) *Naturaleza y ámbito...*, cit., p. 42.

(71) O a la culpabilidad, según planteamientos causalistas. O según, por motivos diferentes, REYES ALVARADO, *Fundamentos teóricos...*, cit., p. 952.

(72) *El Derecho Penal...*, cit., p. 102.

(73) DP, PG, cit., p. 94.

(74) Tomo la redacción del ejemplo de MARTINEZ ESCAMILLA, cit., p. 108.

En este caso, se afirma mayoritariamente la imputación objetiva del resultado. En cambio, se niega si la muerte se hubiera producido imprudentemente, aunque las posibilidades de dar muerte a una persona fueran tan pequeñas como en el caso doloso (75).

Mir Puig fundamenta esta postura en la apariencia externa de la dirección hacia la lesión del bien jurídico (76). Esto no puede convencer, puesto que esa contemplación de la apariencia externa excluye del juicio de peligrosidad los conocimientos del autor, necesarios en el juicio de adecuación (77). Y además, como ha puesto de manifiesto Martínez Escamilla, estaríamos beneficiando al delincuente inteligente, que escogería la conducta que apareciera más inofensiva exteriormente. En realidad, Mir está puniendo la intención del sujeto, la cual, según él mismo afirma, «contribuye a condicionar los presupuestos de la imputación objetiva» (78). En los casos de dolo directo o eventual no basta, en cambio, una peligrosidad mínima (79). Su posición resulta entonces apenas diferenciable del finalismo, para el cual, en palabras de Armin Kaufmann, «no se necesita una comprobación de su peligro (de la acción), pues la intención dirigida a la lesión representa el mayor grado de peligro» (80). Mir justifica una exigencia de menor peligrosidad para los delitos dolosos en base a que «el mecanismo de la motivación penal no puede operar con la misma intensidad frente a quien advierte que su acción se dirige a vulnerar el bien jurídico... que ante quien, o bien no es consciente en absoluto de la peligrosidad de la acción... o bien, aun siéndolo, no cree probable que en su caso se vaya a convertir en lesión» (81), por cuanto el dolo implica una mayor capacidad de motivación. Ante esto hay que decir con Martínez Escamilla que lo que aquí se está dando es una confusión entre el instrumento de la conminación penal: la norma en su función de motivación, y el fin que dicha norma persigue: para ese autor, basta que exista posibilidad de motivar, para que se de la prohibición penal, a pesar de que la peligrosidad de la conducta sea mínima (82). Imagínese por un momento que, en el mismo ejemplo, el disparo, debido a la distancia a la que se encontraba B, y como

(75) Así, MIR PUIG, DP, PG, cit., p. 247.

(76) *Ibid.*, p. 248.

(77) Dicha referencia a la «apariencia externa» parece guardar cierta semejanza con la «teoría de la impresión» o su derivación en un enjuiciamiento semejante de la conducta en base a la «impresión de peligrosidad» (*Vid.* WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einen funktionalen Strafrecht*, 1981, p. 78), utilizado por algunos autores alemanes para justificar la punición de la tentativa infidonea. También SANCINETTI ha considerado algunos aspectos de la posición de MIR como cercanos a la citada teoría. *Vid.* SANCINETTI, *Teoría del delito y desvalor de la acción*, 1991, p. 483, nota 292.

(78) *El Derecho Penal...*, cit., p. 199.

(79) *Ibid.*

(80) Cit., p. 161.

(81) *Ibid.*, p. 103.

(82) En este sentido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., pp. 115 y 69.

era objetivamente previsible, no hubiera producido el resultado. En este caso, resulta difícil creer que nadie afirmara la presencia de una tentativa idónea, sino más bien de una tentativa irreal. Da la impresión de que la responsabilidad atribuida al sujeto que dispara en el caso Thyren responde a una extraña mezcla de ciertos resabios finalistas y causalistas. La interpretación de los tipos penales, de acuerdo con los principios y fines básicos del Derecho Penal, implica una reducción teleológico-racional del tipo objetivo. No sólo en el sentido de que no pueden prohibirse meros cursos causales, conclusión a la que se llegaría si se entendiera que basta una mera posibilidad de causación del resultado y que éste se produzca, como parece hacerse por algunos autores al admitir suficiente para la prohibición de la conducta una mínima peligrosidad –en función de la cual la limitación del tipo no sería mucho mayor que la ofrecida por la teoría de la equivalencia de condiciones (83)–, sino también asumiendo que «ya el propio tipo penal aparece como producto de una «solución de conflicto» entre puntos de vista favorables y contrarios a la conminación penal» (84), como ámbito de la ponderación entre la libertad de actuación de los ciudadanos y el interés de protección de los bienes jurídicos, la cual, en base a principios constitucionales, debe dar prioridad a la primera siempre que no exista un peligro relevante y cualificado que justifique la conminación penal. Por tanto, la intención –ni la mera apariencia externa sin peligrosidad suficiente– no puede servir de base para determinar el ámbito de lo prohibido. No hay que olvidar que, «en Derecho Penal, dado su carácter subsidiario y fundamentalmente protector, es suficiente para predicar la atipicidad de la conducta con que no exista valoración jurídico-penal negativa, no siendo necesaria una valoración especialmente positiva de la misma» (85), más propia de la Moral que del Derecho.

La conclusión ha de ser, en lo que respecta al ejemplo utilizado, que no ha existido la creación de un riesgo típicamente relevante, por no ser objetivamente previsible el resultado, requisito que ha de concurrir de igual forma y en idéntico grado en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes.

D) Sobre lo objetivo y lo subjetivo en la imputación objetiva (y 2): Los conocimientos especiales del agente

Antes de concluir con los aspectos básicos del pensamiento de la adecuación utilizado para determinar la creación de un riesgo típico (86), es

(83) *Ibid.*, p. 115.

(84) AMELUNG, «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin», en *El Sistema moderno...*, cit., p. 96.

(85) PAREDES CASTAÑÓN, cit., p. 138, nota 166.

(86) No se hará referencia al concepto de «riesgo permitido», elemento que asimismo sirve para interpretar restrictivamente los tipos penales, y consiguientemente, el ámbito de prohibición.

preciso referirse a uno de los elementos que forman las bases del juicio y que hasta el momento sólo hemos mencionado de pasada: los conocimientos especiales del autor. Si he preferido dejarlo para este lugar, es porque, al igual que el tema relativo al mismo o diferente grado de tendencia en los delitos dolosos e imprudentes, la inclusión en el juicio de los conocimientos del autor ha hecho que algunos autores pongan en tela de juicio la objetividad que de la teoría de la imputación objetiva se predica, sirviéndose de ello para criticarla y poner en duda la necesidad de su existencia, desde el momento en que utilizan criterios propios de la parte subjetiva del injusto, en atención a los cuales ya podían resolverse casos problemáticos característicos de la imputación objetiva. Estas críticas parten, como es lógico, desde posiciones finalistas (87). Pero también autores partidarios de la imputación objetiva han manifestado que la inclusión de elementos subjetivos –pertenecientes a la psique del autor– supone una cierta distorsión sistemática (88), si bien se muestran dispuestos a admitirla.

En lo referente a la incoherencia achacada, conviene poner de relieve que en la moderna sistemática, basada en criterios teleológico-funcionalistas, la rígida separación entre elementos objetivos y subjetivos es en gran medida relativizada (89). Como afirma Gómez Benítez, lo determinante no es «si un concreto elemento “pertenece” dentro del sistema a una determinada categoría, de la que no puede moverse, sino dónde es relevante», lo que, a su juicio, «implica la admisión de la utilización de elementos del tipo subjetivo en el objetivo, aunque ello relativice el orden sistemático» (90). Por otro lado, no ha de olvidarse que el juicio sobre la tipicidad es de carácter normativo, plano que no ha de confundirse, como a veces ocurre, con uno ontológico. Afirma con razón Reyes Alvarado, que la crítica a la inclusión de aspectos subjetivos dentro del tipo objetivo «emerge de la tradicional confusión entre los planos óntico y valorativo, pues se pretende hacer valer la definición naturalística de lo subjetivo dentro de un ámbito puramente normativo como el sistema penal, cuando en verdad así como uno es el concepto natural y otro el jurídico de acción, la distinción entre objetividad y subjetividad no es necesariamente idéntica en los planos óntico y valorativo» (91).

(87) Cfr. KAUFMANN, cit., p. 820; STRUENSEE, «Causalidad putativa y dolo de causar», *ADPCP*, 1993, p. 933 ss.

(88) Así, ya ENGISCH, y más recientemente WOLTER, citados por MARTÍNEZ ESCAMILLA, cit., p. 83, nota 76.

(89) SCHÜNEMANN, en el Prólogo a la edición española de *El sistema moderno de Derecho Penal*, cit., p. 24; ROXIN, *Finalidad...*, cit., p. 145; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, 1981, p. 374.

(90) En «La realización del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales», en *Omisión e imputación objetiva*. GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), 1994.

(91) REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit., p. 137.

Como ha venido reiterándose, el juicio de previsibilidad objetiva implica la valoración-desvaloración normativa de una conducta en función de su grado de peligrosidad. Para ello, atendiendo a consideraciones del funcionamiento de la norma penal y del fin que persigue, se determina el momento ideal en que esa conducta habrá de ser contemplada y las bases del juicio que han de tenerse presentes para ello. Con dicho juicio de adecuación de la conducta se está determinando el deber objetivo de cuidado. Éste dice: tú no debes realizar una conducta que tienda objetivamente a la lesión del bien jurídico, es decir, que desde una perspectiva *ex ante*, sea peligrosa. Y para determinar si una conducta es peligrosa, habrá de contarse con el propio conocimiento de la realidad en la que va a actuar el agente para determinar la relevancia de su conducta. Como afirma Reyes Alvarado, «el aspecto cognoscitivo es parte esencial de la imputación objetiva, en cuanto conforma la representación de la realidad respecto de la cual se predicán los deberes que emergen de los diversos roles sociales» (92).

Para la valoración de la conducta ha de conocerse su significación lesiva, y ésta no puede abarcarse sin atender a los conocimientos que el autor tuviera sobre su propia acción y sobre la potencialidad lesiva dicha acción. Cabe el caso de que determinadas circunstancias especiales que no puedan ser reconocibles *ex ante* en base a los conocimientos del espectador objetivo sean las determinantes para afirmar la peligrosidad de una conducta. Por ejemplo, el caso del sobrino que hace subir a un avión a su tío, sabiendo que hay una bomba a bordo que explotará en vuelo. Se pregunta Mir Puig, «¿cómo negar que la respuesta a la cuestión de si con ello realiza una acción adecuada *ex ante* para matar, depende de si el sobrino conoce o no la presencia de una bomba en el avión? No se trata –continúa– sólo de que tal conocimiento condicione el sentido subjetivo de la acción, sino de que *ex ante* cualquiera considerará que hacer subir a un avión sabiendo que en él hay una bomba es una acción objetivamente adecuada para matar, mientras que no le parecerá una vía objetivamente idónea para tal fin si se desconoce la existencia de la bomba» (93).

De lo que se trata es de determinar concretamente qué acción se está enjuiciando. No es la misma acción –como expresión de sentido social, comunicativamente relevante si se quiere, y no como mero movimiento

(92) Para este autor, que sigue en este aspecto a JAKOBS, la previsibilidad objetiva es criterio necesario pero no suficiente para la imputación objetiva del comportamiento –igual: para considerar la conducta típicamente relevante–, sino que, además del riesgo permitido –concepto que él entiende en sentido laxo, es decir, como todo riesgo no prohibido–, el ámbito de competencia, determinado en función de la expectativa normativa hacia ese sujeto, derivada del rol social, delimitará lo injusto. No entramos aquí a considerar sus planteamientos, sino en lo relativo a los conocimientos especiales. Vid. REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, cit., pp. 130-136; y 190.

(93) MIR PUIG, *El Derecho Penal...*, cit., p. 195.

corporal voluntariamente realizado— la de hacer subir a un avión a mi tío que la de hacerle subir a un avión que tiene una bomba activada para explotar en vuelo. Igual que no es la misma acción producir una herida a un sujeto sano que producir una herida a un sujeto hemofílico. Para lo que sirve la información que proporcionan los conocimientos especiales en el juicio de previsibilidad es para determinar las características relevantes de la concreta conducta para su valoración jurídico-penal, es decir, determinar su peligrosidad, su potencialidad lesiva. Como afirma Frisch, «en realidad se contraponen, con un ropaje subjetivo (conocimiento-desconocimiento), dos situaciones de riesgo distintas, que en todo momento son susceptibles de ser formuladas de modo objetivo» (94). No es necesario reiterar que de lo que se está hablando es de la contemplación de una acción desde una perspectiva *ex ante*: no nos interesa la globalidad del acontecimiento, incluyendo efectos desconocidos por la experiencia general y resultados imprevisibles. Nos interesa la conducta del agente partiendo de lo que conoce fundadamente (95) —conocimientos especiales— y lo que debería conocer —conocimiento de la experiencia general—, es decir, desde donde puede ser evitable la realización de dicha conducta por los medios que el Derecho Penal tiene a su alcance: las normas de determinación (96). «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

(94) Cit., p. 81.

(95) Tampoco interesan para el juicio de valoración la particular e irracional visión del mundo que el agente pueda tener, y su forma de actuar en función de ella. Por eso no le incumbe al Derecho Penal de la actualidad los conjuros o los rezos que imploren la muerte de una persona. Cfr., sobre ello, JAKOBS, *Representación...*, cit., *passim*. Ya hemos hablado *supra* de la idea de racionalidad implícita en el juicio realizado por un observador objetivo. Cfr., también GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos...*, cit., pp. 156-157: «saber, en sentido estricto es saber fundamentado... Lo decisivo es... en qué forma el agente adquiere su representación: si las bases que han conducido al convencimiento de que el resultado se produciría eran sólidas, estaremos ante un auténtico saber; si la representación ha sido adquirida por medio de sueños, presentimientos, supersticiones, etc., entonces no ha habido conocimiento de las circunstancias del hecho».

(96) Según qué criterios se empleen para atribuir responsabilidad a un sujeto por su conducta —éticos, religiosos, jurídicos— la acción se contemplará atendiendo a diferentes contenidos. En la filosofía de la acción esto se conoce con la denominación de «efecto acordeón». Sobre ello expone FEINBERG: «la acción de un hombre puede describirse tan estrecha o tan ampliamente como nos plazca, porque un acto, como el instrumento musical plegadizo, puede apretarse y reducirse al mínimo o bien puede estirarse». Citado por CRUZ, *¿A quién pertenece...*, cit., p. 258. Si para una pauta de valoración religiosa sería primordial el aspecto interno de la conciencia —por basarse la religión en una relación hombre-Dios—, para un Derecho Penal ha de darse relevancia al aspecto de significación social lesiva de la acción. Para ello es necesario atender a ciertos aspectos subjetivos, pero únicamente en cuanto a su reflejo trascendente en el mundo fenomenológico.

dispone, pero sí de los que se pueden disponer en el futuro, pues las normas regulan comportamientos que se producen en un determinado tiempo y lugar. Esta es... la óptica desde la que debiera abordarse la problemática cuestión de la influencia de los conocimientos del autor en el filtro de la imputación objetiva» (97).

III. TENTATIVA. FUNDAMENTO DE PUNICION Y NUEVO CÓDIGO PENAL

En páginas anteriores se ha pretendido exponer lo que, como primer paso ineludible, es preciso para poder imputar un resultado a un agente: la creación de un riesgo típicamente relevante. Elemento que, ya sea propio o previo a la imputación objetiva, coincide con el desvalor de acción (98). Es decir, consiste en un juicio sobre la tipicidad de la conducta. Con ocasión de ello se ha optado, si bien someramente, por una determinada concepción del injusto penal, así como una determinada visión de los fines que el Derecho Penal debe cumplir, todo ello desde perspectivas propias de un pensamiento teleológico-funcional, caracterizado por atender primordialmente a dichos fines a la hora de ordenar e interrelacionar los elementos y categorías sistemáticas precisos para la interpretación de los tipos y la racionalización de su aplicación en la sociedad.

Lo que a continuación se pretende es simplemente aplicar esos principios metodológicos y esa comprensión del injusto a la teoría de la tentativa, aplicación que aparece casi como paralela y automática, puesto que la tentativa consiste precisamente en la realización de una conducta delictiva que no desemboca en un resultado, es decir, coincide, en su parte objetiva, con lo que hemos llamado la «creación de un riesgo típicamente relevante». En primer lugar, se determinará lo que debe ser el fundamento de punición de la tentativa. Éste no puede ser distinto al fundamento de injusto que aquí se ha defendido: la peligrosidad objetiva de la conducta. En segundo lugar, se conjugará coherentemente el mecanismo de valoración de la conducta –previsibilidad objetiva– con la figura de la tentativa inidó-

(97) SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, cit., p. 66-67.

(98) Según la posición aquí mantenida, el desvalor de acción es concebido en forma objetiva, es decir, no es únicamente «desvalor de la intención», configurando en el desvalor de resultado todo el ámbito objetivo del injusto. Expresado de otra forma: la norma envía a los destinatarios prohibiciones de realizar acciones que tiendan objetivamente a la lesión del bien jurídico, y esa tendencia objetiva viene determinada por la contemplación *ex ante* y objetiva de la acción. Sobre una concepción de la norma como expresión del deber objetivo de cuidado, *vid.* MÜNZBERG, *Verhalten und Erfolgs als Grundlage der Rechtswidrigkeit und Haftung*, 1966, pp. 256-257: «La lesión del deber no debe, por tanto, indagarse en función de la representación del autor, sino *ex ante* (objetivamente) sobre la base de la idoneidad objetiva de la acción para causar el resultado».

nea. Por último, y en relación con dicha figura, se harán unas breves consideraciones sobre la regulación de la tentativa en el nuevo Código Penal.

A) Fundamento de punición de la tentativa

La relativización producida sobre la separación dogmática, basada en concepciones ontológicas, de los aspectos objetivos y subjetivos del delito, a que se hacía referencia más arriba, se manifiesta claramente en el ámbito del fundamento de la punición de la tentativa. Fue precisamente dicha figura jurídica la piedra de toque que supuso la aceptación final por la práctica totalidad de la doctrina de la inclusión del dolo en el injusto. Resultaba, en efecto, dogmáticamente insostenible pretender incluir un elemento subjetivo en el injusto si el resultado no se había producido y relegarlo al ámbito de la culpabilidad si se estaba en presencia de una acción consumada. Tanto las antiguas teorías centradas exclusivamente en datos objetivos –(Feuerbach), basadas en el peligro de la acción, a determinar externamente–; como las centradas en datos exclusivamente subjetivos –(von Buri, entre otros), ya basadas en la voluntad delictiva, ya basadas en la peligrosidad del autor– han sido prácticamente abandonadas por la doctrina, sustituyéndose por posiciones intermedias mixtas que combinan ambos aspectos, si bien otorgando relevancia a uno o a otro (99). Esto no podía ser de otra manera. La sola referencia a aspectos objetivos impedía ya desde un primer momento determinar si lo que teníamos delante es una tentativa, puesto que, caracterizada por la falta de resultado, de la observación puramente objetiva del suceso no podía concluirse en muchas ocasiones la tipicidad de la acción. La teoría subjetiva, por su parte, si bien dogmáticamente podía dar un porqué al castigo de la tentativa, conducía a consecuencias político-criminales insatisfactorias (100).

Como afirma, en relación a esta evolución, Farré Trepát, «los términos “objetivo” y “subjetivo” han adquirido otras connotaciones, de forma que la clasificación actual de una teoría como objetiva o subjetiva no supone que en la misma dejen de tenerse en cuenta puntos de vista de la posición contraria, sino más bien, que se acentúa uno u otro aspecto dándole mayor predominio» (101).

(99) Es preciso decir, de cualquier forma, que la fundamentación de lo injusto desde planteamientos subjetivistas, si bien minoritariamente, es defendida en Alemania por relevantes penalistas –ARMIN KAUFMANN, ZIELINSKI, STRUENSEE, etc.– En cambio, y quizá, entre otras razones, debido a las diferencias entre las propias legislaciones, dichas posturas no han sido secundadas –salvo excepciones: *vid.* SUÁREZ MONTES, «Weiter Entwicklung der finalen Handlungslehre?», en *Festschrift für Welzel*, 1974, p. 379 ss.– por la doctrina española, *vid.*, en todo caso, una defensa de las tesis finalistas extremas en materia de tentativa en el ámbito de habla hispana, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento en la tentativa*, Temis, 1995, *passim*.

(100) Cfr., exhaustivamente, FARRÉ TREPAT, cit., pp. 5 a 23.

(101) Cit., p. 32.

No obstante, la exposición y crítica de las diversas teorías que intentan dar respuesta a la cuestión del fundamento de punición de la tentativa excedería del ámbito que pretenden abarcar estas páginas. Sabido es que entre las mismas coexisten teorías tanto predominantemente subjetivas, como es la teoría de la impresión (102), mayoritaria en la ciencia penal alemana –dada la regulación subjetiva de la tentativa en el StGB alemán– como teorías esencialmente objetivas, basadas en la presencia de un peligro, y mayoritarias en la doctrina española. En las consideraciones siguientes, nos limitaremos a la exposición de estas últimas, básicamente por dos razones: en primer lugar, porque, adelantando conclusiones, la regulación de la tentativa dispuesta en el Código Penal de 1995 es incompatible con las teorías subjetivas; en segundo lugar, porque, además de presentar nuestra posición personal sobre el fundamento de punición y su compatibilidad con el nuevo Código Penal, fin esencial de estas páginas consiste en poner de relevancia las diversas formas de concebir los criterios de aplicación del juicio de adecuación, las cuales se ponen de manifiesto en las diferentes teorías de carácter objetivo sobre la tentativa.

Como decimos, la posición actualmente dominante en la doctrina española entiende la razón de la punición de fases anteriores a la consumación en la puesta en peligro del bien jurídico, pero, a diferencia de la antigua teoría estrictamente objetiva, toma en consideración la presencia de elementos subjetivos en el injusto –la resolución de cometer el delito, que según la mayoría de la doctrina coincide con el dolo– (103). Según esta posición, existirá una tentativa –acabada o inacabada– cuando la acción ha creado un peligro, es decir, cuando la acción emprendida hubiera podido ser causal para el resultado. Esta fundamentación permite explicar la menor punición de la tentativa respecto de la consumación, por ser objetivamente menos grave la puesta en peligro que la lesión del bien jurídico, así como la impunidad de los actos preparatorios, por su insuficiente peligrosidad objetiva (104).

Apenas existen divergencias doctrinales entre los autores españoles con respecto a dicha fundamentación. Pero, como vimos, dicho peligro puede ser entendido desde diferentes puntos de vista, y es en ese diferente entendimiento del juicio de peligro donde las posiciones doctrinales, especialmente en relación a la punición de la tentativa inidónea, se separan, contradiciéndose en muchos casos. A continuación serán analizadas esas diferencias.

(102) Sobre ello, vid. por todos FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, pp. 330 ss.

(103) Sobre la parte subjetiva del injusto en la tentativa, *vid.*, extensamente. FARRÉ TREPAT, *La Tentativa*, cit., pp. 61 ss.

(104) Cfr., MIR PUIG, *DP*, cit., p. 354; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, cit., p. 449.

1. EXPOSICIÓN

a) *Teoría de la falta de tipo*: Se caracteriza por excluir los casos en los que falta algún elemento del tipo objetivo. Esta falta puede deberse a la ausencia del objeto material del delito –disparar contra un cadáver, robar en un bolsillo vacío–, a la falta de medio –envenenar con azúcar, en vez de con veneno, en el caso de que el tipo exija ese medio específico–, o a la falta de sujeto adecuado –ausencia de la cualidad de funcionario en ciertos delitos– (105). Por tanto, tentativa y «falta de tipo» son dos cosas distintas. Frente a esta afirmación se ha dicho que si algo caracteriza a la tentativa es precisamente la falta de un elemento típico: el resultado. Por ello, los defensores de esta teoría se ven obligados a distinguir entre las distintas características del tipo y determinar cuáles son necesarias para que concorra una tentativa de delito. Así, «una tentativa de delito concurre siempre cuando lo único que falta es la producción del resultado, como “pieza final” de la acción, que hubiera dado lugar a la consumación. En cambio, en la falta de tipo falta alguna de las restantes características que componen el tipo objetivo» (106). Lo que no suele ponerse de manifiesto por parte de los defensores de esta teoría es el motivo por el que debe darse un trato diferenciado a los elementos que componen el tipo. Además, la base puramente formal y estática de esta teoría contradice la necesaria interpretación de los tipos penales desde una perspectiva teleológica, orientada a fines preventivos de protección.

b) *Teoría del peligro abstracto: inidoneidad relativa e inidoneidad absoluta*: Esta teoría es –ya expresamente, ya aludiendo a diversas fundamentaciones– mayoritaria en la doctrina española actual. Pretende distinguir conductas en las que la inidoneidad de la misma para producir el resultado es absoluta, por carecer los medios empleados o el objeto atacado de aptitud para ello; de una inidoneidad relativa, en la que los medios o el objeto tienen en sí mismos una idoneidad general para que el resultado se hubiera efectuado, pero, debido a circunstancias particulares, carecen en el caso concreto de la virtualidad suficiente para ello (107), con el fin de excluir la punición la primera (108). Esta diferenciación tiene su origen en la distinción que la doctrina clásica hacía entre peligro abstrac-

(105) Acogen esta postura ANTÓN ONECA, *DP*, 1986, p. 449; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, p. 778. CEREZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, 1964, pp. 33-34. Más recientemente se ha manifestado a favor de esta teoría GONZÁLEZ CUSSAC, cit. p. 20.

(106) FARRÉ, cit., p. 289, con ulteriores referencias.

(107) *Vid.*, ANTÓN ONECA, cit., p. 447.

(108) Defienden una diferenciación entre ambas formas de tentativa, poniendo exclusivamente la relativa, QUINTERO OLIVARES, *DP, PG*, 1989, p. 533; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *DP, PG*, 1991, p. 557; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TÓCILDO, cit. p. 451, quienes, si bien usan dicha terminología para excluir del ámbito del 52.2 la t. absolutamente inidónea, consideran que «resulta dudoso» poder seguir manteniéndola.

to y peligro concreto. El primero, también llamado idoneidad abstracta, se identifica con la virtualidad lesiva del hecho del intento, mientras que el segundo –idoneidad concreta– consistiría en la capacidad específica para alcanzar la consumación (109). En base a esta distinción es como Cerezo Mir intenta compatibilizar una base objetiva de la punición de la tentativa con la presencia del artículo 52.2 en su conocido escrito «Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa». Afirma este autor que con el citado artículo «el legislador ha excluido únicamente la posibilidad de considerar que lo injusto de la tentativa en el Código Penal radique en el peligro concreto del bien jurídico protegido. Lo injusto de la tentativa en el Código Penal español tiene que estar representado por el peligro abstracto del bien jurídico protegido» (110). «¿Cuál ha de ser, sin embargo, la medida de la abstracción?», se pregunta a continuación. Dejaré la contestación que el mismo autor da para más adelante, cuando veamos las contradicciones en que incurre la mayoría de la doctrina a la hora de tomar en consideración el peligro propio del acción.

c) *Teoría del peligro concreto*: Frente a lo anterior, autores como Núñez Barbero entienden que el juicio de idoneidad sobre el peligro ha de ser emitido en concreto, «en el complejo de todas las circunstancias en las cuales la acción se exterioriza», ya que la idoneidad se refiere «a la eficacia causal, a la capacidad para producir el resultado prohibido por la ley» (111). También otros autores como Mir Puig o Farré Trepát han exigido la presencia de un peligro concreto, si bien la concepción que éstos dan a dicho peligro «concreto»: consideración *ex ante* por un observador objetivo de la acción (112), dista mucho de la que el primer autor citado entiende por tal. Las diferencias, como ya se ha afirmado, se basan en la forma de enjuiciar dicha peligrosidad.

(109) COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, cit., p. 556.

(110) *Ibid.*, p. 33. Si bien la distinción relativa-absolutamente inidónea parten de esa idea de peligro abstracto-concreto, CEREZO excluye expresamente la validez de la primera distinción, por entender que un primer «límite insalvable» de determinación de lo injusto en la tentativa viene dado por la tipicidad. Por ello «no cabe hacer abstracción de la falta de un elemento cualquiera que pertenezca al tipo de la tentativa de delito. Por este motivo resulta ya inadmisibles el criterio de distinción de imposibilidad absoluta y relativa. No cabe admitir la distinción de inexistencia y mera falta ocasional de presencia de objeto. En ambos casos la acción de tentativa no es típica». Como vemos, está utilizando como primera barrera de punición los postulados de la teoría de la falta de tipo. También GONZÁLEZ CUSSAC, cit., p. 20, se manifiesta de acuerdo con la consideración de un peligro abstracto. Para este autor, el juicio de idoneidad ha de ser desdoblado en dos partes: «primero se realizará un juicio de idoneidad abstracto donde se ha de comprobar si el acto es idóneo desde el punto de vista del fin perseguido (resultado); segundo, se lleva a cabo un juicio de idoneidad estricta, averiguando si el acto es ejecutivo o preparatorio, o sea, si completada la ejecución produciría la lesión o puesta en peligro». Su postura es similar a la de SPENDEL, quien para el juicio de peligro de la acción utiliza cumulativamente un doble juicio *ex ante/ex post*.

(111) *El delito imposible*, 1963, pp. 107-108.

(112) *Vid.*, FARRÉ TREPAT, *La Tentativa...*, cit., pp. 385 a 396.

2. CONSIDERACIONES CRÍTICAS. DIVERSAS FORMAS DE ENTENDER EL JUICIO DE ADECUACIÓN

Sin perjuicio de alguna crítica puntual hacia las teorías citadas, optaré por establecer una crítica genérica, basada en una serie de contradicciones en las que los autores que las defienden incurren. Todas ellas tienen en común tomar como punto de partida para el fundamento de punición de la tentativa inidónea el criterio del peligro para el bien jurídico. En base a ello, sólo las conductas peligrosas para producir el resultado serán acciones idóneas, y por tanto punibles; y viceversa, las conductas inidóneas son las que carecen de la característica de la peligrosidad, por lo que habrán de ser impunes (113).

Ya he afirmado que lo determinante a la hora de entender el peligro es la manera de determinar el juicio de su comprobación, puesto que la presencia de tal peligro, como juicio de probabilidad que es, dependerá de los factores relativos al suceso fáctico que hayan de conocerse. Pues bien, la mayoría de los autores que utilizan dicho elemento de peligro como base del injusto de la tentativa, aplican teóricamente una perspectiva *ex ante*, entendida igual a como se entiende para el primer nivel de imputación a que ya nos hemos referido. Así, la presencia de una tentativa coincidiría, en los delitos dolosos, con el primer nivel de imputación: la creación de un riesgo típicamente relevante. Es decir, y como afirma Núñez Barbero, «la inidoneidad así afirmada, esto es, “*ex ante*”, equivale a la adecuación y coincide con el peligro» (114). La utilización de la perspectiva *ex ante* en el ámbito de la tentativa parte de presupuestos puramente lógicos, puesto que «un examen de la conducta *ex post* y en concreto, es decir, sin dejar de tener en cuenta ninguno de los factores que han intervenido en el hecho, nos conduciría a la inidoneidad de toda conducta que haya permanecido en una fase de imperfecta ejecución» (115). Ocurre, sin embargo, que la doctrina citada, que podría ser adjetivada como mayoritaria, aplica o bien un doble juicio *ex ante/ex post*, o bien un juicio *ex ante* de forma incorrecta. (116).

Sin ánimo de resultar exhaustivo, quisiera poner de manifiesto dicha incongruencia de la mano de varios autores anteriormente citados.

Núñez Barbero, como he dicho, defiende un concepto estricto de peligro. Y este juicio, «emitido en proporción a todas las circunstancias realmente existentes en el caso singular, debe realizarse “*ex ante*”. *El Juez debe remitirse o referirse al momento en el cual la acción ejecutiva ha sido iniciada y emitir el juicio teniendo en cuenta todas aquellas circunstancias y condiciones que en dicho momento podían ser conocidas o eran*

(113) Cfr., por todos, NUÑEZ BARBERO, cit., pp. 108-109.

(114) *Ibid.*

(115) FARRÉ TREPAT, *La Tentativa...*, cit., p. 392, 1980, pp. 60 y 72.

(116) En igual sentido, FARRÉ TREPAT, *La Tentativa...*, cit., p. 393; la misma, *Consideraciones dogmáticas...*, cit., p. 274

conocidas por el sujeto. Y considerará *idónea* la acción cuando sobre la base de estos elementos se presente adecuada, apropiada, respecto de la consumación, respecto del resultado al cual iba dirigida, considerándose inidónea en los demás casos. La idoneidad así afirmada, esto es, *ex ante*, equivale a la adecuación y coincide con el peligro. De aquí que idoneidad de la acción signifique peligrosidad de la acción, mientras que inidoneidad de la acción debe suponer falta de peligrosidad en la misma». «En el juicio de peligro, el Juez tendrá en cuenta los conocimientos del hombre medio completándolos con los del agente que, a estos efectos, pueden ser superiores, es decir, con el conocimiento especial del reo, en su caso, *prescindiendo de las circunstancias no cognoscibles en el momento de la ejecución y de las que se revelen a través del suceso, esto es, que no fuesen constatables a priori* (117). La descripción del juicio es exactamente igual a la aquí defendida. Sin embargo, este autor interpreta de forma peculiar dicho juicio. Para él, conocimiento *a priori* no es, a pesar de definirlo así, lo que *ex ante* y situado en el lugar del autor en el momento en que comienza la acción puede conocer el espectador objetivo, sino todo lo cognoscible por el hecho de existir en el momento de la acción, es decir, un conocimiento absoluto de lo existente hasta el momento en que comienza la acción. Esta interpretación de Núñez Barbero resulta en realidad un recurso para eximir de punición ciertas conductas –los llamados «delitos imposibles»–, que desvirtúa la naturaleza de dicho juicio *ex ante* entendido como previsibilidad. Ya fue explicado que el hecho de situar al espectador en el lugar del autor atiende a un juicio de valoración de la conducta, juicio ideal que se pregunta por lo que el agente debería conocer: deber objetivo de cuidado (118). Este autor, sin embargo, considera previsible por ese hombre medio que él cita todo lo existente, es decir, no le sitúa en el lugar del agente, sino en una posición exterior, ajena a condicionamientos espacio-temporales. Consecuentemente, para Núñez Barbero todo error sobre el tipo habría de ser vencible, puesto que todo lo existente en un momento dado es cognoscible. Como puede verse, y al igual que podrá decirse de los planteamientos de otros autores a continuación, la supuesta posición *ex ante* de Núñez Barbero es en realidad una posición *ex post*, es decir, que contempla el acontecimiento una vez ocurrido, pues tener en cuenta todo el sustrato fáctico existente en el momen-

(117) Cit., pp. 108-109-110. (Primeras cursivas del autor, segundas mías.)

(118) En palabras de REYES ALVARADO, *Imputación...*, cit., p. 267: «Cuando se reprocha a alguien el no haber previsto un suceso o unas consecuencias que eran pre-
visibles, se le está censurando el no haberse comportado en la forma como le era exigible hacerlo bajo determinadas circunstancias. Esto significa que, cuando se recurre a la previsibilidad... se está reprochando a la persona una determinada forma de actuación, en cuanto le era exigible una conducta diversa. Importante es... la circunstancia de no haber previsto lo que para *otra persona en su lugar* hubiera sido previsible» (cursivas mías).

to de la acción, implica conocer *a priori* todo lo que va acontecer. En palabras de Gimbernat, con un conocimiento completo de los hechos y de las leyes científico-naturales que rigen los cursos causales solamente se podrían formular juicios de necesidad, y «si se cree en el libre albedrío, lo único que no estaría predeterminado de manera necesaria en el momento de los hechos sería el comportamiento humano» (119). La inaplicabilidad de la posición de este autor queda manifestada en el ejemplo que él mismo pone para explicarla, en el que incurre en un error de aplicación de su propia teoría. El ejemplo, esquematizado, es el siguiente: A dispara su arma contra B, pero ésta, sin conocerlo el agente ni ser reconocible, está cargada sólo con pólvora o bien no tiene el necesario alcance. «Dichas circunstancias, que impiden la consecución del resultado —dice el autor—, son negativas o excluyentes del peligro, porque su naturaleza no es de necesaria ignorancia universal, ni se revelan a través del hecho, sino que son constatables, cognoscibles *a priori*» (120). Frente a este ejemplo, dice que sería distinto el caso si el tiro se hubiese desviado, pues, entonces, el juicio emitido en la ignorancia de esta circunstancia sería objetivamente válido, ya que se habría revelado a través de la falta de producción del resultado. Pero tal afirmación, aplicando estrictamente sus criterios, no sería cierta. Si conocemos todo lo que es universalmente cognoscible en el momento en que el agente va a disparar —la dirección exacta hacia la que apunta el cañón del arma, la velocidad del viento, las pulsaciones de la muñeca del que dispara, etc.—, también sabríamos que el tiro saldría desviado; por tanto, el peligro objetivo sería el mismo que si disparáramos una pistola con pólvora: ninguno.

La postura de Núñez Barbero, siguiendo sus presupuestos, conduciría en realidad a la impunidad de toda tentativa (121).

Rodríguez Devesa, por su parte, afirma con razón que «el problema de la idoneidad o la inidoneidad de una acción sólo puede surgir con una consideración *ex ante*. Para una consideración *ex post* toda tentativa es inidónea, porque, reproducidos los hechos exactamente tal y como ocurrieron, nunca hubiera podido producirse el resultado»; es decir, que «la única manera de poder llegar a distinguir entre actos ejecutivos idóneos e inidóneos es colocarnos en el momento en que se verifican éstos y preguntarnos sobre el grado de probabilidad de que se produzca el resultado. Cuando no hay ninguna probabilidad, la tentativa es inidónea» (122). Sin embargo, después de dicha afirmación, utiliza un criterio *ex post* para determinar la presencia-ausencia de objeto material del delito o la existencia de una bala en el cargador del arma. ¿Qué entiende Rodríguez Devesa por considera-

(119) «Diatriba sobre el Nuevo Código Penal», *La Ley*, viernes 24 de mayo de 1996, año 17, núm. 4043.

(120) Cit., p. 111. (Cursivas mías.)

(121) Así también, FARRÉ, *La Tentativa...*, cit., p. 367.

(122) *DP, PG*, 1995, 789.

ción *ex ante*? Algo muy parecido a lo que entiende Núñez Barbero, es decir, tiene en cuenta no todo lo cognoscible en el momento de comienzo de la acción, sino todo lo concurrente en la realidad fáctica: «Es, pues, preciso que la índole de la acción sea tal que considerada *ex ante* pueda producir como resultado el delito. Un disparo con pólvora no puede reputarse, aunque el sujeto equivocadamente piense que su escopeta está cargada con un cartucho de postas, como comienzo de la ejecución de la acción de matar. Disparar contra un hombre que ya está muerto no es en modo alguno comienzo de ejecución» (123). El citado autor no define quién ha de contemplar *ex ante* la acción, pero en base a lo que afirma parece que hubiera de ser una especie de dios omnipresente, dotado del don de la ubicuidad. Según esta postura, y lo mismo les ocurre a las demás autores en estudio, por tomar en consideración para el juicio de peligrosidad circunstancias que sólo son conocidas en un momento posterior al comienzo de ejecución del hecho, habría de declararse no peligrosa la acción de disparar con una pistola cargada sobre un hombre que muere de un infarto treinta segundos antes de que el disparo se realice.

Es momento ahora para volver sobre la postura de Cerezo Mir. Recordemos que para dicho autor, fundamento de punición de la tentativa inidónea es la peligrosidad abstracta de la acción. Había quedado pendiente de respuesta la pregunta relativa a qué nivel de abstracción era necesario o suficiente para el juicio de peligrosidad, es decir, de qué circunstancias del caso concreto ha de prescindirse para emitir dicho juicio. Cerezo afirma que «la medida de la abstracción ha de venir dada... por las circunstancias que no fueran cognoscibles en el momento del inicio de la acción ejecutiva por una persona inteligente situada en la posición del autor, cuyo saber ontológico está completado por el especial que pudiera tener el agente y dotado de un saber nomológico medio». «Habrà que admitir, por tanto, la existencia del peligro cuando, teniendo en cuenta todas las circunstancias cognoscibles en el momento de inicio de la acción ejecutiva por esta persona tipo, el resultado delictivo aparezca posible. La circunstancia que impidió la producción del resultado podría existir ya con anterioridad al principio de ejecución, pero no era cognoscible *ex ante* por la persona tipo mencionada» (124). Es decir, está hablando de un juicio de previsibilidad objetiva. Sin embargo, Cerezo no parece prestarle mucha atención a la hora de aplicarlo, lo que conlleva consecuencias tanto por defecto como por exceso. Por un lado, adscribiéndose a la teoría de la falta de tipo –incompatible con el juicio de adecuación– entiende que en los casos de falta de objeto material o falta de medio –azúcar en vez de veneno– no puede concurrir una tentativa, por ser la conducta atípica, al faltar uno de sus elementos (125). Por otro, en cambio, afirma sorpren-

(123) *Ibid.*, p. 791.

(124) *Lo objetivo y...*, cit., pp. 33-34.

(125) *Ibid.*, p. 27.

dentemente y sin detenerse a explicar los motivos, que «habrá que admitir la existencia de peligro, aunque la producción del resultado aparezca *ex ante* imposible a una persona inteligente, dotada del saber nomológico –no medio– sino de la época» (126).

En incongruencias parecidas incurrir Octavio de Toledo/Huerta Tocildo. Entienden que el «fundamento de la punición del delito imposible es idéntico al de la tentativa (o frustración) idónea. Tanto aquél como ésta se previenen penalmente, además de constituir ambos una manifestación de una voluntad contraria al Derecho (“desvalor de acción”), en uno y otra es dable observar, *ex ante*, un peligro para los bienes jurídicos penalmente protegidos (“desvalor del resultado”)». Dicho de otra forma: «*ex ante* la tentativa idónea y la tentativa inidónea no son diferentes». Pues bien, a renglón seguido, dicen que el delito «absolutamente imposible por falta de objeto material, por completa inadecuación de los medios o por inidoneidad de los sujetos... debe permanecer impune, porque consideradas *ex ante* por un espectador imparcial las actuaciones en que se puede materializar tal tentativa, no serían entendidas como peligrosas para el bien jurídico, pues no puede ser atacado». Nuevamente nos encontramos con una interpretación *sui generis* del juicio de adecuación, en la que se omite la necesidad de que el espectador objetivo se sitúe en el lugar del agente cuando éste va a comenzar el hecho y realice el juicio en base a lo cognoscible en ese momento. Distinto habría de ser, desde una perspectiva estrictamente *ex ante*, si lo que resultó ser un cadáver parecía ser, a todos los efectos (es decir, según el juicio de dicho espectador con un conocimiento general de la experiencia más el que tuviera el agente), una persona acostada y viva, a si a todos esos efectos, era un cadáver, sobre el cual era evidente que el agente únicamente desperdiciaba balas. Para Octavio/Huerta el matiz parece ser prescindible. Su criterio es, en realidad, *ex post*, el único que puede determinar si había o no objeto material aunque *ex ante* no pudiera ser constatable (127).

Y lo mismo ha de decirse de la postura de Quintero Olivares, para quien «la inidoneidad relativa debe ser punible porque entraña, al igual

(126) *Ibid.*, pp. 34-35.

(127) Una postura semejante mantiene en la doctrina alemana, SPENDEL, «Zur Neubegründung der objektiven Versuchslehre», en *Festschrift für Stock*, 1966, pp. 88 ss., realizando un doble juicio *ex ante/ex post*, y llegando a resultados insatisfactorios tanto político-criminal como dogmáticamente. Por un lado, distingue el caso del ladrón que introduce la mano en un bolsillo con intención de robar una cartera o un monedero y la víctima no llevaba en los bolsillos nada de valor del caso en el que el ladrón mete la mano en el bolsillo y el monedero o la cartera se encuentra en otro bolsillo, considerando una conducta peligrosa –y, por tanto, punible– esta última acción, y no peligrosa la primera (p. 107). Por otro lado, y coherentemente con dicho juicio cumulativo *ex ante/ex post*, si la conducta no era peligrosa pero sí *ex ante* habrá de dar lugar a una tentativa punible. Así el caso de quien con dolo de matar produce una herida insignificante a una persona que *a posteriori* –«sin conocerlo el autor ni el espectador objetivo»– resulta ser hemofílica, siendo salvada de la muerte en última instancia (p. 104).

que la tentativa adecuada, un peligro *ex ante* para el bien jurídico protegido», mientras que «en la tentativa absolutamente inidónea... falta adecuación típica, ya proceda de la falta de acción típica, ya del objeto típico» (128). «En la llamada tentativa inidónea no existe ese principio de ejecución coherente con el resultado buscado, sino que tan sólo hay un propósito del autor que, desde una consideración *ex ante*, obviamente no puede alcanzar, ya sea por inidoneidad del medio o del objeto o del autor mismo» (129). Encontramos, como en los autores anteriores, la diferenciación entre absoluta y relativa inidoneidad. Pero, desde una perspectiva *ex post* —o también «omnipresente»—, única que admitiría dicha «diferenciación de peligros», tan inidóneo es envenenar con azúcar como envenenar con una cantidad de veneno apenas perceptible por un organismo humano, acción que tampoco sería típica, sino más bien una tentativa irreal. Sin embargo, para estos autores el segundo caso se conceptuaría como «relativamente inidóneo» y sería, por tanto, punible.

B) Posición personal y el nuevo Código Penal Español

Según el fin inmediato del Derecho Penal aquí defendido: protección preventiva de los bienes jurídicos, la prohibición tiene que recaer cuando el agente no ha comenzado aún a realizar la acción, y no cuando la acción ya ha sido realizada. «Pues con el fin de evitar la lesión de bienes jurídicos el legislador envía normas a los ciudadanos para que dejen de realizar aquellas conductas que en el momento de su realización comporten un peligro para algún bien jurídico. Ciertamente no tendría ningún sentido constatar la peligrosidad de la conducta una vez realizada (*ex post*), cuando lo que se pretende es evitar la realización de conductas peligrosas. Será preciso prohibir que se lleven a cabo todas aquellas conductas que en el momento de su realización supongan la creación de un peligro para el bien jurídico, aunque posteriormente se compruebe que la ausencia de alguna circunstancia en la conducta prohibida imposibilitaba la consumación del delito» (130). Expresado de otra forma, podría decirse que un Derecho Penal preventivo no puede regirse por criterios causalistas y retribucionistas y prohibir causaciones de resultados —ya sean éstos de lesión o de peligro concreto verificado *ex post*— sino que ha de hacer de las conductas el objeto de prohibición y valoración. Coherentemente con dichos fines del Derecho Penal, sólo podrán ser prohibidas las acciones que sean peligrosas para los bienes jurídicos. No pueden ser punibles acciones que no tengan capacidad de lesionar esos bienes jurídicos. Pero la constatación de esa capacidad, es decir, su idoneidad para producir el resultado, de

(128) Cit., 1989, p. 530.

(129) *Ibid.*, p. 531.

(130) FARRÉ TREPAT, *Consideraciones dogmáticas...*, cit., pp. 273-274.

acuerdo con la idea de prevención, debe llevarse a cabo en un momento anterior a la realización de la conducta (*ex ante*) y no con posterioridad a la misma (*ex post*).

Esto no supone abandonar un criterio objetivo en la fundamentación de la punición. Al contrario, es preciso, como hacen las teorías objetivas, distinguir entre conductas peligrosas y no peligrosas, pues ese es el margen diferenciador entre las conductas que interesan al Derecho Penal; distinguir, por tanto, entre tentativas idóneas e inidóneas, dando la razón a Cerezo Mir cuando afirma que la tentativa inidónea es una tentativa no peligrosa, no siendo, entonces, típica. Desde la postura aquí defendida, sólo serán típicas las conductas que, desde un punto de vista *ex ante* aparezcan como peligrosas. No cabe hablar, por tanto, de una tentativa inidónea punible.

Esta postura era compatible con la presencia del artículo 52.2 –felizmente derogado– y es perfectamente compatible con los artículos 16 y 62 del nuevo CP. En el nuevo CP, como es sabido, desaparece toda referencia a la tentativa inidónea, lo que ha servido a algún sector doctrinal para declarar la impunidad de lo que, impropriamente, se ha venido en llamar «tentativa absolutamente inidónea» o «delito absolutamente imposible» (131).

El artículo 16.1 dice lo siguiente: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes a la voluntad del autor». La introducción del adverbio «objetivamente» y la modificación del tiempo verbal del verbo «deber» –cambia «debieran» por «deberían»– no producen cambios esenciales con respecto al extinto 3.3. Y esto es así porque, aunque pudiera pensarse que lo haya pretendido (132), con esta redacción el legislador no obliga a adoptar una de las posiciones doctrinales que en este ámbito se enfrentan. Con el término «objetivamente» parece que el legislador tuviera intención de añadir un mayor contenido de mal entendido «objetivismo», acercándose a las teorías que hemos venido rechazando (133). Pero un correcto entendi-

(131) Así, QUINTERO OLIVARES, *DP, PG*, 1995, p. 467; «Comentarios al nuevo Código Penal de 1995», *VV. AA.*, volumen I, p. 100.

(132) Cfr. las duras y atinadas críticas que realiza GIMBERNAT ORDEIG, en el *Prólogo al Código Penal de 1995*, Ed. Tecnos, 1995, en lo relativo a su «sectarismo doctrinal», algunas de las cuales no me resisto a reproducir aquí: «...aparentemente, se ha intentado imponer a un legislador accesible –y, tal vez, ingenuo– lo que no se había conseguido en la discusión doctrinal con la fuerza de los argumentos. Lo que sucede es que la Ley tiene su propa lógica objetiva, independiente de la voluntad subjetiva de quien en concreto ha redactado un determinado precepto, y... a veces se es tan torpe que, después de haberse quedado solo en la controversia científica, tampoco se consigue hacer prevalecer las propias ideas ni aun teniendo la posibilidad de influir nada menos que sobre el mismo legislador».

miento de lo que en este ámbito se considera «objetivo» —es decir, la valoración de la conducta no partiendo de un conocimiento total de la situación, sino de un conocimiento objetivamente fundado de la realidad y las leyes de la naturaleza, desde una determinada perspectiva— el artículo 16 permite seguir manteniendo sin forzamientos la posición que aquí se ha estimado más adecuada. Entender lo objetivo como un conocimiento absoluto de la realidad, basado en un juzgador dotado del don de la ubicuidad, conllevaría la inaplicación del artículo 16.1, puesto que toda tentativa, desde una perspectiva *ex post*, es inocua para el bien jurídico. Por el contrario, por actos que «objetivamente deberían producir el resultado» hay que entender, si no se quiere vaciar dicho artículo de contenido, actos que un espectador objetivo, dotado de los conocimientos fenomenológicos de la generalidad más los del sujeto agente y situado en el lugar del autor, consideraría adecuados, peligrosos, idóneos para producir el resultado (134).

Y es en este artículo, unido a cada tipo legal concreto de la parte especial, lo que forma el injusto de la tentativa, por lo que la desaparición de la mención de la tentativa inidónea de las reglas de determinación de la pena nada variará con respecto al ámbito de punición que el artículo 16.1, entendido correctamente, determina.

(133) De la misma opinión GIMBERNAT, *Diatriba...*, cit., quien entiende que «de adoptarse este criterio (un punto de vista estrictamente objetivo) no serían subsumibles en el artículo 16.1 los comportamientos de intentar violar a una niña que fracasa por la desproporción entre los órganos genitales del hombre y de la víctima, de tratar de envenenar a una persona con el contenido que se cree letal de un frasco rotulado como de cianuro, y que, sin embargo y en realidad, sólo contiene sal, de pretender asesinar a otra persona con una bomba-lapa adosada a su vehículo, pero que tiene un pequeño defecto que le impide explosionar, o con una bomba en perfectas condiciones, que, no obstante, se activa un segundo después de que el conductor del automóvil fallezca de un infarto, o con una pistola que se encasquilla, o de realizar actos encaminados a practicar un aborto a una mujer de la que se cree que está embarazada, sin estarlo, o de intentar un robo por el procedimiento del butrón que se frustra porque, a la vista del espesor de la pared y de los instrumentos que emplean los autores para forzarla, éstos no son aptos para forzar aquella».

(134) En similar sentido, GIMBERNAT, *ibid.*

CRÓNICAS EXTRANJERAS

Peligro y peligrosidad *

HANS-JOACHIM HIRSCH

Profesor de la Universidad de Colonia

I

Como es sabido, Binding exordia sus aportaciones sobre el concepto de peligro con las palabras: «hay conceptos jurídicos que a pesar de ser imprescindibles son peligrosos. Al ser de difícil comprensión se interpretan erróneamente y por lo mismo se hace mal uso de ellos» (1). En general, y a pesar de algunas meritorias y útiles investigaciones (2), esto no ha cambiado sustancialmente. Así Roxin recientemente ha afirmado que la investigación sobre los delitos de peligro se encuentra «aún en sus

* Título original «Gefahr und Gefährlichkeit», publicado en *Strafgerichtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*. Editores FRITJOF HAFT, WINFRIED HASSEMER, ULFRID NEUMANN, WOLFGANG SCHILD y ULRICH SCHROTH (C.F. Müller) Heidelberg, 1993, pp. 545-63. Traducción de ESTEBAN SOLA RECHE (Universidad de La Laguna).

(1) BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. IV, 1919, p. 374.

(2) De los últimos tiempos v. especialmente CRAMER, *Der Vollrauschatbestand als abstraktes Gefährungsdelikt*, 1962; LACKNER, *Das konkrete Gefährungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, 1967; SCHRÖDER, *ZStW* 81 (1969), pp. 7 ss.; GALLAS, *Heinitz-Festschr.*, 1972, pp. 171 ss.; HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973; BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährungsdelikts*, 1973; SCHROEDER, «Die Gefährungsdelikte», suplemento *ZStW*, Caracas, 1982; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, pp. 435 ss., 511 ss., 575 ss., 647 ss., 715 ss., 787 ss.; DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, 1980; HOYER, *Die Eignungsdelikte*, 1987; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989; DIMITRATOS, *Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen*, 1989; GRAUL, *Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, 1991.

comienzos» (3). Esta situación es tanto más confusa cuanto, en las últimas décadas, han proliferado los tipos «de peligro» concreto y abstracto, y también ha contribuido últimamente el desarrollo expansivo del Derecho de Contravenciones. Hay que resaltar además el creciente uso de los conceptos «peligro» y «peligrosidad» en la dogmática, especialmente en el ámbito de la teoría de la imputación, para la cual desempeñan un papel clave.

Es interesante constatar que la discusión actual tiene el centro de gravedad en un «escenario secundario de la contienda»: el del estado de necesidad. Tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante requieren que un bien jurídico se encuentre en peligro. La doctrina dominante quiere tomar como base el concepto de peligro que ella misma sustenta en los delitos de peligro (concreto) (4). Frente a esto, una corriente doctrinal cada vez más extendida reclama una objetivación reforzada de los §§ 34 y 35 StGB argumentando que, de otra manera, quien obrase en estado de necesidad resultaría excesivamente favorecido (5). También en relación con el estado de necesidad se ha dicho que para toda regulación se tiene que concretar el concepto de peligro independientemente, desde el punto de vista de su específica función (6). Esto sería la expresión de la moderna metodología normativo-funcional (7). Pero si se confirmara que es necesario partir de un concepto de peligro en la regulación del estado de necesidad distinto al que defiende generalmente la doctrina dominante, entonces sería razonable poner en cuestión inmediatamente si la controversia sobre el estado de necesidad no es sólo un síntoma de que hay algo general en la concepción dominante que no es correcto, o que, por su poca precisión conduce a la confusión material y terminológica de distintos fenómenos y a otras interpretaciones erróneas.

II

En hacer estado de necesidad la doctrina dominante habitualmente se limita a una remisión a la definición dada en los delitos de peligro (con-

(3) ROXIN, *Allg. Teil I*, 1992, § 11, marginal 113.

(4) DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 45.^a ed., 1991, § 34, marginal 3; JESCHECK, *Allg. Teil*, 4.^a ed., 1988, pp. 237, 323 s.; LACKNER, *StGB*, 19.^a ed., 1991, § 34, marginal 2; MAURACH/ZIPF, *Allg. Teil I*, 7.^a ed., 1987, § 27, marginal 15; la jurisprudencia tampoco distingue.

(5) BLEI, *Allg. Teil*, 18.^a ed., 1983, p. 165; BOCKELMANN/VOLK, *Allg. Teil*, 4.^a ed., 1987, p. 97; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, 24.^a ed., 1991, § 34, marginal 13, vor § 32 marginal 10a.

(6) JAKOBS, *Allg. Teil*, 2.^a ed., 1991, 13/13, nota 27; ROXIN, *Allg. Teil I*, § 16, marginal 11; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, § 34, marginal 14; DIMITRATOS (nota 2), p. 97, 163; también HIRSCH, *LK*, 10.^a ed., 1985, § 34, marginal 31.

(7) V. DIMITRATOS (nota 2), pp. 25 s., 106, 163, 176; ROXIN, *Allg. Teil I*, § 16, marginal 11 con nota 16.

creto). Según ésta, el peligro debe consistir en que «la producción de lesión aparezca como probable en las concretas circunstancias que concurren en el momento dado» *a posteriori* desde la perspectiva *ex ante* (8). Con la vista puesta en la problemática del estado de necesidad Schaffstein trata de hacer una precisión al respecto (9). Llega a la conclusión de que lo importante es la perspectiva objetiva *ex ante* de un observador inteligente, de las mismas condiciones que el autor (contando con los especiales conocimientos de éste), y que se encuentre en su misma situación en el momento del hecho (10). Lo cual significa que en el estado de necesidad el conflicto se resolvería unilateralmente, atendiendo a cómo se han desarrollado los hechos para el observador situado en la posición del sujeto necesitado. Por ejemplo, si desde la perspectiva de un observador objetivo situado en la posición del autor, el inofensivo humo que sale de una barbacoa parece un incendio que amenaza una casa vecina, el «necesario» uso para avisar a la policía del automóvil de una persona ajena a los hechos quedaría justificado por el estado de necesidad y, por tanto, habría de consentirlo por el perjudicado incluso en el caso de que éste haya apreciado correctamente la situación.

Contra una solución tal, sin embargo, se aduce que el estado de necesidad justificante otorga una facultad excepcional de agresión del bien jurídico ajeno y, por tanto no cabe descomponer el reparto de riesgo entre quien obra en estado de necesidad y el obligado a tolerar. Si además observamos la regulación de la legítima defensa, en ella se ve claramente que se requiere la existencia de una agresión. Entonces, la definición de peligro en caso de estado de necesidad que sostiene Schaffstein no se puede ajustar a la orientación de la legítima defensa —ni a los fundamentos de las otras causas de justificación generales— desde una objetivamente existente situación de conflicto (11). Sobre todo porque regularmente

(8) V. nota 4. Sobre la definición dominante de peligro, cfr. JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 237 y las referencias jurisprudenciales allí contenidas.

(9) SCHAFFSTEIN, *Bruns-Festschr.*, 1978, pp. 89 ss.

(10) Loc. cit., pp. 105 ss. Mientras que para la mayoría de los autores la posición del observador objetivo queda imprecisa, aunque mucho hace pensar que se le sitúa en el lugar del sujeto activo, también ARMIN KAUFMANN, *Welzel-Festschr.*, 1974, pp. 393, 402, y RUDOLPHI, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschr.*, 1989, pp. 371, 384, se centran expresamente en la situación de la acción para la fundamentación de las causas de justificación. Igualmente DIMITRATOS (nota 2), p. 171, estima que en el estado de necesidad es decisiva la posición concreta del autor. Así también HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 27.

(11) El ordenamiento jurídico únicamente prescinde de la existencia real de la situación cuando, debido a causas especiales, estima suficiente el debido examen de la existencia objetiva. Así, por ejemplo, los ataques justificadamente legítimos (cfr. la justificación en HIRSCH, *LK* vor § 32, marginales 146 ss.) y § 193 StGB. De la situación de justificación hay que distinguir la cuestión de la necesidad de la correspondiente acción del autor. Para ésta se trata de un elemento de la acción indicada, de manera que la evaluación de un observador inteligente en la situación del autor es suficiente para la existencia objetiva.

en el estado de necesidad justificante hay que recurrir a un bien jurídico ajeno como víctima. Hay que añadir, además, que el estado de necesidad defensivo próximo a la legítima defensa está incluido en el estado de necesidad justificante, de modo que para éste, como para la legítima defensa, una supuesta agresión tiene que darse objetivamente. En caso contrario se llegaría al resultado contradictorio de que los supuestos de simple legítima defensa putativa que no quedan amparados por el § 32 StGB constituirían un peligro según el § 34 StGB —o sea, cuando un observador objetivo se equivocara también—, pudiendo llegar a la justificación a través del estado de necesidad. El argumento que esgrime Schaffstein (12), según el cual en el § 34 el legislador se ha decidido por el interés predominante y contra el de menos importancia, no resulta concluyente ya que presupone lo que quiere demostrar, esto es, que existen presupuestos para una situación de peligro (13).

En efecto, hay también algunos autores que renuncian a exigir la objetiva existencia de la agresión para la legítima defensa, considerando suficiente un ataque que parece real desde la perspectiva del observador objetivo situado en la posición del autor (14). Pero también entonces se pasa por alto que las causas de justificación constituyen injerencias permitidas que se basan en la resolución por el ordenamiento jurídico de una situación de conflicto. Una autorización de defensa necesaria —con la posibilidad defensiva no infrecuente de llegar incluso hasta el homicidio— únicamente está justificada frente a quien realmente realiza una agresión. Formas de comportamiento que sólo tiene la apariencia de una agresión no pueden ser calificadas de antijurídicas. No obstante, desde la antijuridicidad de una agresión se puede explicar la permisión de una defensa necesaria y el correspondiente deber del agresor de soportar la conveniente protección. Aquel planteamiento ignora el fundamento de la regulación de la legítima defensa y, por tanto, no puede servir de apoyo para la corriente que quiere determinar el concepto de peligro en el estado de necesidad desde la perspectiva de un observador inteligente situado en la posición del que obra en estado de necesidad (15).

(12) Loc. cit., p. 100.

(13) Críticamente frente a la opinión de SCHAFFSTEIN, ya SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, § 34, marginal 14; HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 30.

(14) Así lo consideran expresamente ARMIN KAUFMANN (nota 10), p. 401; JAKOBS, *Allg. Teil*, 11/9; RUDOLPHI, (nota 10), pp. 384 ss.; además, en definitiva, OTTO, *Jura* 1988, 330, 331 («adecuación social»), y acaso también HERZBERG, *JA* 1989, 243, 250 («riesgo permitido»).

(15) El estado de necesidad putativo y la legítima defensa putativa afectan sólo a la culpabilidad y no a lo injusto, por lo que la clasificación dentro de la culpabilidad puede resultar de la teoría de la culpabilidad restringida o de la teoría estricta de la culpabilidad; v. HIRSCH, *ZStW* 94 (1982), 239, 257 ss. De manera discordante ROXIN, *All. Teil* I, § 16, marginal 14, mantiene la opinión de que la polémica acerca del concepto de peligro en el estado de necesidad se relativiza porque de ello no depende

Si nos fijamos en la discusión acerca del concepto de peligro en los delitos de peligro, da la impresión de que la precedente concepción del peligro que se critica en relación con el estado de necesidad se basa en imprecisiones que frecuentemente se observan en el tratamiento del concepto de peligro que, en general, se sustenta en los delitos de peligro: la insuficiente distinción entre el peligro en que se encuentra el bien jurídico y la (concreta) peligrosidad de una conducta. Lo primero ocurre cuando un objeto entra en el radio de acción de un determinado hecho, con la probabilidad de ser lesionado; se trata, por tanto, de un estado (16). Por el contrario, existe una acción concretamente peligrosa cuando una actuación entraña la concreta probabilidad de lesión de un objeto (17). La peligrosidad concreta es, por consiguiente, simple característica de la conducta y por eso, independiente de si por el acto un objeto efectivamente es puesto en peligro (por ejemplo, cuando alguien con el coche invade el carril del sentido opuesto en una curva sin visibilidad, pero tiene la suerte de que ningún vehículo venga de frente). Para la conducta peligrosa se toman en cuenta los criterios aportados por Schaffstein, ya que la peligrosidad de una acción se debe decidir conforme a la probabilidad *ex ante* desde la perspectiva de la persona media en la misma situación en la que el autor llevó a cabo su conducta (18). El peligro, como un elemento de la regulación del estado de necesidad, se refiere, sin embargo, a un estado en el que ha entrado el bien jurídico. Mientras que en el delito de peligro concreto, el peligro como estado (situación de peligro) constituye el resultado producido —tal y como se pone de manifiesto claramente en la moderna legislación con la fórmula «... y por eso peligran la integridad o la vida de otro, o cosas ajenas de valor relevante» [§§ 311, 315-315 c) StGB]—, en el estado de necesidad no es la consecuencia, sino el presupuesto de la conducta que del autor consideramos. El peligro, como estado en el que se encuentra un

el resultado práctico, puesto que quien erróneamente aprecia un peligro «sin infringir el cuidado necesario en el tráfico» actúa siempre de manera ajustada a Derecho. Sin embargo, se diluyen así los límites de la transgresión lícita del afectado —con graves consecuencias para el deber de tolerancia (y por ello para la limitación resultante de la posibilidad de legítima defensa)—. No se debe olvidar tampoco que sólo quien respeta los límites conceptuales de los elementos de la causa de justificación puede encontrarse en un estado de necesidad putativo. De otra manera, según todas las opiniones, se trataría de un caso de error de permisión conforme al § 17 StGB.

(16) WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, pp. 22 s.; el mismo, *Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, pp. 47, 137; SPENDEL, *Stock-Festschr.*, 1966, pp. 89, 104 ss.; HIRSCH, *Ehre und Beleidigung*, 1967, pp. 168 s.; GALLAS, *Heinitz-Festschr.*, pp. 175 ss.; JESCHEK, *Allg. Teil*, p. 237; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, vor § 306, marginal 5; GEPPERT, *NSiZ* 1985, 264, 265; ROXIN, *Allg. Teil I*, § 11, marginal 115.

(17) WELZEL, loc. cit.; SPENDEL, loc. cit.; HIRSCH, loc. cit.; HORN (nota 2) pp. 11 ss.; el mismo, *JK*, 4.ª ed., 1991, vor § 306, marginal 18; DEMUTH (nota 2), pp. 27 ss.; HOYER (nota 2), p. 201; GRAUL (nota 2), pp. 152 ss.

(18) WELZEL, *Fahrlässigkeit* (nota 16), p. 23; SPENDEL, *Stock-Festschr.*, pp. 104 ss.; GALLAS, *Heinitz-Festschr.*, p. 178.

objeto, necesita por su naturaleza un enfoque distinto al de la peligrosidad de un hacer, y además una objetivación mayor. Que no puede ser la perspectiva desde la posición del autor, se ve claramente de modo particular en el estado de necesidad, porque en él tiene ya que existir el peligro antes de que se realice la conducta típica (de salvamento), mientras que en delito de peligro concreto se aprecia fácilmente como su resultado desde la perspectiva de la acción peligrosa. Y que también es consecuente una mayor objetivación que para la peligrosidad de un hacer se confirma por la consideración de que el peligro en cuyo radio de acción entra un objeto es un estadio objetivo de paso hacia su daño (lesión) inminente.

La deficiente distinción entre peligro en el que se encuentra un bien jurídico y acción peligrosa depende en gran medida de que en las conclusiones obtenidas de la discusión acerca del concepto de peligro y de los delitos «de peligro», no han sido suficientemente analizadas sistemáticamente ni terminológicamente estabilizadas, siendo sólo fraccionariamente abordadas sus consecuencias en Tratados y Comentarios. Todavía se sigue hablando de «delitos de peligro» que luego se divide en concreto y abstracto (19). La diferencia esencial debe estar en que para el concreto «la presencia del peligro se tiene que constatar en cada caso», en tanto que para el abstracto al comportamiento en cuestión «se le asigna típicamente la producción de un concreto peligro» (20). Conforme a esto, con frecuencia también se habla únicamente de «peligro» concreto y abstracto (21), pareciendo entoces que se trata de un único e idéntico concepto como punto de partida para todo el entorno, y que simplemente el peligro se tiene que realizar en unos casos en forma concreta y abstracta en otros. En realidad, la diferencia fundamental se da entre delitos de peligro y delitos de peligrosidad (de riesgo). Puesta en peligro significa algo transitivo, esto es, la causación de una situación de peligro para un objeto (22). Sólo los delitos de peligro concreto son, por eso, auténticos delitos de peligro. Frente a éstos tenemos los delitos de peligrosidad (o de riesgo), en los que como ya se ha dicho, lo que les caracteriza no es un resultado de peligro sino la peligrosidad de una conducta. Y es aquí donde primeramente se hace significativa la distinción entre concreto y abstracto. Los tradicionalmente denominados «delitos de peligro abstracto», estrictamente considerados son delitos de peligrosidad abstracta, porque no es el resultado de peligro sino la peligrosidad de una conducta el contenido de la abs-

(19) Ocasionalmente se apunta que junto a los delitos de peligro concreto y abstracto todavía podría existir otro grupo de delitos de aptitud; v. JAKOBS, *Allg. Teil*, marginales 6/87.

(20) V. por ejemplo JESCHEK, *Allg. Teil*, p. 238; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, vor § 306, marginal 3, respectivamente, con más referencias.

(21) O también de «riesgo» abstracto y concreto, así en ROXIN, *Allg. Teil I*, § 11, marginales 120 ss.

(22) Lo que ya ha indicado HORN (nota 2), p. 11, nota 27.

tracción: de ahí que no haya que centrarse en la peligrosidad concreta, sino a la general (23). Habitualmente, que no se practique esta aclaración se ve favorecido porque hasta ahora para la clasificación de los tipos legales no había motivo para formar un grupo de delitos de peligrosidad concreta, y por eso para la sistematización de todo el conjunto sólo se ha tenido en cuenta el contraste entre concreto y abstracto, y no el que hay entre peligro (concreto) y peligrosidad (concreta).

A esto se le añade la confusión terminológica en parte causada por la imprecisión en el uso del lenguaje. Lingüísticamente, la expresión «puesta en peligro» está, sin duda, fijada en el sentido transitivo ya descrito, de manera que sólo encaja en el de delito de peligro como delito de resultado. «Peligro» y «peligrosidad» son por el contrario términos de uso ambiguo. Así, se habla de peligro no sólo en relación al estado en el que ha entrado un bien, sino que también se habla del «peligro» que origina una acción (24), incluso cuando no se ha puesto en peligro ningún bien. Al contrario, se puede hablar de una situación peligrosa que se ha creado para un bien jurídico. Con más urgencia habría que buscar la fijación terminológica en el Derecho Penal para que en el futuro se pueda expresar más claramente de qué se habla, y acabar con las interpretaciones erróneas (25). Lo mejor sería que el término dogmático de «peligro» se reservara para la situación que se refiera al estado en el que se encuentra un bien, esto es, el entorno conceptual que precede a un daño (lesión) y que aparece como situación de peligro en el estado de necesidad y como resultado de peligro en los delitos de peligro concreto. El término «peligrosidad» debería, contrariamente, aparecer sólo en el sentido de implicación de riesgo de una conducta o también como peligrosidad de una situación, de donde se desprende que consiste en un juicio *ex ante* desde la perspec-

(23) El tenor de las correspondientes disposiciones, que eligen exclusivamente modalidades de conducta como contenido de la abstracción, muestra que el peligro no se entienda como resultado de la abstracción. Detalladamente HORN (nota 2), pp. 20 ss.; GRAUL (nota 2), pp. 156, 354, 355 ss. (en una profunda discrepancia con la teoría de la presunción). «Abstracto» significa así aptitud general; por lo que no es objetivamente decisivo que el mismo legislador haya practicado la abstracción, sino que podría haber delegado parcial total o parcialmente («tipos mixtos») en el Juez la tarea de la generalización (GALLAS, *Heinitz-Festschr.*, pp. 174 s., 183). Por de pronto, esto había pasado desapercibido, ya que se había considerado que la diferencia entre «delitos de peligro» concreto y abstracto radicaba en que en el primero el Juez fijaba la existencia de peligro para determinados bienes jurídicos, mientras que en el último el legislador castigaba determinadas formas del comportamiento humano que según la experiencia general comportaban peligro para los bienes jurídicos [así SCHRÖDER, *ZStW* 81 (1969), 22]. Otra cuestión es la de hasta qué punto existen realmente delegaciones, esto es, si quizá en tipos aislados no existe un delito de peligro concreto, pero que a lo mejor detrás de él se esconde un delito de peligrosidad concreta tras la regulación. Respecto a ello, posteriormente, en relación con la monografía de HOYER (nota 2), sobre delitos de aptitud.

(24) V. por ejemplo ROXIN, *Allg. Teil* I, § 11, marginales 114, 121.

(25) Ya HORN (nota 2), p. 7, ha criticado «la impureza terminológica» en este ámbito.

tiva considerada, y no en el comienzo de un peligro. Como resultado intermedio de estas observaciones se extrae que el debate que se sostiene en el estado de necesidad sobre el concepto de peligro revela puntos oscuros que están relacionados con el estado de sistematización general en el entorno del concepto de peligro.

III

En lo precedente ha quedado claro que tanto en el estado de necesidad como en los delitos de peligro (concreto) se trata del peligro como estado objetivo en el que se encuentra un bien. Por eso se plantea la cuestión de si el debate que se sostiene en el estado de necesidad sobre los criterios de esa situación objetiva refleja un problema general, o más bien se trata de una problemática particular del estado de necesidad.

1. Lenckner, sobre el estado de necesidad, mantiene la opinión de que en el elemento peligro, en rigor, hay que distinguir entre la situación que fundamenta el peligro y el juicio de peligro; y para lo primero exigir que las circunstancias concurrentes que fundamentan la prognosis del desarrollo futuro –apreciado *ex post*–, realmente se hayan dado (26). Aunque esto apunte en la dirección conveniente, todavía se plantean dudas sobre si no se habrá llevado la objetivación demasiado lejos. Prognosis y diagnosis se interfieren de muchas maneras, de forma que no se puede llevar a cabo una delimitación tan exacta. Sobre todo en la decisión generalmente de carácter médico sobre la existencia de un peligro de muerte o un peligro de lesión –ámbito principal de aplicación del § 34 StGB–, que a menudo depende del desarrollo futuro de los más sutiles datos físicos, de modo que las incertidumbres de la prognosis surgen sobre todo de la imposibilidad de una diagnosis que contemple hasta los últimos detalles (27).

Al margen de esta crítica, la opinión de Lenckner expresa claramente que el peligro se debe tratar como un estado, que resulta de la totalidad de las circunstancias en las que encuentra un bien jurídico –lo mismo que una lesión no se debe determinar únicamente desde la posición de uno de los intervinientes en el hecho–. Mientras la determinación de la existencia de la peligrosidad de una acción, es decir, de un proceso dinámico que apenas comienza, se liga a las circunstancias resultantes desde la posición de la ejecución de la actuación, por el contrario para el peligro rige la situación

(26) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, § 34, marginal 13, vor § 32, marginal 10a; al igual que DEMUTH (nota 2), pp. 108 ss. V. también GALLAS, *Heinitz-Festschr.*, pp. 177 ss.; SCHMIDHÄUSER, *StudB Allg. Teil*, 2.^a ed, 1984, 5/42, 11/29.

(27) Cfr. la crítica fundamental en SCHAFFSTEIN, *Bruns-Festschrift.*, pp. 95 ss. Igualmente crítico ARMIN KAUFMANN, *Welzel-Festschr.*, p. 401; HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 28; ROXIN, *Allg. Teil I*, § 16, marginal 15; RUDOLPHI, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschr.* p. 383.

de conjunto temporal-espacial en la que entra un bien jurídico. Debido a que todas estas circunstancias a las que tiene que ligarse la prognosis no pueden extraerse de la perspectiva *ex post*, ya que de no haber existido lesión no habría habido nunca peligro, se podría pensar en la cognoscibilidad objetiva de una persona media que dominara la situación en su conjunto temporal-espacial (28). Sin embargo, de nuevo se nos presentaría aquí una relativización demasiado amplia, en todo caso cuando se concibe la cognoscibilidad en su sentido común como perceptibilidad real de una persona. Si, por ejemplo, el observador ficticio no puede conocer que un suceso que parece un naufragio no son más que inofensivas prácticas de salvamento, no existe, sin embargo, ningún peligro. Se trata de un peligro aparente, no de un peligro real. Tampoco son cognoscibles siempre las intenciones de las personas consideradas fuente de peligro. Por ejemplo, en el caso de un peligro permanente por la amenaza de una persona, pero que cuando quien interviene no pretende continuar la amenaza actual, entonces objetivamente ha concluido el peligro (29). Que suceda de esa manera está relacionado con que el peligro es un estado objetivo, y un estado objetivo previo al comienzo de un eventual daño. Ocurre pues que en la respectiva situación temporal-espacial no son *objetivamente constatables* todos los datos relevantes, a diferencia de la perspectiva resultante *ex post*. Esto es evidente respecto al correspondiente desarrollo, pero también —como ya se ha expuesto— respecto a la diagnosis. Entonces habrá que fijar el punto de vista más exacto con la constatabilidad objetiva. Lo que en su resultado práctico no nos conduce a la opinión de Lenckner, sino que contrariamente reafirma lo que se le ha objetado. En la determinación del peligro no se trata de establecer desde la perspectiva *ex post* qué circunstancias en las que se basaba la prognosis sobre el desarrollo futuro concurrían en el momento del hecho, sino que lo decisivo es su constatabilidad objetiva en la concreta situación temporal-espacial (30). Por consiguiente, en el importante caso práctico en el que el diagnóstico que niegue la existencia de un peligro de muerte sólo sea posible con la ayuda de los aparatos técnicos de un hospital o por una intervención en el quirófano, no empee la previa existencia de un peligro en el lugar del accidente.

2. En la polémica actual sobre el estado de necesidad todavía se discute qué condiciones debe tener la ficticia persona media que tiene que decidir en el juicio de probabilidad. Mientras que Schaffstein, desde su planteamiento, quiere basarse en los conocimientos de un observador

(28) Por ejemplo DIMITRATOS (nota 2), pp. 168 ss., habla de cognoscibilidad. Aquellos autores que sin mayor precisión hablan de un «observador» también se podrían incluir aquí.

(29) Acerca del peligro permanente, cfr. BGHSt. 5, 371, 373; BGH, NJW 1979, 2053; siendo jurisprudencia constante.

(30) Así, KADECKA, *MschKrimPsych* 1928, 129, 131; SPENDEL, *Stock-Festschr.*, pp. 105 s.

objetivo del «círculo en el que se desenvuelve el sujeto necesitado» (31), Blei y Lenckner quieren exigir que el conocimiento de los cursos causales en que se basa la prognosis abarque «el conjunto del conocimiento empírico humano» en el momento de la conducta, «el máximo conocimiento de la época» (32); Jescheck y otros autores reclaman nuevamente un juicio (pericial) del experto (33), y Roxin se debate entre si la concreta situación requiere el juicio del experto o no (34).

En el planteamiento de Schaffstein se trata de un criterio que juega su papel en la determinación de la imprudencia o, en definitiva, el riesgo de una conducta, pero que no sirve para la determinación del peligro como estado objetivo. El círculo en el que se desenvuelve el sujeto necesitado carece de influencia para que el bien jurídico que haya que salvar se ponga o no en peligro (35). Si la conducta necesaria consiste, por ejemplo, en requisar un bote para auxiliar a una persona en peligro de ahogarse es irrelevante para la existencia del peligro que provoca la conducta de rescate que el sujeto necesitado sea casualmente arquitecto, conductor de camiones o que pertenezca a cualquier otro círculo profesional. El peligro es el presupuesto de la conducta necesaria y concurre independientemente de qué sujeto necesitado entre en acción. En el recurso al círculo en el que se desenvuelve el sujeto necesitado se refleja nuevamente la más arriba referida confusión con la peligrosidad de una conducta.

La opinión de Blei y Lenckner, que representa el extremo opuesto —es decir, basarse en el «máximo conocimiento» de la época—, tiene en cuenta el carácter del peligro como estado objetivo, pero en ese sentido conduce demasiado lejos. El conocimiento máximo presupuesto por ellos únicamente es concebible teóricamente, por lo que la presencia de un peligro escaparía a toda capacidad imaginable de juicio real, y precisamente también de la situación del sujeto necesitado (36). El concepto de peligro como fenómeno de la realidad social no puede exigir más que la competencia de un especialista medio. Lo cual también se confirma con el hecho de que el planteamiento criticado no sería procesalmente realizable, toda vez que la resolución judicial se vale como medida auxiliar del perito común y no del completo conocimiento empírico humano.

(31) *Bruns-Festschrift*, pp. 102, 106.

(32) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, § 34, marginal 14; BLEI, *Allg. Teil*, p. 165 («todos los conocimientos actuales»); BAUMANN/WEBER, *Allg. Teil*, 9.^a ed., 1985, p. 347 («el completo conocimiento causal existente en su tiempo»).

(33) JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 237; HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 31; JAKOBS, *Allg. Teil*, 13/13; LACKNER, *StGB*, § 34, marginal 2; WESSELS, *Allg. Teil*, 22.^a ed., 1992, p. 89; también SAMSON, *SK*, 5.^a ed., 1992, § 34, marginal 7.

(34) *Allg. Teil I*, § 16, marginal 15.

(35) Críticos por eso, HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 30; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, § 34, marginal 14; más detalladamente DIMITRATOS (nota 2), pp. 161 s.

(36) Por eso lo rechazan ya SCHAFFSTEIN, *Bruns-Festschr.*, p. 98; HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 30; al igual que ROXIN, *Allg. Teil I*, § 16 marginal 15.

Por eso la opinión dominante requiere un juicio de probabilidad experto (pericial) (37). Roxin opina que esto es ir demasiado lejos, ya que también hay casos en los que no son necesarios conocimientos especiales para evaluar un peligro. Sólo los casos en los que se necesite un especialista han de basarse en su apreciación (38). Se trata, sin embargo, de un problema de apariencia. Cuando se requiere un juicio del experto lleva aparejado necesariamente la posibilidad de que haya situaciones en las que cada persona juiciosa pueda proporcionar la apreciación necesaria. Aunque, para evitar confusiones lingüísticas, más bien habría que hablar únicamente de «conocimiento experto» (39). Lo cual indicaría dónde se requieren unos conocimientos especiales (por ejemplo, lo relacionado con diagnósticos médicos), una especial competencia técnica (la capacitación del correspondiente experto en relación con la concreta especialidad) o si, por el contrario, que algunas situaciones pueden valorarse por cualquier observador inteligente, no siendo preciso que sea un experto.

3. Otro punto del debate en torno al estado de necesidad se refiere al grado de probabilidad necesario para la existencia del peligro. Roxin es de la opinión de que habrá «un peligro en el sentido del § 34» cuando la producción de la lesión de un bien jurídico «no sea absolutamente improbable» (40). A esto se puede objetar con la pregunta de si una posibilidad tan remota permite hablar ya de peligro. Hasta ahora lo cierto es que aisladamente ha aparecido el criterio de «lo no improbable» como el mínimo (41) —y que ha sido rechazado por la doctrina dominante— (42), pero la coletilla «absolutamente» baja aún más el límite. Aparecen aún más reservas sobre si una ampliación tan grande del concepto de peligro se puede conciliar con la noción de estado de necesidad. Esta precisa, antes que cualquier perspectiva de ponderación, la existencia de una situación de necesidad para un bien jurídico. Que «no sea absolutamente improbable» que le suceda algo a un bien jurídico, es el estado general de la vida social y no una situación de necesidad derivada de ello. Además de que en el estado de necesidad justificante se trataría de una permisión para agregar un bien jurídico ajeno. Una agresión de esas condiciones debiera resultar de una situación excepcional real. Más aun cuando se estima que la permisión en el estado de necesidad defensivo puede llegar hasta la muerte o la lesión corporal (43).

(37) Cfr. nota 33.

(38) *Allg. Teil I*, § 16, marginal 15.

(39) Así también ya JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 237; LACKNER, *StGB*, § 34, marginal 2 ya; y otros.

(40) *Allg. Teil I*, § 16, marginal 11.

(41) RGSt, 62, 55, 57; JAKOBS, *Allg. Teil*, 13/12.

(42) Cfr. JESCHECK, *Allg. Teil*, p. 237; HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 32; con detalladas referencias jurisprudenciales.

(43) Más detalladamente HIRSCH, *LK*, § 34, marginales 73 ss.

4. Todo lo dicho hasta ahora en relación con el estado de necesidad, ¿afecta sólo a éste o puede alcanzar validez general para la definición de peligro? Ya se ha indicado que particularmente Roxin y Dimitratos hicieron hincapié en la diferencia del concepto de peligro para el estado de necesidad frente a otros ámbitos (44). El concepto de peligro debe concretarse funcionalmente para cada instituto.

Revisando las conclusiones anteriormente alcanzadas, todo indica que los problemas que aparecen en torno al estado de necesidad son consecuencia de las imprecisiones de un concepto general de peligro. Lo cual ya se vio anteriormente con la constatación de que el peligro como estado objetivo de un objeto no era claramente diferenciado de la peligrosidad de una acción. Aunque lo que sí ha quedado claro en lo precedente son los criterios para la determinación de esa situación objetiva: que el posterior juicio *ex ante* no deba basarse en el de una persona media situada en la posición del *autor*, sino que *todas* las circunstancias objetivamente constatables *en la situación espacial-temporal* del bien jurídico constituyan la base del juicio de probabilidad. O sea, que para la apreciación no interese el círculo en el que se desenvuelve un observador situado en la posición del autor ni del «máximo conocimiento de su época», sino la medida de un observador inteligente que valore las circunstancias objetivamente dadas. Y, finalmente, se ha significado que para cada peligro no es suficiente una «no absolutamente» lesión.

En la pregunta de si en el Derecho Penal existen diferentes nociones de peligro, todavía hay que distinguir si son posibles diferencias *graduales* de peligro en los preceptos penales. Se trataría entonces sólo de graduaciones cuantitativas. El legislador es libre de establecer tales graduaciones. No obstante, eso no se observa en el estado de necesidad –excepción hecha de la circunstancia de que sea «actual» que se introduce junto al requisito del peligro.

Roxin aprecia justamente en la configuración de un concepto de peligro propio para el estado de necesidad justificante una consecuencia que favorece la coincidencia en las «modernas doctrinas científico-teóricas» (45), y su discípulo Dimitratos destaca que la noción de peligro de los §§ 34 y 35 StGB debieran ser determinados funcional-normativamente (46). Pero las anteriormente indicadas incorrecciones refuerzan las objeciones a tales maneras de proceder. El de «peligro», es evidentemente un concepto prejurídico. Fuera del ámbito jurídico normalmente se aprecia la existencia de un «peligro» de forma absolutamente independiente de si esta circunstancia ha sido objeto de regulación jurídica (47). Lo cual no deja de

(44) Véanse ahí también las referencias en las notas 6 y 7 con respecto a otros autores, que opinan que la diferencia es posible; así también ya HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 31.

(45) *Allg. Teil* I, § 16, marginal 11, nota 16.

(46) (Nota 2), pp. 25 s., 54, 106, 176.

(47) Lo que ya indica KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, p. 135.

ocurrir aproximadamente, de esa manera, aunque no-juristas se hayan ocupado profunda y concienzudamente de las cuestiones correspondientes (48). Y es obvio que por eso, porque la ley utiliza un concepto prejurídico tal para sus regulaciones, todo análisis debe comenzar ahí. Observando detenidamente, se ve que normalmente así ocurre, ya que sin este concepto prefijado no se sabría a qué se refiere la ley exactamente. Küpper, recientemente ha mostrado que los más logrados intentos de determinar normativamente el concepto de peligro en la moderna literatura penal, en definitiva también introducen modificaciones de las formulaciones del concepto de peligro tradicionalmente establecido con la vista puesta en los factores prejurídicos, de modo que contra estos intentos de normativización se atiene al postulado prejurídico de la acepción tradicional de peligro (49). Por eso, necesariamente ha de ser la acepción conceptual la que establezca el punto de unión con los fenómenos seleccionados por la ley, y sólo podrá tratarse del punto hasta el que válidamente alcance desde los requisitos del ordenamiento jurídico. Arthur Kaufmann, en su conocida obra *Analogía y «naturaleza de las cosas»*, ya ha destacado que el «sentido de la ley» no se puede averiguar nunca «al margen del sentido, al margen de la “naturaleza” de las circunstancias de la realidad» (50).

A esto se suma lo siguiente: para la definición del concepto de peligro no se trata de interpretar simplemente textos legales nacionales, viejos o recientes, más o menos conseguidos. Se trata más bien de determinar independiente y científicamente por la Ciencia del Derecho Penal un concepto válido en todos los ordenamientos jurídicos, esto es, un objeto de auténtico conocimiento científico (51). Dogmáticamente no es admisible declarar como «peligro» lo que es sólo peligrosidad o sólo a ésta se ajusta, e igualmente en sentido contrario. El concepto de peligro como estado de un objeto es necesariamente uniforme. Si se atiende a las explicaciones de Roxin

(48) Cfr. v. KRIES, *Vierteljahresschr. f. wiss. Philosophie*, vol. 12, 1888; el mismo, *ZStW* 9 (1889), 582 ss.; CARNAP, *Logical Foundations of Probability*, 2.^a ed., 1962; CARNAP/STEGMÜLLER, *Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit*, 1959; HEMPEL, *Aspekte wissenschaftlicher Erklärung*, 1977, pp. 79 ss. DIMITRATOS parte también de estos autores (nota 2), pp. 67 ss.

(49) (Nota 47), pp. 131 ss., 135. Lo cual vale también para la concepción de KINDHÄUSER (nota 2), p. 202, como ha mostrado KÜPPER, p. 135, nota 114. Además, la pretensión de KINDHÄUSER de que los delitos de peligrosidad abstracta se desprendan de la referencia del bien jurídico y den distinto sentido al delito, esto es, debiendo garantizar la «seguridad» (un «estado jurídicamente garantizado al que se anticipa una protección suficiente») podría introducir la normatividad de la seguridad, que para el Derecho Penal está vinculada con la instauración del bien jurídico. También ha expresado reservas ROXIN, *Allg. Teil I*, § 11, marginal 123.

(50) ARTHUR KAUFMANN, *Analogie und «Natur der Sache»*. *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 1982, p. 39.

(51) Más detalladamente HIRSCH, *Spendel-Festschr.*, 1992, pp. 43 ss., al ocuparse del alcance de la independencia de la Ciencia del Derecho Penal respecto a la legislación nacional.

acerca de los requisitos del grado de probabilidad con los que hay que contar en el estado de necesidad, y a su advertencia de que en esa relación el concepto de peligro no es el mismo para el estado de necesidad que para los delitos de peligro concreto que en su opinión precisan de un más alto grado de peligro para la producción de éste (52), entonces este pronunciamiento ya rebatido, realmente se refiere a algo distinto: la cuestión de un escalamiento *cuantitativo* para el uso del concepto.

Quienes propugnan una distinción cuantitativa del concepto de peligro para el estado de necesidad respecto a otros institutos del Derecho Penal, en cierta medida invocan a Welzel (53). Éste, en efecto, había llamado la atención sobre la posibilidad de distinguir conceptos de peligro. Aunque leyendo sus ulteriores explicaciones en *Imprudencia y delitos de tráfico* (1961), se observa que exclusivamente giran en torno a la identificación de la diferencia entre peligrosidad de una conducta y el peligro como estado de un bien jurídico (54). Como entonces —y frecuentemente también hoy en día— indiferentemente se hablaba de «peligro», sin que se distinguieran claramente tales fenómenos, destacó la necesidad de una distinción conceptual. Aunque es ésta otra problemática acaso tendría relación con *fenómenos* distintos. El elemento peligro en la regulación del estado de necesidad en nada se diferencia conceptualmente del peligro como resultado de los delitos de peligro (concreto). Lo que además se asevera con que el peligro de los §§ 34 y 35 StGB puede no ser sólo la consecuencia de fenómenos naturales, sino también de comportamientos humanos (55).

Debido a esto, los problemas que aparecen en el estado de necesidad resultan ser cuestiones generales del concepto de peligro. Las conclusiones hasta aquí obtenidas no quedan solamente circunscritas al estado de necesidad, sino que son de naturaleza general, por lo que permiten el productivo debate en la discusión general sobre el peligro.

IV

1. Intentando obtener las conclusiones finales que de lo anterior han aparecido en relación con los problemas del concepto de peligro en el estado de necesidad para los campos conexos de la doctrina en general, hay que constatar:

a) Es el momento de sustituir en la sistemática la anticuada, simplista y causante de confusiones, distinción básica de peligro concreto y

(52) *Allg. Teil*, § 16, marginal 11.

(53) Así, por ejemplo, DIMITRATOS (nota 2), p. 6, bajo la refutación de las explicaciones de WELZEL, *Niederschr.*, vol. 8, 1959, p. 421.

(54) V. en ese lugar, p. 23 con nota 52; posteriormente, también WELZEL, *Strafrecht*, pp. 47, 137.

(55) Se trata aquí de casos en los que la acción del ser humano no se presenta como agresión antijurídica actual en el sentido de la legítima defensa; cfr. HIRSCH, *LK*, § 34, marginal 35.

abstracto, y por tanto la de delitos de peligro concreto y abstracto, por conceptos y binomios básicos que más adecuadamente den cuenta de la distinción fáctica.

b) La apropiada distinción fundamental sería la de *peligro* (concreto) en el que ha entrado un bien jurídico (= peligro en sentido propio), y *peligrosidad* (concreta) (cualidad de producir riesgo) (*Risikantheit*) de una acción. Ambos quedan determinados por puntos de vista parcialmente distintos puesto que el primero es un estado, mientras que, por el contrario, el segundo se refiere a una cualidad del hecho. Por tratarse de conceptos básicos debieran ser considerados terminológicamente, de manera que se ocupen en la Dogmática de la terminología de tales conceptos.

c) Respecto a la determinación del peligro y de la peligrosidad, hay que observar que para el peligro la prognosis posterior se basa en circunstancias objetivas cognoscibles de la situación temporal-espacial del bien jurídico, y que requiere un juicio competente, incluso experto en su caso, frente a la peligrosidad concreta para la que basta la prognosis posterior de un tercero inteligente colocado en la posición del autor y de su mismo círculo.

d) El peligro es objeto de los *delitos de peligro* (concreto), que por tratarse de un estado objetivo, son acertadamente calificados como delitos de resultado. No se distingue de éste el concepto de peligro de las disposiciones relativas al estado de necesidad.

Toda vez que en el delito de peligro (concreto) la conducta amenaza a un objeto concreto, a ella se le atribuye el concepto «peligrosa».

e) Frente a los delitos de peligro están los *delitos de peligrosidad* (delitos de riesgo), que suponen la peligrosidad de una conducta establecida por la perspectiva de una persona media normal colocada en la situación del autor, sin que sea necesario que un peligro haya llegado a darse como resultado. Los delitos de peligrosidad se subdividen en concreta y abstracta, según se requiera una peligrosidad real, es decir, concreta, o baste con una peligrosidad general (típica) (56). El último grupo mencionado, imprecisa e inexactamente, viene siendo denominado como «delitos de peligro» abstracto. Pero estrictamente no son delitos de peligro, debido a que en ellos no se estima la generalización de la producción del peligro como resultado, sino las circunstancias de la acción.

f) De las diferencias objetivas puestas de manifiesto se deduce la implicación subjetiva: el dolo tiene que estar dirigido a la realización de un resultado de peligro en el delito de peligro (concreto); en el delito de peligrosidad concreta es suficiente que el autor, sin que tenga con ello presente un peligro concreto, actúe consciente y voluntariamente de forma arries-

(56) En la oposición entre concreto y abstracto no se trata sólo formalmente de la oposición legal y judicial, sino que en el delito de peligrosidad abstracta también se afronta el tema de peligrosidad generalizada, aunque también la pudiera determinar el Juez. Acerca de esto v. más arriba nota 23.

gada; y para los delitos de peligrosidad abstractos, basta que el dolo comprenda los elementos del tipo o cualquier circunstancia general, de las que se deduzca un comportamiento que en abstracto aparezca como peligroso.

2. El de las conductas concretamente peligrosas constituye el grupo más abandonado científicamente y con frecuencia sistemáticamente omitido. ¿Quizá sólo tiene valor teórico su estudio, sin relevancia práctica?

Aunque si se observa la realidad jurídica se constata su importante significado práctico. Una gran parte de las circunstancias fácticas comprendidas en los tipos de peligrosidad abstracta son conductas concretamente peligrosas, o sea, aquellos en los que los elementos del tipo se realizan mediante una conducta que probablemente suponga la aparición de una lesión en concreto, visto desde la perspectiva *ex ante* por un observador objetivo colocado en la situación del autor, pero que, como afortunadamente no se produce, se descarta un delito imprudente (por tratarse de un delito de resultado). Se puede plantear incluso la cuestión de si la concepción dogmática del fenómeno de la acción concretamente peligrosa, no ofrece la clave para la solución de la problemática de los delitos de peligrosidad abstracta. Binding, Arthur Kaufmann y otros autores han expresado sus reservas acerca de si los delitos de peligrosidad abstracta pueden ser calificados como hechos penalmente sancionables (57). Actualmente se encuentra la propuesta de relativizar la problemática, al menos parcialmente, con la admisión de la «prueba inversa de la no peligrosidad» (58). Una tal «inversión de la carga de la prueba» es, sin embargo, procesalmente discutible y es una solución que pretende agarrar las cosas desde atrás, que no deja de ser el lado equivocado. La vía de solución aquí propuesta de exigir una peligrosidad concreta de la conducta parece ser la concepción más ajustada a Derecho, penal y procesalmente. De modo que también tendría en cuenta los temores expresados por Arthur Kaufmann en relación al respeto del «principio de culpabilidad» (59), porque los delitos de peligrosidad concreta dolosos presuponen un dolo dirigido a la peligrosidad concreta de la conducta. Hay que indicar, por lo demás, que tras la propuesta aportada por Lackner hace veinticinco años (60), según la cual se exigiría en los tipos penales relativos al tráfico la provocación de un «concreto peligro para el tráfico», se encuentra el hecho de que se apoya en la acción concretamente peligrosa para el tráfico. Por eso que en el «peligro» para el tráfico se debe tratar de enlazar penalmente la conducta típica perjudicial para el tráfico

(57) BINDING (nota 1), p. 387; ARTHUR KAUFMANN, *JZ* 1963, 425, 432. Del mismo modo, BAUMANN/WEBER, *Allg. Teil*, p. 135; RUDOLPHI, *Maurach-Festschr.*, 1972, pp. 51, 59 s.; SCHMIDHÄUSER, *StudB Allg. Teil*, 5/86; SCHÜNEMANN, *JA* 1975, 797 y s.; ROXIN, *Allg. Teil I*, § 11, marginal 120; y otros.

(58) CRAMER (nota 2), pp. 55 ss.; SCHRÖDER, *ZStW*, 81 (1969), 15 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *vor § 306*, marginal 3, con ulteriores referencias.

(59) *Loc. cit.*, p. 432. V. además otras referencias en la nota 57.

(60) (Nota 2), pp. 10 ss.

con el requisito de que también ésta sea una «conducta tendente al peligro» y que, por tanto, por el aspecto subjetivo suponga una conducta «tendente al peligro conforme a las circunstancias concretas».

Si nos fijamos en el aspecto subjetivo de las conductas concretamente peligrosas, se observa además que en el delito imprudente aparece la peligrosidad consciente: en los casos de culpa consciente (61).

El fenómeno de la acción peligrosa tiene un importante significado teórico y práctico también para la tentativa inidónea. A la dominante teoría subjetiva le falta una repercusión a lo objetivo de la voluntad criminal. Por ello queda expuesta a la objeción de que se trata de un Derecho Penal de la intención, y de ahí su rechazo por la doctrina científica hasta los años treinta (62). También la teoría de la impresión, seguida actualmente por una parte de la doctrina, es una variante de la teoría subjetiva, porque modifica ésta en el sentido de que la voluntad antijurídica puesta de manifiesto haya de ser adecuada para estremecer la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico (63). Desde ahí se vienen alzando voces reclamando el retorno a una teoría objetiva (64). Aquel que, por ejemplo, da comienzo a una acción con dolo de matar, que objetivamente *a priori* no puede conducir a la consumación, no ha comenzado una acción de matar cuando su acción no entraña riesgo alguno para la vida de otro desde la perspectiva *ex ante* de un observador objetivo: sólo se lo imagina (65). Ya que la tentativa consiste en un estado previo a la lesión pretendida y un determinado objeto es contenido del dolo, se podría pensar que el peligro del bien jurídico correspondiente fuese necesario. Sin embargo, entonces se produciría una reducción de los estadios de una conducta: el comienzo es la peligrosidad, que se convierte en peligro en cuanto el bien jurídico entra en el campo de afectación de la conducta, y el resultado lesivo que sería la última etapa. Lo cual se confirma

(61) HORN (nota 2), p. 30, es de la opinión de que la acción concretamente peligrosa es por lo regular idéntica a la «lesión-infracción del cuidado». Pero aparte de que la infracción del cuidado se determina por el deber a diferencia de la peligrosidad, existen otras diferencias en el aspecto subjetivo. El dolo se puede referir, en efecto, a la peligrosidad concreta, pero no a la «lesión-infracción del cuidado», es decir a la imprudencia objetiva. Con ello el resultado daría lugar a interferencias con la conciencia de la antijuridicidad.

(62) Cfr. GRAF ZU DOHNA, *Güterbock-Festgabe*, 1910, p. 35; FRANK, *StGB*, 18.^a ed., 1931, § 43, nota 1; ROB. V. HIPPEL, *Strafrecht* II, 1930, p. 424; v. LISZT/SCHMIDT, *Allg. Teil*, 26.^a ed., 1932, p. 301; MEZGER, *Allg. Teil*, 2.^a ed., 1933, pp. 395 ss.

(63) Cfr. la definición de SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER, vor § 22, marginal 22.

(64) Cfr. JAKOBS, *ZStW*, 97 (1985), 751, 763 ss.; el mismo, *Allg. Teil*, 25/23; HIRSCH, *ZStW* 97 (1985), 921; el mismo, *Köln-Festschr.*, 1988, pp. 399, 422 ss.; WEIGEND, en HIRSCH/WEIGEND (ed.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Deutschland und Japan*, 1989; pp. 113, 121 ss.; TAE-HOON HA, *Die strafrechtliche Behandlung des untauglichen Versuchs*, 1991, pp. 50 ss. También ya SPENDEL, *ZStW* 69 (1957), 441 ss. De *lege lata* constituye un obstáculo la redacción del § 23, párrafo 3 StGB.

(65) Cfr. ya en GALLAS, *Bockelmann-Festschr.*, 1979, pp. 155, 159.

por la posibilidad de una tentativa de un delito de peligro (concreto) (66). Se pone así de manifiesto que también en la tentativa inidónea es importante el fenómeno de la peligrosidad de la conducta (67). El resultado práctico es que, por una parte, no es suficiente con que imaginariamente se dé comienzo a la realización del tipo, pero, por otra parte, es objetivamente suficiente que para un observador objetivo parezca inminente la realización de los elementos del tipo. Aquel que con dolo de matar dispara sobre un muerto que él creía vivo, sólo habría dado comienzo a una acción de matar cuando un tercero inteligente en esa situación hubiera considerado vivo al muerto. Da la impresión de que estas reflexiones, precisamente obtenidas de la teoría de la acción, han sido desplazadas durante el desarrollo científico de las últimas décadas por la desafortunada extrema subjetivación del concepto de desvalor de la acción (68).

No en último lugar adquiere relevancia el concepto de peligrosidad para la teoría de la imputación objetiva. Se afirma que un comportamiento sólo satisface el tipo objetivo de un hecho punible cuando ha creado «un peligro jurídicamente desaprobado de que aparezca el resultado, y este peligro también se ha hecho efectivo en el concreto suceso del resultado lesivo» (69). Analizando esta definición se constata nuevamente también la deficiente distinción entre «peligro» y «peligrosidad». Que no se trata de la causación de un peligro se aprecia inmediatamente, cuando se toma en cuenta que *a todo* resultado lesivo le antecede un estadio de peligro más largo o más corto. Este estadio de peligro —o sea, la concreta situación de peligro en la que entra un bien jurídico— también está jurídicamente desaprobado de forma objetiva cuando el resultado que de él se deriva es objeto de una desaprobación jurídica. A esto se añade que la teoría de la imputación objetiva, al apoyarse en el peligro, carecería de ámbito de aplicación para los delitos de peligro (concreto), a pesar de que las limitaciones por ella propugnadas serían relevantes para este grupo de delitos. De lo que se trata en el «peligro» como presupuesto de la imputación objetiva, si se analiza detenidamente, es de apoyarse en la concreta peligrosidad de la conducta. Se encuentra también así en las explicaciones de Roxin sobre esta teoría como criterio decisivo «si un observador razonable antes del hecho (*ex ante*) ha estimado arriesgado el comportamiento correspondiente» (70) —y en eso puede tener aquí una función el punto de vista de la desaprobación jurídica («riesgo no permitido»).

(66) Cfr., entre otras, las disposiciones relativas a la tentativa en los §§ 315-315 c) StGB.

(67) Así también la llamada nueva teoría objetiva (teoría de la peligrosidad); cfr. v. LISZT/SCHMIDT, *Allg. Teil*, p. 301; ROB. v. HIPPEL, *Strafrecht II*, p. 425.

(68) Contra esta subjetivación, detalladamente HIRSCH, *ZStW* 94 (1982), 242 ss.

(69) RUDOLPHI, *SK*, vor § 1, marginal 57. Formulaciones parecidas, que igualmente se refieren al peligro se pueden encontrar en otros seguidores de esta doctrina.

(70) *Allg. Teil I*, § 11, marginal 46.

Se pueden encontrar además en la Parte Especial delitos de peligro concreto. En su monografía «Delitos de aptitud», Hoyer llega a la conclusión de que hay una completa serie de tipos que son clasificables sistemáticamente entre los delitos de peligro concreto y los delitos de peligrosidad abstracta hasta ahora designados como «delitos de peligro» abstracto (71). Partiendo del elemento del tipo «apto» utilizado en la ley, se refiere a «delitos de aptitud» allá donde se emplea explícitamente la palabra, sin que con ello limite la categoría a los casos del expreso alcance de la palabra, sino que construye un concepto «material» de concreta aptitud donde también integra otros tipos (72). Que para la determinación de este elemento intercambiable con el concepto de peligrosidad (concreta) quiera recurrir en menor medida a la visión de un observador objetivo, y más a las «características» objetivas de la conducta en cuestión (73), no impide que este autor también se esté refiriendo al grupo de delitos cuya discusión aquí se ha planteado.

Hasta ahora por la doctrina dominante se han clasificado los tipos aquí enumerados por Hoyer, unos como delitos de peligro (concreto), otros como delitos de peligrosidad abstracta. Se plantea, empero, la cuestión de si esto es correcto para todas y cada una de las disposiciones o si no depende de que hasta ahora se ha opinado que se contaba sólo con estas dos posibles rúbricas. Evidentemente, se trata de delitos de peligrosidad concreta los §§ 126, párrafos 1 y 2, 130, 140, núm. 2, y 166, párrafos 1 y 2 StGB. Por la doctrina dominante se exige para la aptitud en ellos, que desde la visión de un observador objetivo, teniendo en cuenta todas y cada una de las circunstancias, se tenga el temor fundado de que se produzca una alteración de la paz jurídica (74). Lo cual quiere decir que se trata de conductas concretamente peligrosas, no siendo, por tanto, ni solamente peligrosidad abstracta ni un resultado de peligro. Se pueden tomar además como ejemplos los §§ 145 d), 164 y 257 StGB, para los que la opinión dominante no se contenta con una aptitud abstracta de la conducta típica, sino que ahora ya se apoya en el comportamiento del autor enjuiciado ex ante conforme a las circunstancias del caso concreto (75). Por ello, mucho indica que, como señaló Hoyer, todavía hay más tipos de esta clase en la ley.

Lo cual no le quita relevancia práctica a la categoría de peligrosidad concreta.

(71) HOYER (nota 2), p. 201.

(72) HOYER (nota 2), pp. 29 ss., 199 ss. En total señala más de treinta tipos del StGB.

(73) HOYER (nota 2), pp. 107 s., 201; igualmente, el mismo, *JA* 1990, 183, 188.

(74) BGHSt. 16, 49, 56.; *BGH NJW* 1987, 1998; OLG Düsseldorf *NJW* 1986, 2518; LACKNER, *StGB*, § 126 marginal 4, con ulteriores referencias.

(75) LACKNER, *StGB*, § 145 d) marginal 4; HERDEGEN, *LK*, 10.^a ed., 1988, § 164, marginal 7; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Besonderer Teil II*, 7.^a ed., 1991, § 101, marginal 6; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, § 257, marginal 15, respectivamente con ulteriores referencias.

V

Si recordamos otra vez la frase de Binding expresada al principio y observamos además las imprecisiones, confusiones y el tratamiento irreflexivo, como se ha constatado en lo precedente, respecto al concepto de peligro, se tendría que exigir mayor atención científica sobre el círculo de problemas del «peligro» y la «peligrosidad». Especialmente se advierte en qué medida la Dogmática se guía por el arcaico binomio conceptual «peligro concreto y peligro abstracto», y así desaprovecha hacer fructífero para el sistema dogmático los fenómenos que de verdad hay que distinguir. El método funcionalista-normativista se muestra en este ámbito como una alternativa que inmediatamente oculta problemas argumentativa o «normativamente», en lugar de desentrañarlos poniendo de relieve los fenómenos y las estructuras (76).

(76) En contra del funcionalismo, también ARTHUR KAUFMANN, *Jura* 1986, pp. 225 ss.

La regulación penal alemana
sobre la discriminación racial y la xenofobia
tras la nueva «Ley de Lucha contra la Criminalidad»
(*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 28 de octubre
de 1994

JON MIRENA LANDA GOROSTIZA

Profesor Asociado de Derecho Penal.
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Cuestión previa: normativa penal antinacional socialista en Alemania.-3. Historia legislativa reciente de la normativa penal antinacional socialista: 3.1 La 6. *StÄG* de 30 de junio de 1960: los párrafos 96a, 130 y 189: 3.1.1 La «incitación a la población» (*Volksverhetzung*: párrafo 130); 3.1.2 La «utilización de señas de identidad» (párrafo 96a); 3.1.3 Las «injurias a la memoria de los muertos» (párrafo 189). 3.2 La 21. *StÄG* de 13 de junio de 1985: los párrafos 76a, 78, 86a y 194. 3.2.1 La confiscación de escritos (párrafos 76a y 78); 3.2.2 La «utilización de señas de identidad» (párrafo 86a); 3.2.3 La mentira de *Auschwitz* (párrafo 194).-4. La ley de lucha contra la criminalidad alemana (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) de 28 de octubre de 1994: la nueva situación jurídica. 4.1 Realidad sociológica: la ola de odio y violencia xenófoba. 4.2 Breve historia legislativa de la «Ley de lucha contra la criminalidad» de 1994 (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) en relación, principalmente, a la normativa antinacional socialista. 4.3 La modificación de los párrafos 86, 86a, 130 y 131. 4.3.1 La «utilización de señas de identidad» (párrafos 86 y 86a); 4.3.2 La «incitación a la población» (párrafos 130 y 131). A) La originaria «incitación a la población» (párrafo 1 del párrafo 130). B) La incitación mediante escritos (antiguo párrafo 131 y actual párrafo 2 del párrafo 130). C) La nueva incriminación de la

mentira de *Auschwitz* (párrafos 3 y 4 del párrafo 130). D) La cláusula de adecuación social (párrafo 5 del párrafo 130).-5. Reflexiones finales.-Abreviaturas utilizadas.-Bibliografía.-Anexo normativo.

1. INTRODUCCIÓN

Por LO 4/1995, de 11 de mayo, vieron ya la luz en nuestro ordenamiento jurídico-penal una serie de preceptos que, como su «Exposición de motivos» señalaba, se dirigían aparentemente a un doble objetivo: por un lado, a la lucha contra la violencia racista y antisemita en general –fundamentalmente de carácter nazi– y, por otro lado, a la lucha contra las prácticas genocidas en particular, con referencia expresa a la guerra de la antigua Yugoslavia (1).

El artículo 1 de la LO 4/1995 ampliaba la tipificación referente al genocidio incluíndo la apología del mismo (2) y añadiendo las penas correspondientes de inhabilitación absoluta (para el caso de comisión del delito de genocidio o de su apología por autoridad o funcionario público) o de inhabilitación especial para empleo o cargo público (según arbitrio judicial, para la comisión de los citados delitos por un particular) (3).

(1) El primer párrafo de la exposición de motivos de la LO 4/1995 señalaba lo siguiente:

«La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. Ello resulta tanto más urgente cuando se presencia la reaparición, en la guerra que asola la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desterradas para siempre.»

(2) En el artículo 137 bis *b*) del Código Penal anterior se tipificaba la apología del delito de genocidio de la siguiente forma:

«La apología de los delitos tipificados en el artículo anterior [en referencia al delito de genocidio del actual 137 bis *a*)] se castigará con la pena inferior en dos grados a las respectivamente establecidas en el mismo.

La apología existe cuando ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen, enaltezcan a su autor, nieguen, banalicen o justifiquen los hechos tipificados en el artículo anterior o pretendan la rehabilitación o constitución de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras del delito de genocidio, siempre que tales conductas, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito.»

(3) Art. 137 bis *c*): «En caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta; y si fuera un particular, los Jueces o Tribunales podrán aplicar la de inhabilitación especial para empleo o cargo público.»

En los artículos 2 y 3 de la citada ley se incorporaban, respectivamente, un delito de provocación a la discriminación racial —entre otros motivos—, e incluso la apología del mismo, y una nueva circunstancia agravante genérica para la comisión de delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas, etc. (4). Estos dos artículos no se circunscribían al fenómeno más concreto del genocidio sino que parecían concebidos con una vocación más general, a saber, la de hacer frente a «la violencia racista y antisemita».

En el nuevo Código Penal de 1995 se vienen a recoger esencialmente (5) las líneas de política legislativa penal antidiscriminación racial avanzadas por la LO 4/1995 (6). Con todo, junto a los tipos —en parte modificados y ampliados— de la LO 4/1995, se añaden otros preceptos nue-

(4) Así, el artículo 2 incorporaba el artículo 165 ter:

«1. Los que provoquen o inciten, directamente o mediante la apología, a través de medios de comunicación o por cualquier otro sistema que facilite la publicidad, a la discriminación de personas o grupos por motivos referentes a su origen racial, étnico o nacional o a su ideología, religión o creencias, serán castigados con la pena de prisión menor en grado mínimo o medio y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

2. La apología existe cuando, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, se expongan ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor y que, por su naturaleza y circunstancias, puedan constituir una incitación directa a cometer delito.»

El artículo 3 aludía a la nueva circunstancia agravante, de suerte que se incorporaba al artículo 10 «son circunstancias agravantes: [...]» un nuevo apartado 17:

«Cometer cualquiera de los delitos contra las personas o el patrimonio por motivos racistas, antisemitas u otros referentes al origen étnico o nacional o a la ideología, religión o creencias de la víctima.»

(5) Así, en el Código Penal de 1995 se regula la agravante en el artículo 22, apartado 4 si bien no se limita a unos determinados delitos, a diferencia de la LO 4/1998, el delito de provocación a la discriminación racial en el artículo 510 y las referencias al genocidio y su «apología» en los artículos 607, 615 y 616.

(6) En los trabajos legislativos de la LO 4/1995, el grupo parlamentario socialista propone mediante una de sus enmiendas (la núm. 6) la introducción de la agravante genérica, así como la creación del delito de provocación a la discriminación. Con ello se amplía considerablemente la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, que sólo afectaba al genocidio. La motivación para la enmienda socialista, que posteriormente cristalizó en ley, consistía literalmente en «Adelantar las propuestas que el Proyecto de Código Penal remitido a las Cortes contiene [...]». CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. V Legislatura. Serie B: Propositiones de Ley*, 17 de octubre de 1994, núms. 52-7, enmiendas, p. 15.

Nos interesa destacar en este momento el hecho de que la LO 4/1995 adelanta las líneas esenciales del programa político-criminal del Código Penal de 1995 en la materia que nos ocupa.

vos (7), ampliándose considerablemente el número de tipos relacionados con la discriminación racial. En cualquier caso entendemos que las consideraciones críticas y observaciones de este estudio son igualmente aplicables tanto a la efímera LO 4/1995 como al nuevo Código Penal en cuanto que como ya hemos señalado, guardan una esencial similitud en el planteamiento político-criminal.

La situación jurídico-penal española precedente en materia racista y xenófoba contaba únicamente con la normativa específica de los preceptos 165 y 181 bis (denegación de prestación discriminatoria cometida por particular y funcionario, respectivamente) del Código Penal de 1973, así como con el precepto de asociaciones ilícitas que consideraba como tal a la asociación que promoviera la discriminación racial o incitara a ella —art. 173.4.º—. Todos estos delitos fueron introducidos con la reforma parcial y urgente de 1983 (LO 8/1983, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal), a la que se vinieron a sumar los preceptos de la LO 4/1995 y ahora los del Código Penal de 1995. De esta forma nuestro país se viene a adherir a la política criminal ya desarrollada en otros Estados para la prevención y represión de comportamientos xenófobos que alteran gravemente la convivencia y la garantía de igualdad de los ciudadanos frente a ataques discriminatorios.

Dada la novedad de la regulación penal antidiscriminación en nuestro país, consideramos que es de gran utilidad conocer la experiencia jurídica de otros países y, en concreto, de Alemania, en el tratamiento penal de las conductas referidas. Por ello el objetivo del presente estudio se dirige a realizar una presentación informativa de la situación alemana jurídico-penal material en la lucha contra la discriminación racial y, en particular, en la lucha antinacionalsocialista, con el fin de conocer la tipología de conductas y los problemas dogmáticos a los que los alemanes se han visto obligados a enfrentarse, así como los preceptos penales que efectivamente han utilizado en el combate del racismo y la xenofobia a lo largo de la segunda mitad del siglo xx.

La normativa penal alemana en esta materia se remonta ya a la época inmediatamente posterior a la trágica experiencia del nacionalsocialismo. No obstante, recientemente se ha producido una importante modificación-actualización del Código Penal en relación a los delitos de provocación xenófoba, lo que, a nuestro juicio, dota de mayor oportunidad e interés al análisis que ahora se aborda.

(7) El nuevo Código Penal introduce nuevos tipos penales en relación a la discriminación racial en materias tan heterogéneas como la discriminación en el trabajo (arts. 314 y 318) o las amenazas (art. 170) o revelación de secretos (art. 197) o la selección de la raza (art. 161-2.º), o las prácticas de segregación racial en tiempo de guerra (art. 611-6.º). Por otro lado se amplía la denegación de prestación discriminatoria en los nuevos artículos 511 y 512. Finalmente también se modifica el delito de asociación ilícita relativo a la promoción de la discriminación (art. 515-5.º).

En efecto, el 28 de octubre de 1994 fue aprobada en Alemania la «Ley de lucha contra la criminalidad» (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*), que ha entrado en vigor el 1 de diciembre de dicho año (8). Esta ley introduce un conjunto de reformas que van más allá de lo puramente penal material y que afectan a otros cuerpos legales como el Código Procesal Penal (*Strafprozeßordnung*), la Ley de Extranjeros (*Ausländergesetz*), la Ley del Procedimiento de Asilo (*Asylverfahrensgesetz*), la Ley de Narcóticos (*Betäubungsmittelgesetz*), la ley referente al artículo 10 de la Ley Fundamental (*Gesetz zu Artikel 10 Grundgesetz*), etc... En el artículo 1 de dicha ley –referente a las reformas del Código Penal alemán (*StGB*)–, en los apartados 5 a 8, se procede a la modificación de una parte de los instrumentos penales específicos para la lucha contra «[...] los excesos de extrema derecha así como xenófobos» (9). De los diversos trabajos legislativos se constata, a nuestro juicio, un paralelismo innegable entre Alemania y España en la situación fáctica a la que se quiere hacer frente con la modificación legislativa penal material en lo que al fenómeno racista y xenófobo se refiere (10).

(8) «Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz) vom 28. Oktober 1994» (Ley de Reforma del Código Penal, del Código procesal penal y de otras leyes –Ley de lucha contra la criminalidad– de 28 de octubre de 1994) en *Bundesgesetzblatt*, Jahrgang 1994, Teil I, 3186 ss. (*BGBl. I*, 3186). A partir de ahora citada como *VBG*.

(9) En el proyecto de ley de lucha contra la criminalidad presentado por los partidos CDU/CSU y FDP (partidos demócratacristiano y liberal que gobernaban en coalición al tiempo de aprobación de la ley) ya se señala –en la descripción del problema al que la futura ley se quiere dirigir– el objetivo específico de «hacer frente a los excesos de extrema derecha así como xenófobos con todos los medios jurídicos disponibles de una manera decidida y expresa». CDU/CSU y FDP, *Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz)*. 18-2-94. *BT-Dr 12/6853*, p. 1.

De forma más concreta, en la fundamentación general de dicho proyecto, en el apartado IV, núm. 2, se alude a los parágrafos entonces vigentes 86 a), párrafo 2; 130 y 131, párrafo 1, como aquellos tipos específicos que, en sede penal, serán objeto de reforma para mejorar la «lucha contra la propaganda de extrema derecha y xenofobia» (p. 19).

Como más adelante precisaremos, la ley que finalmente resultó aprobada se vio sustancialmente ampliada en sus aspectos jurídico-penales materiales antixenófobos, fruto, esencialmente, de la aportación realizada por la Comisión jurídica del *Bundestag* en su «propuesta de resolución» por la que se modifica también el párrafo 86 y se profundizan aún más las reformas del proyecto gubernamental. *RECHTSAUSSCHUB, Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses (6. Ausschuß)*. 18-5-94. *BT-Dr 12/7584*, pp. 4 y 5.

(10) *Vid.* la fundamentación general, apartado II, del proyecto de ley gubernamental en el que se alude a la ola de odio y violencia que comenzó en 1991 en Alemania, ante todo contra los ciudadanos extranjeros, los solicitantes de asilo y sus alojamientos, así como contra los lugares conmemorativos judíos que alcanzaron su máxima expresión de terror en el ataque incendiario asesino de Mölln (noviembre de 1992) y Solingen (mayo de 1993). CDU/CSU y FDP: *BT-Dr 12/6853*, p. 18.

No cabe duda que la situación alemana en temas de racismo y xenofobia –y más específicamente en el tema del fenómeno neonazi– es punto obligado de referencia por razones históricas obvias. En efecto, la tragedia de la segunda guerra mundial está históricamente ligada a la ideología nacionalsocialista y especialmente a su contenido racista basado en la creencia de que existen razas superiores e inferiores. La segunda guerra mundial y el holocausto judío es una asociación mental inmediata y directamente relacionada con el contenido racista de la tragedia a que hemos aludido. Este presupuesto ideológico de la superioridad de unas razas frente a otras reaparece en los movimientos neonazis posteriores a la segunda guerra mundial tanto en Alemania como en Europa o Estados Unidos (11).

Además, el hecho de que históricamente sea Alemania la «creadora» del nacionalsocialismo que llevó al holocausto condicionó la estructuración política de posguerra y las características del nuevo Estado alemán occidental. En definitiva, la nueva República Federal Alemana se conforma a partir de la amarga experiencia de la guerra y del holocausto y, por ello, una de las principales cuestiones a las que se dará prioridad es, precisamente, a la evitación a toda costa de que la historia se repita (12). Esta realidad tendrá su correspondiente repercusión en el ámbito penal en la medida en que inmediatamente después de la segunda guerra mundial, exactamente en febrero del año 1950, comienzan las iniciativas legislativas penales para hacer frente a posibles agresiones contra grupos de población alemana según su raza, creencia o ideología: en el citado mes, el grupo del Partido Socialdemócrata (SPD) presenta un proyecto de ley ante el *Bundestag* titulado «Proyecto contra los enemigos de la Democracia» (13). Este proyecto puede considerarse como el principio de

(11) En los «Informes de protección de la Constitución» (*Verfassungsschutzbericht*) del Ministerio de Interior alemán se proporcionan datos que corroboran lo afirmado. Así, por ejemplo, en el informe más reciente (1994) se alude al componente racista de los grupos neonazis y de extrema derecha, así como a sus conexiones internacionales. BUNDESMINISTERIUM DES INNEREN, *Verfassungsschutzbericht*, 1994, Bonn, juli, 1995, pp. 15 ss.; pp. 75 ss. (especialmente pp. 162 ss.).

(12) El «Informe de protección de la Constitución» alude en el prefacio del Ministro del Interior a que el Estado de Derecho y libertad dispone de instrumentos para evitar que se repita el proceso histórico en el que los principios de la Constitución pueden ser atacados y socavados por sus enemigos. BUNDESMINISTERIUM DES INNEREN, *Verfassungsschutzbericht*, 1994, p. 3.

(13) En tal proyecto, en su parágrafo 9, se alude a un tipo penal dirigido a proteger a grupos de personas en Alemania determinados por su raza, creencia o ideología o a personas pertenecientes a dichos grupos, del ataque público consistente en una lesión de la dignidad humana o de los derechos humanos en cuanto ruptura de la paz jurídica. También se castiga la conducta cuando se dirige contra costumbres de los grupos señalados o contra cosas que sirvan a costumbres de los mismos. En su apartado 2.º se hace referencia a la comisión violenta de la conducta, bien sea mediante la utilización efectiva de la misma, bien sea por amenaza de su uso o bien incitando a acciones violentas.

la historia legislativa reciente —tras la segunda guerra mundial— en el tema que nos ocupa, ya que supone el inicio de la discusión legislativa que finalmente dará lugar a la introducción del actual parágrafo 130 del *StGB* —entre otros— en el año 1960: el polémico *Volksverhetzung* (incitación a la población) (14).

Como vemos, por un lado, el fenómeno fáctico objeto de la discusión penal en esta materia hunde sus raíces en la tragedia nacionalsocialista alemana y se liga en la actualidad con su continuación ideológica —neonazi— de posguerra. Por otro lado, la lucha contra dicho fenómeno —desde la perspectiva específica del legislador penal— presenta una larga historia legislativa y puede servir, por ello, para aportar la experiencia, conclusiones y errores de una lucha de cuarenta y cinco años. Además podrá también servir para darnos noticia de la tipología actual de conductas que en este ámbito son características lo que facilitará la futura reflexión político-criminal con base en un conocimiento del fenómeno real. En definitiva, se nos brinda a través del estudio de la situación alemana una ventana privilegiada para conocer el presente y futuro de esta problemática.

Las especificidades señaladas justifican sobradamente la elección de Alemania y no de cualquier otro país. Con todo, a las razones expuestas sobre la importancia de analizar Alemania, se añade además la novedad que supone la reciente y sustancial reforma penal en materia de discriminación racial que se ha llevado a cabo en dicho país. Precisamente en la «Ley de lucha contra la criminalidad alemana» (*VBG*) se opera una transformación sustancial del párrafo 130 al que se pretende convertir, según la voluntad del legislador, en un tipo general antidiscriminación (15).

En cualquier caso en este momento, más allá del tipo concreto en detalle, interesa destacar cómo la acción debe dirigirse contra grupos cuyo elemento común sea la raza, las creencias o la ideología o miembros individuales de tales grupos. SPD, *Antrag der Fraktion der SPD. Entwurf eines Gesetzes gegen die Feinde der Demokratie. 15-2-50. BT-Dr 11563*.

(14) El parágrafo 130 fue modificado y convertido en *Volksverhetzung* frente al anterior parágrafo contra la lucha de clases. Sobre el parágrafo 130 anterior a la reforma de 1960 véase, por todos, KRONE, Gunnar, *Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Mainz, 1979, en especial, pp. 126 ss.; PAEPCKE, Peter, *Antisemitismus und Strafrecht*, Freiburg, 1962, pp. 126 ss. Un análisis en detalle del contenido y proceso legislativo de la «6ª Ley de modificación del Código Penal» (6. *Strafrechtsänderungs-gesetz* —6. *StÄG*—, *BGBL.I*, 478) de 30-6-60, que llevó a la creación del actual parágrafo 130 en SCHAFFHEUTLE, Josef, «Das sechste Strafrechtsänderungsge-setz», en *JZ*, 1960, pp. 470 ss.

La traducción literal del término *Volksverhetzung* sería «Amotinamiento del pueblo», pero nos ha parecido más correcto, teniendo en cuenta el contenido del mismo, recurrir a la traducción de «incitación a la población».

(15) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 24, en el que se especifica que la transformación de los hasta el momento vigentes parágrafos 130, 131 se orienta principalmente a la configuración de un tipo general de antidiscriminación a partir de la «incitación al odio racial» (*Aufstachelung zum Rassenhaß*) del hasta entonces vigente parágrafo 131.

Trataremos, a continuación, de dar cuenta de la situación jurídica resultante en Alemania tras la citada reforma, y, en especial, de uno de sus tipos más polémicos (16) y relevantes —el párrafo 130—, como una forma de aproximarnos a los problemas a los que cualquier legislador penal —y también el español— debe enfrentarse a la hora de combatir el racismo (17). Por último, a modo de conclusión, haremos una breve comparación entre la situación alemana y la nueva realidad jurídica española reflejada tanto en la LO 4/1995 como en la normativa del nuevo Código Penal de 1995.

2. CUESTION PREVIA: NORMATIVA PENAL ANTINACIONAL-SOCIALISTA EN ALEMANIA

Antes de comenzar el análisis de la reforma de la VBG en sí, conviene dar una perspectiva general de cuál es la normativa específica antinacionalsocialista (18), para así estar en situación de comprender el exacto

(16) A modo de ejemplo baste con recordar el escándalo político interno e internacional que provocó el caso Deckert, al que, si bien se le aplicó el párrafo 130, se le atenuó el castigo en la medición de la pena debido a las convicciones ideológicas (cercanas al nacionalsocialismo) del inculpado. *Vid.* sentencia en *NJW*, 1994, pp. 2494 ss.

(17) A lo largo de este estudio se utilizarán los términos racismo, fenómeno racista, xenofobia... con la pretensión de aludir a la violencia —en sentido amplio— motivada por racismo o xenofobia. La precisión exacta de tales conceptos excede las pretensiones de este trabajo. En relación a tales conceptos *vid.* GEISS, Imanuel, *Geschichte des Rassismus*, Frankfurt am Main, 1988, pp. 14 ss. *Vid.* también DE LUCAS, Javier, «El racismo como coartada», en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Colección solidaridad 6, Madrid, 1994, pp. 22 ss.

(18) Desde el punto de vista fáctico, el fenómeno de la lucha contra la discriminación racial se asocia con la forma específica de la discriminación racial desde una ideología nacionalsocialista o neonazi. No es éste el momento idóneo para profundizar en las diferencias entre estos fenómenos; basta por ahora con apuntar el salto que se produce al identificar una especie —discriminación desde la ideología nazi o neonazi— y el género —la discriminación en general—. *Vid.* en esta línea, ESCHEN, Klaus, «Das 21. Strafrechtsänderungsgesetz-eine stumpfe Waffe gegen den Rechtsradikalismus», en *ZRP*, 1983, p. 11, en donde al definir la «extrema derecha» (*Rechtsextremismus*) alude como rasgo distintivo a la consustancial concepción racista. *Vid.* también en relación al requisito adicional de «ataque a la dignidad humana» que se precisaba para incriminar la negación del holocausto nazi (la llamada *Auschwitzlüge*), la relación directa que se establece con la ideología racista, en BEISEL, Daniel, «Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge», en *NJW*, 1995, p. 998; VON BUBNOFF, Eckhart, «Die strafrechtlichen Bekämpfung rechtsextremistischer Aktivitäten», en *ZRP*, 1982, p. 119.

Sí conviene, sin embargo, señalar que tal confusión o identificación de conceptos obedece en Alemania a que las discriminaciones que de hecho motivan al legislador a crear tipos penales antidiscriminatorios provienen principalmente del universo ideológico nacionalsocialista (*vid.*, por ejemplo, KÖNIG, Peter/SEITZ, Helmut, «Die straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes», en *NSz*, 1995, p. 3, en donde se afirma que el caso Deckert actuó como desencadenante del nuevo párrafo 3 del párrafo 130), pero que, sin embargo, a la hora de realizar en concreto la ley se tiende a la generalización del tipo para huir del presunto *privilegium*

alcance de los cambios operados. Pero esto resulta ya una cuestión de enorme complejidad debido al desconocimiento general que hay respecto a esta normativa (19), que se refleja también en el abandono por la doctrina científica de un tipo central en esta materia como es el parágrafo 130 *StGB* (20).

Siguiendo a Ostendorf cabe clasificar la normativa penal alemana anti nazi en tres grupos diferentes: los delitos de organizaciones, los delitos de propaganda y los delitos de violencia (21).

En el primer grupo –delitos de organizaciones– (22) se encuentran en primera línea los actuales parágrafos 84 y 85 *StGB* (23), así como los parágrafos 129 y 129a (24) y las normas correspondientes de la «ley de reunión» (*Versammlungsgesetz*) (25).

Los delitos de propaganda (26) estarían integrados, por un lado, por los parágrafos 86 y 86a (27) y, por otro, por el actual parágrafo 130, el cual unifica en su versión actual –tras la reforma de la «ley de lucha con-

odiosum, que resultaría de configurar éste para proteger especialmente a los judíos –principales destinatarios del odio nazi–. Vid. STRENG, FRANZ, «Das Unrecht der Volksverhetzung», en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1987, pp. 502 ss.

(19) ASÍ OSTENDORF, Heribert, «Neo-nazismus und seine strafrechtliche „Bewältigung“», en *Gustav-Radbruch-Forum für Rechtspolitik, Rechtswissenschaft, Rechtspraxis, Oldenburg*, 7/8-5-1983, SPD, p. 99, quien achaca tal desconocimiento, en parte, a lo general que resulta la configuración de estos tipos penales de manera que su finalidad resulta irreconocible y, en parte, a que se encuentran tan ocultos que permanecen sin ser descubiertos ni por los tribunales.

(20) STRENG, *Das Unrecht...*, p. 501.

(21) OSTENDORF, *Neonazismus und...*, pp. 99, 100 y 101.

(22) OSTENDORF, *Neonazismus und...*, p. 100.

(23) Parágrafo 84, *Fortführung einer für verfassungswidrig erklärten Partei* (continuación de un partido declarado anticonstitucional).

Parágrafo 85, *Verstoß gegen ein Vereinsverbot* (incumplimiento de una prohibición de asociación).

(24) Parágrafo 129, *Bildung krimineller Vereinigungen* (creación de asociaciones criminales).

Parágrafo 129a, *Bildung terroristischer Vereinigungen* (creación de asociaciones terroristas).

(25) Vid. parágrafos 3 y 28 de la *Versammlungsgesetz* [Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz) del 24-7-1953 –*BGBI. I*, 684– en su versión del 15-11-1978 –*BGBI. I*, 1789–, con la última modificación por ley del 9-6-1989 –*BGBI. I*, 1059–], en relación a la prohibición de uniforme en WACHE, Volkhard, «Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz)», 108. *Ergänzungslieferung*, Stand, 1-1-1994 en ERBS, Georg/KOHLHAAS, Max, *Strafrechtliche Nebengesetze, Band IV*, V 55, 1. 5. Auflage, München, 1994.

(26) OSTENDORF, *Neonazismus und...*, pp. 100 y 101.

(27) Parágrafo 86, *Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen* (difusión de elementos propagandísticos de organizaciones anticonstitucionales).

Parágrafo 86a, *Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen* (utilización de señas de identidad de organizaciones anticonstitucionales).

tra la criminalidad» VBG– el anterior párrafo 130, reformado y ampliado, más parte del anterior párrafo 131 (28). En relación a la parte correspondiente a la incitación al odio racial mediante escritos del anterior párrafo 131 –actualmente integrado en el 130– hay que tener en cuenta además la «Ley sobre difusión de escritos peligrosos para los jóvenes» (GJG), en especial su párrafo 6 (29).

Por último, resta el tercer grupo –los delitos de violencia (30)– en el que únicamente se encuentra como norma específica antinazi el párrafo 220a (31).

A esta triple clasificación de Ostendorf (32) se debe añadir una referencia a la normativa específica antinazi existente en sede de los delitos que protegen el honor-sentimiento de piedad (33), ya que precisamente la

(28) El párrafo 131, en su versión anterior a la reforma de la VBG de 1994, recibía el nombre de *Gewaltdarstellung; Aufstachelung zum Rassenhaß*. Tras la VBG su nombre es *Gewaltdarstellung*, sin más (representación de violencia), habiéndose integrado –reformada– la anterior conducta de *Aufstachelung zum Rassenhaß* (incitación al odio racial) en el actual párrafo 130.

(29) Vid. STEINDORF, Joachim, «Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften [GJS]», 112. Ergänzungslieferung, Stand, 1-2-1995, en ERBS, Georg/KOHLHAAS, Max, *Strafrechtliche Nebengesetze, Band II*, J 214, 1.-5. Auflage, München, 1995. En especial el párrafo 6 GJS [*Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften* en su versión del 12-7-1985 –BGBl. I, 1502–, con la última modificación por artículo 16-1.º de la VGB]. Crítico con la introducción del párrafo 131 respecto a la GJS vid. BEISEL, «Die Strafbarkeit...», pp. 1000, 1001. También crítico respecto a la indeterminación del párrafo 131 y sobre su introducción en el StGB vid. GEHRHARDT, Erwin, «Gewaltdarstellungsverbote im Strafrecht», en *Justiz und Medien*, Neuwied/Darmstadt, 1980, pp. 113 ss.

(30) OSTENDORF, *Neonazismus und...*, p. 101.

(31) Párrafo 220a, *Völkermord* (Genocidio).

(32) OSTENDORF, *Neonazismus und...*, pp. 99 y 100. Este autor deja fuera de la clasificación de los delitos específicamente antinacionalsocialistas la normativa general de los delitos de lesiones y delitos contra la vida, así como los delitos de protección de la «personalidad» (en referencia a los actuales párrafos 185 ss., que son los equivalentes a los delitos contra el honor).

(33) En los párrafos 185 ss. se regulan en el StGB los delitos contra el honor. JAÉN VALLEJO, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, 1992, pp. 186 ss., traduce el término *Beleidigung* (párrafo 185) por injuria; el de *Üble Nachrede* (párrafo 186) por difamación, y, finalmente, el de *Verleumdung* (187) por calumnia. Nosotros nos referiremos al conjunto de delitos contra el honor como «injurias» en un sentido amplio en la medida en que no son términos exactamente coincidentes con los españoles, y ya que la propia sección 14 del StGB intitula como *Beleidigung* el conjunto de párrafos desde el 185 hasta el 200.

Por otra parte hay que tener en cuenta que dentro de la citada sección 14 del StGB, en el párrafo 189 (*Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*), el bien jurídico protegido es, según LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 21. neubearbeitete Auflage, München, 1995, Vid. párrafo 185 ss.; párrafo 189, nº 1, el sentimiento de piedad (*Pietätsgefühl*) y no el honor. No obstante nosotros traduciremos *Verunglimpfung* también por injurias en la medida en que tal verbo apunta a una suerte de injuria (*Beleidigung*) cualificada (según LACKNER/KÜHL «Verunglimpfen ist mehr als beleidigen» –párrafo 189, núm. 3).

perseguibilidad de estos delitos ha sido uno de los ejes centrales de debate en las reformas más importantes de la legislación antinazi (34). Fruto de ello, hoy en día, según el párrafo 194-I y II, tanto en los supuestos de los párrafos 185-187a (supuestos de «injurias»), como en el caso del 189 («injurias a la memoria de los muertos»), los delitos son «perseguibles de oficio» (35) en relación a supuestos que tienen que ver con el régimen nacionalsocialista –entre otros– (36) en las condiciones –y con los requisitos– que más adelante estudiaremos (37).

Hasta ahora hemos expuesto la normativa específica vigente hoy en día en Alemania para la lucha contra el nacionalsocialismo. No hemos pretendido en ningún momento una clasificación exhaustiva y rígida, ya que, en efecto, otros muchos pueden ser los tipos penales del *StGB* que tengan aplicación frente a las conductas de las personas y organizaciones neonazis (38). El

(34) Aunque más adelante analizaremos de forma más pormenorizada las reformas legislativas más importantes en esta materia, cabe adelantar que en la reforma de 1960–6. *StAG*– se excepciona la regla general de incoación del proceso mediante la presentación de *Strafantrag* (querrela) en el supuesto de «injurias a la memoria de los muertos» (párrafo 189, *Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*) para el caso de que el fallecido sea una víctima del nacionalsocialismo (además de otros requisitos que analizaremos en el apartado 3.1.3). Posteriormente se amplía tal «privilegio» (no obligación de presentación de «querrela» para la perseguibilidad del delito) para los supuestos de las «injurias» de los tipos 185-187a en la 21.^a Ley de modificación del Código Penal (21. *Strafrechtsänderungsgesetz*, 21. *StÄG*, –*BGBI.*, 965–) de 13-6-1985; *vid.* apartado 3.2.3.

Con respecto al término *Strafantrag*, no tiene equivalente exacto en el derecho procesal español. Según ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 24. Auflage, München, 1995, p. 74, en el caso del vigente párrafo 194 se produce una especial configuración del *Strafantrag*, en los delitos del párrafo 185 ss. y del párrafo 189 es necesaria –como regla general– la presentación de *Strafantrag* para que se pueda perseguir el delito. Pero en el supuesto de que:

1) El sujeto pasivo de la injuria (párrafo 185 ss.) o el fallecido (párrafo 189) hayan sido víctimas del régimen nacionalsocialista o de otro régimen violento o arbitrario, y,

2) La injuria tenga relación con ello,

se libera de la obligación de persecución del delito mediante presentación de *Strafantrag*. Esto quiere decir que se perseguirá de oficio con la salvedad de que los legitimados para presentar la *Strafantrag* se opongán, en cuyo caso –de forma irrevocable– no cabrá tal persecución de oficio.

En cualquier caso, nosotros lo traduciremos por el término «querrela» al que más se aproxima.

(35) Con la reserva indicada en el pie de página anterior.

(36) En el párrafo 194 se hace referencia expresa al régimen nacionalsocialista, pero también a otros regímenes violentos y arbitrarios «[...] –unter der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt– und Willkürherrschaft [...]».

(37) *Vid.* LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 194, núm. 1 ss. *Vid.* también apartados 3.1.3 y 3.2.3.

(38) Así, VOGELGESANG, Klaus, «Die Neuregelung zur sog. “Ausschwitzlüge”, en *NJW*, 1985, p. 2388, y su pie de página 29, el cual alude a los párrafos 86, 86a, 130, 131, 194 y además 90a y 140 como normativa antinacionalsocialista. *Vid.* también el

objetivo era más bien dar cuenta de los instrumentos penales más claramente antinazis y los distintos grupos de delitos —de organizaciones, de propaganda y violentos, así como la especificidad en delitos contra el honor-sentimiento de piedad— que integran.

A continuación vamos a dar un brevísimo recorrido por la historia legislativa a partir de la Segunda Guerra Mundial en esta materia, pasando revista únicamente a las reformas más importantes hasta llegar a la última, la VBG. Esta visión histórica se justifica sin duda porque, como se verá, los puntos esenciales de polémica se repiten y de alguna manera la discusión de cada reforma se liga con las anteriores. Por otra parte, las reformas principales afectan esencialmente al parágrafo 130, al anterior parágrafo 96a —actual parágrafo 86a— y a los delitos contra el honor/sentimiento de piedad —actual parágrafo 194—. Y, más aún, podría afirmarse que en realidad toda la polémica en torno a la incriminación de esta problemática y los límites de la misma gira en torno al tipo de *Volksverhetzung* (39). Por todo ello, el análisis histórico se centrará principalmente en el parágrafo 130.

3. HISTORIA LEGISLATIVA RECIENTE DE LA NORMATIVA PENAL ANTINACIONALSOCIALISTA

3.1 La 6. StÄG de 30 de junio de 1960

Sin duda alguna el punto de arranque de la historia legislativa reciente de la normativa penal antinacionalsocialista debe establecerse en la 6. StÄG de 30 de junio de 1960, con la cual se pretende hacer frente a una ola de antisemitismo que comenzó en la propia Alemania e inmediatamente se extendió a buena parte de Europa (40). En la noche de Navidad de 1959 se pintó en Köln, en un monumento en memoria de las víctimas del nacionalsocialismo, una inscripción en favor de la Gestapo y contra los judíos, así como numerosas esvásticas; asimismo fue profanada la sinagoga de la misma ciudad (41). Esto condujo a una reacción en cadena de actos similares tanto en la propia Alemania como en otros países de Europa, a la que se respondió también masivamente: por un lado, se desató una ofensiva política apelando a la opinión pública a reaccionar contra el antisemitismo; por otro lado, a nivel legislativo, numerosos países (así, la República

conjunto normativo que analiza PARTSCH, Karl Josef, «Neue Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassen-und Fremdenhaß», en *EuGRZ*, 1994, pp. 429 ss., quien estudia las normas penales desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones de los Convenios internacionales correspondientes.

(39) Esta afirmación se deriva del análisis histórico de la reformas que a continuación se va a llevar a cabo.

(40) PARTSCH, «Neue Maßnahmen...», p. 429.

(41) LÖMKER, Joachim, *Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen* (§ 130), Hamburg, 1970, pp. 39 ss.

Federal Alemana, Gran Bretaña, Bélgica, Suecia...) crearon —o endurecieron— preceptos penales en relación a este tipo de conductas. También a nivel internacional estos acontecimientos conducirán posteriormente a la elaboración de la «Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial» de 21 de diciembre de 1965 (42).

Volviendo a Alemania, la respuesta penal se materializó con la 6. StÄG de 1960 en tres frentes diferentes: se transforma el hasta entonces parágrafo 130 (Provocación a la lucha de clases —*Anreizung zum Klassenkampf*—); se transforma también el parágrafo 189 (injurias a la memoria de los muertos); y se introduce el parágrafo 96a (utilización de señas de identidad políticas prohibidas).

3.1.1 La «incitación a la población» (*Volkshverhetzung*: parágrafo 130)

En primer lugar, se transforma el anterior parágrafo 130 en el de *Volkshverhetzung* con el siguiente tenor literal:

«Parágrafo 130 [incitación a la población]:

Aquel que ataque la dignidad humana de otro de forma adecuada para perturbar la paz pública:

1. Incitando al odio contra parte de la población,
2. Exigiendo medidas violentas o arbitrarias contra ésta o
3. Insultándola, menospreciándola maliciosamente o calumniándola,

será castigado con prisión no inferior a tres meses. Además puede condenarse a multa (43).»

Este precepto penal permanecerá invariable en su estructura típica hasta la reforma de la VBG de 1994: las únicas modificaciones hasta tal fecha se produjeron en lo que respecta a la pena, que antes de la reforma citada era de prisión privativa de libertad de tres meses a cinco años.

Las características principales del tipo de «incitación a la población» eran, sucintamente, las siguientes. Todas las conductas tipificadas debían cumplir tres requisitos generales:

(42) PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, pp. 429 ss.; SCHAFFHEUTLE, *Das sechste...*, p. 471.

(43) Parágrafo 130 [*Volkshverhetzung*]:

Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, die Menschenwürde anderer dadurch angreift, daß er:

1. Zum Haß gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt,
2. Zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder
3. Sie beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,

wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft. Daneben kann auf Geldstrafe erkannt werden.

Versión de la 6. StÄG, BGBl. I, 478.

1) En primer lugar, se debía atacar «la dignidad humana (*Menschenwürde*) de otro». Tal requisito fue introducido para evitar que este tipo penal pudiera ser utilizado en la discusión política, social y económica (44) y ha sido constantemente interpretado por la jurisprudencia de tal forma que no existe el ataque a la dignidad humana, en el sentido del parágrafo 130, por el hecho de afectarse los derechos de la personalidad del individuo (por ejemplo, el honor), sino sólo cuando el ataque afecta al núcleo mismo de la personalidad, esto es, cuando de éste se derive que el atacado es considerado de menor valor –menospresciándose el principio de igualdad– y su derecho a la vida sea puesto en cuestión (45). El ataque a la dignidad humana debe ser el de la dignidad humana de «otro»: tal «otro», según el sentido del parágrafo, no puede ser más que un miembro que pertenezca a la «parte de población» afectada (46).

2) En segundo lugar, el ataque debía ser adecuado para perturbar la paz pública. El bien jurídico protegido era, en primera línea, la paz pública y más en segundo plano la dignidad de la persona (47). En cualquier caso se ha de destacar que no se precisa una efectiva perturbación de la paz pública, sino únicamente que la conducta sea adecuada para perturbarla, en consecuencia, se trataría de un delito de peligro abstracto (48).

3) En tercer lugar, el ataque –en cualquiera de sus tres modalidades– debía estar dirigido contra «parte de la población» (*Teile der Bevölkerung*). Este elemento determina que sólo la población alemana es objeto de protección del parágrafo 130: a diferencia del anterior parágrafo 130 se produce una ampliación del ámbito personal en cuanto que no

(44) SCHAFFHEUTLE, *Das sechste...*, p. 473.

(45) LENCKNER, Theodor/SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24. Auflage, München, 1991, parágrafo 130, núm. 7; RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II*, 32. Lieferung, Stand, August 1994, 5. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1994, parágrafo 130, núm. 7; VON BUBNOFF, Eckhart, *Leipziger Kommentar, Band IV*, Berlin/New York, 10. Auflage, 1988, parágrafo 130, núm. 4.

(46) LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, núm. 8. El significado preciso del elemento «parte de la población» va a ser a continuación analizado.

(47) La posición descrita puede tomarse como doctrina mayoritaria según STRENG, *Das Unrecht...*, p. 506. *Vid.* también DREHER, Eduard/TRÖNDLE, Herbert, *Strafgesetzbuch*, 46. Auflage, München, 1993, parágrafo 130, núm. 2; LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, núm. 1; VON BUBNOFF, *LK*, 10. Auflage, parágrafo 130, núm. 1. Equiparando totalmente ambos bienes jurídicos, LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 20. Auflage, München, 1993, parágrafo 130, núm. 1; OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht, BT*, 3. Auflage, Berlin/New York, 1991, p. 291. La polémica sobre el bien jurídico protegido excede el objeto de este estudio. Para una perspectiva del estado de la doctrina antes de la reforma de la VBG y una profundización en el tema ver la bibliografía correspondiente a las obras citadas.

(48) OTTO: *Grundkurs...*, p. 291. En la misma línea STRENG, *Das Unrecht...*, p. 513, y bibliografía de su pie de página 60. A efectos de este trabajo basta con presentar la problemática a este respecto. *Vid.* también, DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 46. Auflage, parágrafo 130, núm. 2.

se protegen únicamente las «clases», sino todo conjunto mínimamente significativo de personas que integran un grupo de población diferenciable del resto de la misma por poseer unas características internas o externas comunes como, por ejemplo, la raza, el origen nacional, la religión, las ideas políticas, los comportamientos sociales o económicos (49). Según la interpretación de este elemento resultaban protegidos, entre otros: grupos políticos, los trabajadores, los empresarios, los agricultores, los funcionarios, los soldados del ejército federal (*Bundeswehr*), los asilados, los católicos, los judíos, los extranjeros que vivan en Alemania (no así los que se encuentran en ella de forma temporal, por ejemplo, como turistas), así como los trabajadores extranjeros y, en especial, determinados grupos de trabajadores extranjeros, los gitanos y las personas de raza negra que viven en Alemania, etcétera. (50). Es importante destacar en este momento el papel restrictivo que este elemento juega con respecto al círculo de personas que pueden gozar de la protección de este tipo penal y, en especial, la necesidad, en el caso de los extranjeros, de que éstos vivan en Alemania para que se pueda aplicar el tipo.

Vistas las características comunes generales procede apuntar, también brevemente, en qué consiste cada una de las tres modalidades comisivas del tipo de incitación a la población en su versión anterior a la *VBG*.

El núm. 1 hace referencia a la «incitación al odio» (*Aufstacheln zum Haß*): esta conducta se ha interpretado como «algo más» que el puro rechazo o menosprecio de la correspondiente «parte de la población». Consiste, más bien, en una acción dirigida a la parte racional e irracional de las personas, persiguiendo crear con ello —o incrementar— una actitud de enemistad contra el grupo de población afectado (51).

La segunda conducta utiliza el término «exigir» (*Auffordern*), que también ha recibido —en la línea de la conducta anterior— una interpretación restrictiva al ser entendido como «algo más» que el mero abogar por tales medidas violentas o arbitrarias. Ese «algo más» que se precisa apunta a una declaración —o comportamiento expresivo— a partir del cual se derive una suerte de exigencia a otra persona —o personas— en el sentido de que lleve a cabo —o deje de llevar— una determinada acción (52).

Finalmente, la última conducta —insultar, menospreciar maliciosamente o calumniar— no hay que olvidar que debe dirigirse contra «parte

(49) LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, núm. 4; RUDOLPHI, *SK-StGB* II, 5. Auflage, parágrafo 130, núm. 3.

(50) RUDOLPHI, *SK-StGB* II, 5. Auflage, parágrafo 130, núm. 3. *Vid.* también LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, núm. 4a.

(51) DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 46. Auflage, parágrafo 130, núm. 5; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 20. Auflage, parágrafo 130, núm. 4; LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, núm. 5a.

(52) DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 46. Auflage, parágrafo 130, núm. 6; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 20. Auflage, parágrafo 130, núm. 5; LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, núm. 5b.

de la población» y que debe suponer, además, un ataque a la dignidad de la persona en el sentido visto (53).

La repercusión restrictiva que este último elemento general –necesidad de un ataque a la dignidad de la persona– posee en el caso del número tres le lleva a afirmar expresamente a Lenckner que tal descripción típica permite sólo de manera parcial combatir la «xenofobia» (*Ausländerfeindlichkeit*), de suerte que los insultos, menosprecios maliciosos o injurias contra parte de la población sólo atentarán contra el ámbito de protección de la norma en la medida en que expresen, a su vez, «la minusvaloración» (54). Por ello, las declaraciones contra otros ámbitos de cultura, en las que se expresa el rechazo emocional de las costumbres extranjeras correspondientes por ser «distintas», no serían típicas aun cuando sean claramente xenófobas; e incluso es discutible que sean típicos, sin más, carteles que manifiesten en locales públicos que no se desea la entrada de determinados grupos de trabajadores extranjeros –por ejemplo, los turcos– (55).

3.1.2 La «utilización de señas de identidad» (parágrafo 96a)

En relación al segundo «frente» de la 6.StÄG, se introduce el nuevo parágrafo 96a, destinado a incriminar «la utilización de señas de identidad de organizaciones anticonstitucionales» (*Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen*) (56). Hasta la modificación de 1960 estaba vigente en la República Federal Alemana la «ley de reunión» (*Versammlungsgesetz*) de 24 de julio de 1953, en cuyos parágrafos 4 y 28 se castigaba la utilización pública –o en una reunión– de signos de identidad de las antiguas organizaciones nacionalsocialistas (57). La introduc-

(53) DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 46. Auflage, parágrafo 130, núm. 7; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 20. Auflage, parágrafo 130, núm. 6; LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, núm. 5c.

(54) *Minderwertigkeit*, en referencia a la interpretación jurisprudencial de que se considera a la persona como de menor valor, menospreciando el principio de igualdad y poniendo en tela de juicio el derecho a la vida.

(55) LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 130, núm. 5c. Crítico con esta interpretación: STRENG, *Das Unrecht...*, pp. 520 ss., y bibliografía correspondiente.

(56) SCHWARZ, Otto/DREHER, Eduard, *Strafgesetzbuch*, 23. Auflage, München-Berlin, 1961, parágrafo 96a.

(57) SCHAFFHEUTLE, *Das sechste...*, p. 473. En el mismo sentido también señala el autor (pp. 473 y 474, en especial pie de página 27) algunos preceptos especiales de los Länder: por ejemplo, la «Ley de Baviera contra la utilización de signos de identidad de organizaciones prohibidas de 27-3-1952» (*Bayerisches Gesetz gegen die Verwendung von Kennzeichen verbotener Organisationen*); la «Orden de Baja Sajonia para la protección de la población fiel a la Constitución contra provocaciones de 16-7-1951» (*Niedersächsische Verordnung zum Schutz der verfassungstreuen Bevölkerung gegen Herausforderungen*); la «Orden de Bremen referente a la prohibición de cantar o tocar canciones y marchas nacionalsocialistas o peligrosas para el buen entendimiento entre los pueblos de 18-9-1951» (*Bremische Verordnung betreffend das Verbot*

ción del párrafo 96a viene a sustituir —ampliándola— la prohibición de la ley de reunión, de la forma que a continuación se describe.

En primer lugar se trata de un delito de peligro abstracto que persigue evitar que mediante la exhibición de «determinadas señas de identidad» (*Kennzeichnen*) se quiera despertar la impresión de que organizaciones prohibidas y contrarias al Estado continúan existiendo y que, con ello, se haga, de forma mediata, propaganda de las mismas (58). Como vemos, nos seguimos moviendo en el campo de los delitos de propaganda (59) dentro del conjunto de instrumentos jurídicos antinazis al igual que en el caso del párrafo 130 ya analizado.

La conducta incriminada consiste esencialmente en la «utilización» de determinadas «señas de identidad» de «partidos u organizaciones prohibidas» de «forma pública»:

1) Los términos «señas de identidad» (*Kennzeichen*) se definen en el propio párrafo 96a mediante una enumeración abierta que identifica como tales, de forma especial: las banderas (*Fahnen*), insignias (*Abzeichen*), partes de uniforme (*Uniformstücke*), consignas (*Parolen*) y saludos (*Grußformen*). Precisamente la introducción de esta enumeración dará pie a despejar las dudas, sobre la inclusión, en el ámbito punible de la norma, de aquellas señas de identidad que no están materializadas en un determinado objeto (60). Por otra parte, también es doctrina dominante el considerar la enumeración abierta (61). En cualquier caso, interesa destacar que tal enumeración ejemplificativa abre la posibilidad de incriminación de otro tipo señas de identidad no indicadas expresamente en el párrafo y, en especial, de canciones, trasladándose, en cierto modo, a los Tribunales la labor de especificar cuáles pueden ser tales señas (62). Esta enumeración permanecerá invariable hasta la *VBG*, en la que será objeto de otra ampliación, como tendremos ocasión de comprobar al analizar el contenido de la reforma.

des Absingens und Spielens nationalsozialistischer oder die Völkerverständigung gefährdender Lieder und Märsche). Vid. también, LÜTTGER, Hans, «Zur Strafbarkeit der "Verwendung von Kennzeichen ehemaliger nationalsozialistischer Organisationen" nach § 4 des Versammlungsgesetzes», en *GA*, 1960, pp. 129-131.

(58) SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 10. Auflage, München-Berlin, 1961, párrafo 96a, núm. 1.

(59) Vid. apartado 2.

(60) SCHAFHEUTLE, *Das sechste...*, p. 474. También, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar*, 10. Auflage, párrafo 96a, núm. II. 1. Sobre el estado de la jurisprudencia y la polémica —anterior a la reforma de 1960— en torno a la utilización de la ley de reunión en punto a los símbolos materializados en objetos vid. LÜTTGER, *Zur Strafbarkeit...*, pp. 131 ss. Da por zanjada la polémica SCHWARZ/DREHER, *Strafgesetzbuch*, 23. Auflage, 1961, párrafo 96a, núm. 2.B.

(61) Vid. pie de página anterior.

(62) SCHAFHEUTLE, *Das sechste...*, p. 474.

2) En relación a la «utilización», según Lüttger, se trata de un término cuya interpretación no incluye únicamente el acto de hacer visibles señas de identidad «corporales» (*verkörpertes*), sino que se debe extender, también, al acto de hacer perceptibles (de forma acústica u óptica) señas de identidad «incorporales» (*nicht verkörpertes*) (63). Tal interpretación será doctrina dominante a partir de la entrada en vigor del nuevo párrafo 96a (64).

3) En las dos características analizadas hemos comprobado una primera ampliación del ámbito punible –o, al menos, aclaración con respecto a la situación previa a la reforma de 1960–. Pero no es la única. Deben ser señas políticas y prohibidas: con respecto a la regulación anterior, de la Ley de Reunión, se amplía el tipo no restringiéndolo únicamente a señas del Partido Nacionalsocialista (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei* –NSDAP–). Conforme al nuevo tenor del párrafo 96a pueden ser señas de cualquier partido político que haya sido declarado anticonstitucional, de cualquier organización que esté prohibida o anteriores organizaciones nazis (65).

4) No basta, sin embargo, con la mera utilización de signos de identidad de partidos u organizaciones prohibidos: tal utilización debe realizarse, o bien de una manera pública (*öffentlich*) o bien con una publicidad más restringida, esto es, en reuniones o mediante escritos, soportes acústicos, imágenes o representaciones propagados por el autor (*Schriften, Schallaufnahmen, Abbildungen oder Darstellungen*) (66).

Para terminar con el análisis del párrafo 96a introducido en la 6. StAG conviene hacer referencia a dos ideas. En primer lugar, se introduce en este tipo una cláusula expresa de «adecuación social», de suerte que la utilización de señas de identidad se excluye de castigo en el supuesto de que tal acción se lleve a cabo en el marco de la instrucción ciudadana, la defensa frente a las aspiraciones anticonstitucionales o fines similares (67). Finalmente, en segundo lugar, se contiene en el inciso final del párrafo 96a una elevación de pena –mediante remisión al entonces

(63) LÜTTGER, *Zur Strafbarkeit...*, p. 137.

(64) SCHWARZ/DREHER, *Strafgesetzbuch*, 23. Auflage, párrafo 96a, núm. 2.A.

(65) *Vid.*, por todos, SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar*, 10. Auflage, párrafo 96a, núm. II.2. Tal y como apunta SCHAFHEUTLE, *Das sechste...*, p. 474, por razones de seguridad jurídica se presupone que un partido político es anticonstitucional cuando lo haya declarado el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) como tal y, en el caso de la prohibición de la organización, cuando exista la correspondiente decisión judicial o acto administrativo al respecto.

(66) SCHWARZ/DREHER, *Strafgesetzbuch*, 23. Auflage, párrafo 96a, núm. 2.D.

(67) SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar*, 10. Auflage, párrafo 96a, núm. III. *Vid.* también SCHAFHEUTLE, *Das sechste...*, p. 474.

parágrafo 96, párrafo 3.º— cuando el autor actúe con la intención de poner en peligro el Estado (68).

El párrafo 96a fue trasladado al párrafo 86a mediante la «8.ª Ley de modificación del Código Penal» (8. *Stafrechtsänderungsgesetz* —8. *StÄG*—) de 25 de junio de 1968 (BGBl. I, 741) sin apenas cambios materiales (69). Posteriormente se producirá otra reforma importante de este párrafo en el año 1985 que retomaremos en el apartado correspondiente (3.2.2).

3.1.3 *Las «injurias a la memoria de los muertos» (parágrafo 189)*

El tercer «frente» de lucha contra el antisemitismo se materializó en el delito de injurias a la memoria de los muertos (*Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener*). La 6. *StÄG* introdujo el párrafo 3.º de este párrafo en relación a la necesidad de querrela.

En efecto, en el caso del párrafo 189, el delito sólo es perseguible —por regla general— cuando se haya presentado la correspondiente querrela. Están legitimados para presentar la querrela los padres, los hijos, el cónyuge o los hermanos del fallecido. La modificación legal consiste precisamente en introducir una excepción a la regla general de perseguibilidad mediante la presentación de querrela para el supuesto de que se cumplan los siguientes requisitos (70):

1) En primer lugar, que no existan personas que puedan presentar la correspondiente querrela conforme al párrafo 189, párrafo 2.º, o éstas hayan fallecido también antes de finalizar el plazo de presentación de aquélla.

2) En segundo lugar, el fallecido objeto de injuria ha debido perder su vida como víctima de un «régimen violento y arbitrario». Este requisito es interpretado por Schafheutle en el sentido de que no serán consideradas como víctimas a efectos de la liberación de obligación de querrela únicamente las del régimen nacionalsocialista, sino también las de regímenes violentos comunistas (71).

3) En tercer lugar, la injuria debe estar en relación con la circunstancia anterior (ser víctima de un régimen violento y arbitrario).

En el caso de darse los tres requisitos apuntados, no se precisa de la correspondiente querrela para la perseguibilidad del delito: esta regulación

(68) SCHWARZ/DREHER, *Strafgesetzbuch*, 23. Auflage, párrafo 96a, núm. 3. Vid. también SCHAFHEUTLE, *Das sechste...*, p. 474.

(69) SCHWARZ, OTTO/DREHER, Eduard, *Strafgesetzbuch*, 30. Auflage, München, 1968, párrafo 86a, núm. 1. No obstante, cabe destacar que se añade junto al verbo típico «utilizar» también la acción de «difundir» (*Verbreiten*) tales señas de identidad, que se interpreta como entrega a otra persona para su posterior transmisión a cualquier otra (núm. 2.A.).

(70) SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Kommentar*, 10. Auflage, párrafo 189, núm. V.

(71) SCHAFHEUTLE, *Das sechste...*, p. 474.

se mantendrá sin cambios materiales esenciales hasta la regulación de la 21. StÄG de 1985. No obstante, por ley de 2-3-1974 (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, BGBI. I, 469) se traslada el contenido del párrafo 189 al 194-II.

3.2 La 21. StÄG de 13 de junio de 1985

De igual manera que sucedió con la 6. StÄG, fue un aumento de las acciones violentas y propagandísticas de la extrema derecha la que motivó a adoptar nuevas iniciativas legislativas (72). El proceso legislativo fue largo y confuso (73), pudiéndose situar el inicio de los trabajos legislativos en torno a comienzos del año 1980: se suceden un considerable número de proyectos de ley de los distintos grupos políticos (74), que final-

(72) VON BUBNOFF, *Die strafrechtliche...*, p. 118, que describe el aumento de actividades propagandísticas y criminalidad de agitación. Por todos los trabajos legislativos en torno a la 21. StÄG vid. SPD, *Gesetzesentwurf der (...) SPD. Entwurf eines Einundzwanzigsten Strafrechtsänderungsgesetzes (21. StrÄndG)*. 10-11-82. BT-Dr 9/2090, pp. 1 y 5, en donde se hace referencia al incremento de actividades de extrema derecha, especialmente neonazis, aludiendo a los datos estadísticos que aportan los «informes de protección de la Constitución» (*Verfassungsschutzbericht*). En la misma línea, vid. el comentario de MARQUA, Peter, «Dennoch, ein schlechter Kompromiß», en *DRIZ*, 1985, p. 226; también WEHINGER, Markus, *Der strafrechtliche Schutz von Bevölkerungsgruppe durch die §§ 185 ff. und § 130 StGB*, Baden-Baden, 1994, pp. 65 y 66.

(73) VOGELGESANG, *Die Neuregelung...*, p. 2386, califica la 21. StÄG como fruto de un compromiso que «(...) cierra una proceso legislativo desconcertante que es bastante atípico en la historia de postguerra».

(74) A principios del año 1980 comienzan las discusiones en el entonces gobernante Partido Socialdemócrata (SPD) en torno a una posible ampliación del párrafo 130 (*Volksverhetzung*). En enero del año 1982 presenta el Ministro de Justicia, SCHMUDE, un proyecto al respecto pero referido al párrafo 140 que posteriormente se transforma levemente y se presenta al *Bundesrat* el 29 de septiembre del mismo año. A pesar del cambio de gobierno el 1 de octubre de 1982, el nuevo ejecutivo hace suyo el proyecto anteriormente citado, pero el *Bundesrat* lo rechazó. El SPD volvió a presentar un proyecto en el *Bundestag*, pero con la finalización del 9.º período legislativo; en enero de 1983 se paralizaron todas las iniciativas. El 8 de abril de 1983 vuelve a presentar el gobierno de KOHL el mismo proyecto ya rechazado anteriormente por el *Bundesrat* que, de nuevo, vuelve a no encontrar el apoyo de esa cámara. A principios de 1984, de la mano del Ministro de justicia, ENGELHARD, se presenta el plan de la 21. StÄG. En enero del mismo año presenta el SPD una nueva iniciativa legislativa basada en la iniciativa anterior de 1982 (en torno al párrafo 140) que no variará esencialmente con respecto al contenido del proyecto gubernamental posteriormente presentado. No obstante, el nuevo proyecto gubernamental se materializa en un nuevo tipo –párrafo 131a– en que se sustituye la referencia al régimen nacionalsocialista por otra fórmula más amplia.

Por último, ambos proyectos –el gubernamental y el del SPD– se trasladaron a la Comisión jurídica, de la cual salió la decisión de cambio –entre otros– del párrafo 194. Para un detallado análisis del proceso legislativo y su transcurso político vid. «Irrungen-Wirungen», en *DRIZ*, 1985, pp. 225 y 227.

mente desembocaron en una solución de compromiso «ante la presión del 8 de mayo» (75).

El contenido final de la reforma legislativa de la 21. StÄG afecta a cuatro párrafos: el 76a, el 78, el 86a y el 194. No obstante, la polémica se sitúa realmente en torno al finalmente aprobado párrafo 194 (76), cuya modificación refleja la reacción del legislador ante la llamada *Auschwitzlüge* (la mentira de Auschwitz): es esta materia la que, en definitiva, motivó la polémica política (77) y el largo y confuso proceso legislativo aludido. Por ello, a continuación, haremos una breve referencia a los párrafos no polémicos para centrarnos posteriormente en el párrafo 194.

3.2.1 La confiscación de escritos (párrafos 76a y 78)

La modificación introducida en los párrafos 76a y 78 se dirige a clarificar la posibilidad de confiscación de escritos –de cualquier tipo, aunque también de la extrema derecha– cuyo contenido resultara punible a pesar de que se hubiera producido la prescripción de la persecución penal del correspondiente hecho (78). La legalidad de la confiscación aludida había sido puesta en tela de juicio por la doctrina para el caso de que la persecución del hecho sobre el que versaba el escrito hubiera prescrito de suerte que, si se aceptara que entonces no cabría la confiscación, habría que tolerar la imposibilidad de retirar del tráfico los correspondientes escritos de naturaleza extremista –bien sea de extrema izquierda o derecha–. La modificación pretende acabar con tales dudas y declarar expresamente la legitimidad de la confiscación (79).

3.2.2 La «utilización de señas de identidad» (párrafo 86a)

Tal y como señalamos anteriormente (80), con la 21. StÄG se produce una ampliación del párrafo 86a. El motivo de la reforma consistía en

(75) WEHINGER, *Der strafrechtkuche...*, en especial pp. 67 y 68, señala con claridad la difícil tarea ante la que se encontraba la Comisión jurídica de cara a encontrar una solución de compromiso. Además, señala que tal tarea era aún más complicada debido a que se pretendía realizar un gesto simbólico al final del proceso legislativo ante la inminencia del 8 de mayo de 1985 (cuarenta aniversario de la capitulación de Alemania en la Segunda Guerra Mundial), lo que suponía un plus de presión. *Vid.* también: «Irrungen-Wirungen»..., p. 227.

(76) Resaltan este aspecto OSTENDORF, Heribert, «Im Streit, Die strafrechtliche Verfolgung der “Auschwitzlüge”», en *NJW*, 1985, p. 1062; VOGELGESANG, *Die Neuregelung...*, p. 2387.

(77) WEHINGER, *Der Strafrechtliche...*, p. 69, lo califica de «[...] enfrentamiento político conducido emocionalmente en muchos aspectos [...]».

(78) OSTENDORF, *Im Streit...*, p. 1062; VOGELGESANG, *Die Neuregelung...*, p. 2387; VON BUBNOFF, *Die strafrechtliche...*, p. 120.

(79) BUNDESREGIERUNG, *Gesetzesentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines einundzwanzigsten Strafrechtsänderungsgesetzes (21. StrÄndG)*. 11-04-84. *BT-Dr 10/1286*, p. 6.

(80) *Vid.* apartado 3.1.2.

la preocupación que despertaba la detección de una creciente importación de material nacionalsocialista (por ejemplo, pegatinas de cruces gamadas) del extranjero que, según el parágrafo 86a, no suponía conducta típica alguna (81). La reforma legislativa se dirige, en consecuencia, a cerrar esa laguna de punibilidad introduciendo los siguientes cambios.

El núm. 2 del párrafo 1 del parágrafo 86a concentra la modificación con el siguiente tenor:

«Será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años o con multa quien:

1. (...)
2. Produzca, tenga en depósito o importe –dentro del ámbito de vigencia de esta ley– objetos que representen o contengan señas de identidad de este tipo, para su difusión o utilización en la forma y manera descrita en el núm. 1» (82).

En primer lugar se incluyen en el nuevo ámbito punible tres actos preparatorios: producir (*herstellen*), tener en depósito (*vorrätig halten*) e importar (*einführen*) (83). No basta, sin embargo, con producir, tener en depósito o importar: tales acciones deben realizarse con la finalidad de actuar típicamente conforme al núm. 1 del nuevo parágrafo 86a, párrafo 1 (esto es, utilizar señas de identidad o difundirlas). Esto último supone, habida cuenta de que la conducta típica del núm. 1 debe realizarse en «el ámbito de vigencia de esta ley», que las acciones preparatorias del núm. 2 lo son de un hecho «nacional» (*Inlandstat*), siendo indiferente, sin embargo, que el autor quiera utilizar o difundir las señas de identidad o posibilitar tal utilización o difusión a un tercero. Con este requisito adicional de actuar «para la difusión o utilización en la forma y manera descrita en el número 1» se pretende, según la intención del legislador (84), evitar una apertura desproporcionada de la conducta típica, de suerte que la pura tenencia de tales objetos nacionalsocialistas no supone todavía un «tener en depósito» en el sentido típico. De igual manera, la conducta del coleccionista permanece fuera del ámbito de protección por faltar el ele-

(81) Bundesregierung, *BT-Dr 10/1286*, p. 7.

(82) Parágrafo 86a

Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer:

1. (...)

2. *Gegenstände, die derartige Kennzeichen darstellen oder enthalten, zur Verbreitung oder Verwendung in der in Nummer 1 bezeichneten Art und Weise herstellt, vorrätig hält oder in den räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes einführt.*

(83) STREE, Walter/SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 22. Auflage, München, 1985, parágrafo 86a, núm. 9a. *Vid.* además DREHER, Eduard/TRÖNDLE, Herbert, *Strafgesetzbuch*, 43. Auflage, München, 1986., parágrafo 86a, núm. 5, y la interpretación de tales verbos.

(84) Bundesregierung, *BT-Dr 10/1286*, p. 7.

mento subjetivo adicional de querer posteriormente utilizarlos o difundirlos en el sentido del párrafo 86a párrafo 1, núm. 1.

3.2.3 La mentira de Auschwitz (párrafo 194)

Por último, la 21. StÄG modificó el párrafo 194: se trata del resultado final de compromiso al que se llegó ante las dificultades políticas para llegar a un acuerdo (85). No obstante, y como más adelante comprobaremos al analizar la VBG, la polémica será retomada posteriormente. Por ello conviene dar cuenta del trasfondo de la discusión de lo que se ha dado en llamar *Auschwitzlüge*, para, después, finalizar este apartado con una somera descripción de la regulación –hasta hoy vigente– del párrafo 194.

El problema al que se quería hacer frente era, esencialmente, la proliferación de la criminalidad de extrema derecha de tipo propagandístico y, más en concreto, la negación y banalización de las acciones violentas nacionalsocialistas. La propia fundamentación del proyecto de ley del gobierno de 11 de abril de 1984 hace referencia, en el contexto del combate contra las tendencias nazis –o neonazis–, al fenómeno de escritos que «se limitan» a negar y banalizar el régimen nazi o los hechos que entonces se cometieron (86). Conviene, sin embargo, llamar la atención sobre una distinción fundamental que permitirá comprender el tipo exacto de declaraciones a las que las distintas iniciativas –en relación a la 21. StÄG– se dirigen.

Como señala Von Bubnoff existen toda una serie de escritos de naturaleza propagandística destinados a la agitación principalmente neonazi. Tales acciones de agitación se plasman en escritos en que constantemente aparecen eslóganes como los siguientes: «la mentira de Auschwitz» (*Auschwitzlüge*), «la mentira de los seis millones» (*Sechs-Millionen-Lüge*), «los cuentos del horror... de mentirosos profesionales sionistas o de otro tipo» (*Greuelmärchen... zionistischer oder anderer Berufslügner*), las cámaras de gas son calificadas como «invenciones de mentes enfermas» y, finalmente, la alusión a la «mentira de Auschwitz» (*Auschwitzlüge*) se pone en relación con el reproche de la recepción de reparaciones (de guerra), a lo que también se viene en llamar «la gigantesca estafa política y financiera» (87). La característica determinante de todo este conjunto de

(85) Vid. pie de página 75.

(86) Bundesregierung, *BT-Dr 10/1286*, p. 7. También la «propuesta de resolución» y el informe de la Comisión jurídica –de la que saldrá el tenor definitivo de la modificación legal– aluden expresamente a la «puesta en tela de juicio de la persecución de los judíos en el III Reich» como el supuesto de hecho que ha motivado la iniciativa legislativa. *Rechtsausschuß, Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses* (6. Ausschuß). 24-04-85. *BT-Dr 10/3242*, p. 9.

(87) VON BUBNOFF, *Die strafrechtliche...*, p. 118.

escritos es que son claramente «de agitación» y que, por ello, no hay problema alguno para aplicar los tipos 130 y 131: Von Bubnoff se refiere a estos casos como la «negación cualificada», en la que la cualificación consiste precisamente en que la negación de hechos históricos nacionalsocialistas apunta de forma reconocible a la provocación (88).

En consecuencia, y siguiendo a Beisel, cabe distinguir entre una *Auschwitzlüge* «simple» (*einfache Auschwitzlüge*) y otra «cualificada» (*qualifizierte Auschwitzlüge*): en ambos supuestos se produce la negación de hechos en relación al nacionalsocialismo, pero se cualifica cuando existe una identificación del autor con la ideología racista nacionalsocialista (89). Sin embargo, el punto de mira de los trabajos de la 21. StAG se dirige más bien a la mentira simple: esto es, escritos que «se limitan» a negar o banalizar el holocausto. Se trata, pues, de supuestos en que, con base en abundante material histórico, se niega el hecho del holocausto judío por el nacionalsocialismo y, más en general, se discuten o encubren las medidas violentas y arbitrarias en el sentido del párrafo del Genocidio (220a StGB), pero sin producirse a la vez ataques provocatorios –de agitación– claramente reconocibles (90).

Esta nueva tendencia de la agitación neonazi –consistente en la pura negación de hechos históricos nacionalsocialistas– se identificará con la voz *Auschwitzlüge*, si bien no se tiene que referir en concreto –y sólo– a la puesta en cuestión de la existencia –en los términos bárbaros por todos conocidos– del campo de concentración de Auschwitz-Birkenau o a la persecución de los judíos (91). Se trata de un término simbólico que hace referencia a la puesta en tela de juicio de todo el fenómeno nacionalsocialista.

(88) VON BUBNOFF, *Die strafrechtliche...*, p. 118, define la «cualificación» de la negación en los siguientes términos, «[...] *Qualifiziertes, erkennbar auf Hetze angelegtes Leugnen* [...]».

(89) BEISEL, *Die Strafbarkeit...*, pp. 998 y 999. El autor explica cómo en el caso de que se produzca la identificación con la ideología nacionalsocialista existe un «ataque a la dignidad humana», lo cual permite aplicar el párrafo 130. Esto ocurre, en la mayoría de los casos, cuando los judíos son inculcados como mentirosos, así como responsables del chantaje financiero a Alemania. Y es que en tales supuestos, los judíos son calumniados al ser considerados como seres humanos de menor valor en la medida en que no merecen vivir en la sociedad por ser falseadores de la verdad y parásitos o charlatanes.

(90) VON BUBNOFF, *Die strafrechtliche...*, pp. 118 y 119.

(91) BEISEL, *Die Strafbarkeit...*, p. 997 –en especial el pie de página 2–, define la *Auschwitzlüge* como «la negación del genocidio nacionalsocialista, especialmente de los judíos (pero también homosexuales, testigos de Jehová, gitanos, etc)». Precisando aún más, afirma que, en realidad, los «revisionistas» consideran como mentirosos a quienes afirman el hecho histórico del genocidio nazi. En consecuencia, el comportamiento de tales revisionistas consiste realmente en un «reproche de la mentira de Auschwitz». Por ello, la expresión *Auschwitzlüge* resultaría incorrecta en la medida en que lo que es punible es la afirmación de que Auschwitz fue mentira.

Para una profundización en la «nueva» tendencia revisionista *vid.* los fundamentos de hecho del caso DECKERT en *NJW*, 1994, pp. 2494 ss.

A juicio de Vogelgesang, ya en los años setenta se comenzó a exigir un precepto penal que hiciera frente a la realidad descrita: para ello se argumentaba la falta de regulación penal que pudiera incriminar la negación (simple) del holocausto judío llevado a cabo por los nazis en el III Reich (92).

En efecto, en los trabajos legislativos se alude de forma expresa a la existencia de una laguna legal que impide la incriminación de tales declaraciones: en concreto, se señala la imposibilidad de aplicar el parágrafo 131 (incitación al odio racial mediante escritos...), en la medida en que para la aplicación de tal tipo es preciso que se dé el requisito adicional de «la forma cruel o inhumana de la descripción». De igual manera tampoco cabe la aplicación del parágrafo 130, en cuanto que toda conducta en éste tipificada debe cumplir el elemento restrictivo de constituir, a su vez, un «ataque a la dignidad humana»: la pura negación o banalización de los hechos del holocausto nazi no cumplen, sin más, tal requisito adicional (93).

En cualquier caso, el legislador parte de que la pura negación del holocausto constituye «injurias» (*Beleidigung*) del parágrafo 185 (94), situando la polémica en determinar si era preciso castigar con mayor contundencia esas conductas y, en su caso, cómo.

A juicio de Wehinger, en ningún caso se puede afirmar que estuviera clara la ubicación sistemática en el *StGB* del precepto futuro contra las actividades neonazis, ni tampoco cómo debería ser tal precepto en concreto (95). No obstante, de los antecedentes legislativos se deriva que en un principio parecía que se estaba pensando en una ampliación del parágrafo 130 (96), y, en cualquier caso, la ubicación sistemática de las distintas

(92) VOGELGESANG, *Die Neuregelung...*, p. 2387.

(93) BUNDESREGIERUNG, *BT-Dr 10/1286*, pp. 7 y 8. *Vid.* también, VOGELGESANG, *Die Neuregelung...*, p. 2387; VON BUBNOFF, *Die strafrechtliche...*, p. 119.

(94) Ya el *BGH* había dejado asentado que la negación del holocausto nazi constituía una injuria contra cada uno de los judíos de la República Federal Alemana (sentencia de la 6.^a sala civil del *Bundesgerichtshof* de 18 de septiembre de 1979) y, entiende el legislador, la jurisprudencia penal había aceptado tal tesis. BUNDESREGIERUNG, *BT-Dr 10/1286*, p. 7; *Rechtsausschuß*, *BT-Dr 10/3242*, p. 9. *Vid.* también, VOGELGESANG, *Die Neuregelung...*, p. 2387; VON BUBNOFF, *Die strafrechtliche...*, p. 119.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria critica este punto de partida, considerando como carente de base que la negación del holocausto constituyera una injuria según la normativa vigente. Así, DREHER, Eduard/TRÖNDLE, Herbert, *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, München, 1995, parágrafo 194, núm. 1; HERDEGEN, Gerhard, *Leipziger Kommentar*, 10. Auflage, Berlin/New York, Band V, 1989, parágrafo 194, núm. 1; LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 194, núm. 1; WEHINGER, *Der strafrechtliche...*, p. 68. No obstante, parece confirmarse la afirmación del legislador —equiparando la pura negación del holocausto con una injuria— a partir de la jurisprudencia mantenida en el caso Deckert. *Vid.* DAHS, Hans, «Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28-10-1994 —ein Produkt des Superwahljahres», en *NJW*, 1995, p. 554; König/Seitz, «Die straf-...», p. 3.

(95) WEHINGER, *Der strafrechtliche...*, p. 66.

(96) LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 194, núm. 1.

propuestas giraron en torno a la sección de «delitos contra el orden público» (bien en forma de modificación del párrafo 140 o de un nuevo párrafo 131a), hasta la entrada del proyecto gubernamental y del proyecto del SPD en la Comisión jurídica, en donde, sin embargo, se decidió la modificación del párrafo 194 (97).

Como Partsch señala, el punto de partida de las iniciativas legislativas de la 21. StÄG se sitúa en la dificultad de aplicación del párrafo 130 al caso de la *Auschwitzlüge* (98). En esta línea, Ostendorf se inclina por las incriminaciones de la *Auschwitzlüge* que se habían llevado a cabo en los párrafos 140 y 131a en la medida en que, de esta forma, se estaría protegiendo un bien jurídico supraindividual. La ventaja de tal ubicación sistemática consiste principalmente en destacar que la protección jurídico-penal se dispensa al conjunto de la sociedad; por el contrario, el compromiso final de transformación del párrafo 194 «privatiza» un conflicto con vocación general, de suerte que el Fiscal —aunque actúe de oficio— lo hará en beneficio de la víctima correspondiente de los delitos contra el honor y no en defensa del conjunto de la sociedad. A su juicio, concluye Ostendorf, el tratamiento de la *Auschwitzlüge* en el marco de los tipos de injurias oculta considerablemente el contenido específico de injusto (99).

Como posición antagónica, Vogelgesang considera correcta la solución final adoptada por la 21. StÄG de liberar de la obligación de querrela en los supuestos de injurias contra las víctimas del nacionalsocialismo ya que, entiende el autor, se evitan problemas probatorios que llevarían a la ineffectividad de párrafos autónomos como los propuestos en el curso del debate legislativo (párrafos 140, 131a) (100). Von Bubnoff, por su parte, considera inadecuada la propuesta de modificar el párrafo 140, proponiendo más bien un añadido al párrafo 131 en el marco de las conductas de los párrafos 130 y 131 (101). Por último, Köhler apunta el peligro de incriminar actitudes (*Gesinnungssanktionierung*) ante la cuestión de la punibilidad de la *Auschwitzlüge* (102).

El objeto del presente estudio se ve ampliamente superado ante la discusión en torno a la idónea ubicación sistemática de la problemática de la negación del holocausto nazi, así como ante la cuestión conexas del bien jurídico protegido. Hemos pretendido más bien dar una visión esquemática de las distintas posturas, así como de la discusión de fondo. En cualquier caso, ha quedado suficientemente claro el «carácter sorpresivo» de la configuración final de la 21. StÄG: fue el compromiso político neces-

(97) «Irrungen-Wirungen»..., pp. 225 y 227.

(98) PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 432.

(99) OSTENDORF, *Im Streit...*, pp. 1063 y 1065.

(100) VOGELGESANG, *Die Neuregelung...*, p. 2388.

(101) VON BUBNOFF, *Die strafrechtliche...*, p. 119.

(102) KÖHLER, Michael, «Zur Frage der Strafbarkeit des Leugnens von Völkermordtaten», en *NJW*, 1985, pp. 2389 ss.

rio, debido a la cercanía de la fecha del cuarenta aniversario de la capitulación de Alemania, el que forzó la modificación procesal –menos comprometida– del párrafo 194 como alternativa a una modificación material de mayor calado de delitos contra el orden público. Así las cosas, la polémica volverá a surgir en términos equivalentes en la modificación de la VBG, por lo que más adelante volveremos sobre ello. En relación con los términos en que quedó redactado el –todavía vigente– párrafo 194, la regla general de incoación del proceso mediante la correspondiente presentación de querrela se excepciona, a nuestros efectos, en dos supuestos: en el caso de las injurias del párrafo 185 ss. (nuevo supuesto introducido con la 21. StÄG) (103), y en el supuesto de las injurias a la memoria de los muertos del párrafo 189 (ya introducido en la 6. StÄG y modificado también por la 21. StÄG) (104).

En el primer caso, la liberación de la obligación de querrela depende de que se produzcan los siguientes requisitos:

1) La injuria debe haberse cometido mediante la difusión o la puesta a disposición pública de un escrito, en una reunión o mediante un programa radiofónico. De esta manera sólo aquellas injurias que tengan una cierta repercusión gozan del privilegio de la persecución de oficio (105).

2) El ofendido debe haber sido objeto de persecución, en cuanto miembro de un grupo, bajo el régimen violento y arbitrario nacionalsocia-

(103) Regulado en el párrafo 194, párrafo 1, frase 2:

«[...] *Ist die Tat durch Verbreiten oder öffentliches Zugänglichmachen einer Schrift (§ 11 Abs. 3), in einer Versammlung oder durch eine Darbietung im Rundfunk begangen, so ist ein Antrag nicht erforderlich, wenn der Verletzte als Angehöriger einer Gruppe unter der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verfolgt wurde, diese Gruppe Teil der Bevölkerung ist und die Beleidigung mit dieser Verfolgung zusammenhängt. Die Tat kann jedoch nicht von Amts wegen verfolgt werden, wenn der Verletzte widerspricht. Der Widerspruch kann nicht zurückgenommen werden. Stirbt der Verletzte, so gehen das Antragsrecht und das Widerspruchsrecht auf die in § 77 Abs. 2 bezeichneten Angehörigen über.*»

(104) Regulado en el párrafo 194, párrafo 2:

«[...] *Ist die Tat durch Verbreiten oder öffentliches Zugänglichmachen einer Schrift (§ 11 Abs. 3), in einer Versammlung oder durch eine Darbietung im Rundfunk begangen, so ist ein Antrag nicht erforderlich, wenn der Verstorbene sein Leben als Opfer der nationalsozialistischen oder einer anderen Gewalt- und Willkürherrschaft verloren hat und die Verunglimpfung damit zusammenhängt. Die Tat kann jedoch nicht von Amts wegen verfolgt werden, wenn ein Antragsberechtigter der Verfolgung widerspricht. Der Widerspruch kann nicht zurückgenommen werden.*»

(105) HERDEGEN, LK, 10. Auflage, párrafo 194, núm. 4. Vid. también el significado preciso de los términos: *Verbreiten* (difundir), *öffentliches Zugänglichmachen* (poner a disposición públicamente), *Versammlung* (reunión), *Darbietung* (programa). En el mismo sentido vid. RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II*, 29. LIEFERUNG, Stand, Juni 1991, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1991, párrafo 194, núm. 4.

lista u otro régimen violento y arbitrario. No basta, pues, con que el grupo de pertenencia del ofendido por la injuria haya sido objeto de persecución, sino que, además, debe haberlo sido también el propio ofendido en concreto (106). La mención expresa del «régimen violento y arbitrario nacionalsocialista u otro régimen violento y arbitrario» pone de manifiesto la cuestión fundamental a la que obedece este precepto (la *Auschwitzlüge*) y, a la vez, marca una pauta de interpretación –restrictiva– en punto a qué debe entenderse por «otro régimen violento y arbitrario» (esto es, aquel sistema de poder que no respeta los más elementales derechos humanos). Por último, por persecución deben entenderse actos injustos de una intensidad considerable como, por ejemplo, eliminación física, internamiento en campos de concentración, discriminaciones graves, etc. (107).

Por grupo debe entenderse aquel conjunto de personas con características comunes que se diferencia del resto de la población y que tiene conciencia de tal. En relación al «grupo», en principio no se establece ningún tipo de limitación, a diferencia del listado expreso contenido en el párrafo 220a (Genocidio), de suerte que puede tratarse de grupos nacionales, religiosos, raciales, pero también de grupos políticos (108). La limitación, al igual que vimos al analizar los elementos del párrafo 130, proviene de la necesidad de que tal grupo sea «parte de la población» (109). Pero antes de analizar este tercer elemento conviene explicar el trasfondo de la inclusión de la fórmula «otro régimen violento y arbitrario», junto a la alusión directa al régimen nacionalsocialista.

La primera aparición de la referencia a «otro régimen» en el marco de los trabajos de la 21. StÄG se produce en el proyecto de ley de modificación de la 21. StÄG de 11 de abril de 1984 (110) en el que se propone la introducción del párrafo 131a como alternativa a la modificación del párrafo 140 (propuesto en otros proyectos y rechazado por el *Bundesrat*). Con esta nueva iniciativa se pretenden solucionar algunos problemas de falta de taxatividad en la redacción de la conducta a incriminar (111). Sin embargo, señala Ostendorf, la nueva formulación obedecía también a críticas internas en el propio partido demócrata-cristiano y, en cualquier caso, con la nueva formulación de «otro régimen violento y arbitrario» se estaba pensando en la llamada *Vertreibunslüge* (la mentira

(106) LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 194, núm. 6, quien añade que es el caso de todos los judíos que vivían en Alemania en la época nazi, debido a las leyes racistas que contra éstos se pusieron en práctica; en el supuesto de otros perseguidos habrá de atenderse a las circunstancias del caso.

(107) HERDEGEN, *LK*, 10. Auflage, párrafo 194, núm. 5.

(108) DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, párrafo 194, núm. 3c; LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, párrafo 194, núm. 5.

(109) *Vid.* apartado 3.1.1.

(110) Bundesregierung, *BT-Dr 10/1286*.

(111) «Irrungen-Wirungen»..., p. 227.

de la expulsión) (112). Después de la Segunda Guerra Mundial se produjeron una serie de expulsiones de población alemana de territorios del Este (113): la llamada *Vertreibungslüge* pretende hacer referencia precisamente a la negación de tales hechos históricos y su incriminación responde, tal y como señalaba el parlamentario Götz, a que:

«Quien considere los crímenes de expulsiones cometidos contra los alemanes después de la segunda guerra mundial como medidas normales en el marco de una acción de reasentamiento de la población, no puede ser tratado de forma diferente a alguien que intenta justificar el horror hitleriano.» (114).

3) Como tercer requisito para la liberación de querrela señalábamos que el grupo de pertenencia del injuriado debe constituir «parte de la población». En cuanto a la interpretación de este requisito nos remitimos al análisis que hicimos del mismo al tratar el parágrafo 130 (115). No obstante interesa destacar únicamente esa similitud con el parágrafo 130, que manifiesta una vez más la proximidad material entre las conductas a las que se libera de querrela y las conductas prohibidas por el *Volksverhetzung*.

4) El parágrafo 194 exige también que la injuria esté en relación con la persecución: tal conexión se produce cuando la persecución (por ejemplo, de los judíos en el III Reich) ha jugado un papel motivador en el autor de la injuria o tal persecución ha sido punto de referencia en el contenido de la misma. No se precisa que se haga mención expresa en la declaración del injuriante, sino que basta con que sea reconocible a partir de las circunstancias del hecho. También se produce la conexión típica cuando la injuria se refiere a los motivos de la persecución (116).

5) Finalmente, se hacen dos referencias específicamente procesales: por un lado la persecución de oficio no podrá llevarse a cabo en el supuesto de que el injuriado se oponga; por otro lado se determinan los legitimados para presentar querrela y los legitimados a oponerse a la persecución de oficio para el supuesto de que el injuriado muriera (117).

(112) OSTENDORF, «Im Streit...», p. 1062. Vid. también WEHINGER, *Der Strafrechtliche...*, pp. 63 y 67.

(113) Como ejemplo paradigmático, la población alemana de Silesia (*Schlesien*) en Rechtsausschuß, *BT-Dr 10/3242*, p. 10. Vid. también WEHINGER, *Der strafrechtliche...*, p. 64 –pie de página 213–, quien afirma que este grupo de población se vio masivamente afectado por las expulsiones.

(114) WEHINGER, *Der strafrechtliche...*, pp. 63 y 64. Crítico con tal equiparación entre la negación de hechos nacionalsocialistas y la negación de las expulsiones; OSTENDORF, *Im Streit...*, pp. 1062 ss. A favor, sin embargo, VOGELGESANG, *Die Neuregelung...*, p. 2388.

(115) Vid. apartado 3.1.1.

(116) LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 194, núm. 6. Vid. también HERDEGEN, *LK*, 10. Auflage, parágrafo 194, núm. 7.

(117) LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 194, núms. 6a y 7.

Con respecto al supuesto de injurias a la memoria de los muertos, como ya vimos (118), fue liberado de la obligación de querrela ya con la reforma de 1960. En la reforma de 1985, sin embargo, se introducen algunos cambios que transforman el contenido del párrafo 194-II, manteniéndose vigente hasta la fecha.

De igual manera que sucede en el párrafo 194-I, la persecución se realizará de oficio, a menos que haya oposición del legitimado (119). Pero para ello se han de cumplir una serie de requisitos. Según la fundamentación de la Comisión jurídica (120), las modificaciones introducidas consisten en que el hecho típico queda limitado con respecto a la anterior redacción en cuanto que la injuria debe haberse cometido mediante la difusión o la puesta a disposición pública de un escrito, en una reunión o mediante un programa radiofónico (esto es, igual que en el párrafo 194-I). Por otra parte, se introduce también la mención expresa al régimen nacionalsocialista.

Por lo demás, el fallecido objeto de injuria debe haber perdido su vida como víctima del régimen arbitrario y violento nacionalsocialista o de otro régimen violento y arbitrario. Para ello no es preciso ser víctima directa, sino que basta, por ejemplo, con que la muerte se haya producido posteriormente por las lesiones ocasionadas durante su estancia en prisión al tiempo del régimen correspondiente (121). Como último requisito, se exige también que la injuria tenga conexión con la muerte como víctima de un régimen violento y arbitrario (122).

Para concluir este apartado sólo queda añadir que la parte esencial de la modificación operada por la *21. StÄG* (el párrafo 194) –hoy todavía vigente– ha sido duramente criticada por la doctrina dominante: así, afirma Herdegen, que el nuevo párrafo 194 no supone ninguna aportación digna de aplauso (123). Con más radicalidad asegura Lackner/Kuhl que la nueva regulación presenta un contenido inmaduro que constituye una hipoteca para la Jurisprudencia (124). Dreher/Tröndle destacan la incapacidad del legislador para esforzarse en alcanzar un consenso en cuestiones esenciales para la convivencia por lo que el proceso legislativo de la *21. StÄG* se puede calificar de «asmático y falto de concepción» en cuestiones nucleares (125).

(118) Vid. apartado 3.1.3.

(119) Vid. por todos DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, párrafo 194, núm. 4; LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, párrafo 194, núm. 9a.

(120) Rechtsausschuß, *BT-Dr 10/3242*, p. 11.

(121) Vid. por todos, LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, párrafo 194, núm. 9a; RUDOLPHI, *SK-StGB II*, 4. Auflage, párrafo 194, núm. 13.

(122) RUDOLPHI, *SK-StGB II*, 4. Auflage, párrafo 194, núm. 14.

(123) HERDEGEN, *LK*, 10. Auflage, párrafo 194, núm. 1.

(124) LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 194, núm. 3.

(125) El autor se refiere al desarrollo legislativo como *kurzatmig und konzeptionslos*. DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, párrafo 194, núm. 1.

Por último, Lenckner critica la oportunidad político-criminal de la 21. StÄG (126).

En el análisis de la *Auschwitzlüge* apuntamos algunas cuestiones de fondo relacionadas con la ubicación sistemática de una tal incriminación, el bien jurídico protegido y las cuestiones polémicas más importantes (127): sin embargo, a juzgar por el proceso legislativo «confuso», «sorpresivo» y «emocional», y habida cuenta de las críticas apuntadas, cabe afirmar que se trata de una cuestión sometida de tal manera a las presiones políticas que se tiende a privar a las decisiones de política criminal de la necesaria reflexión serena renunciando el legislador a contrastar las soluciones que se ofrecen con las críticas que las mismas puedan despertar. La decisión dada a la cuestión de la *Auschwitzlüge* no cerró, sin embargo, la actividad legislativa, que se volverá a reabrir con la VBG, en donde tendremos ocasión de comprobar grandes similitudes con el proceso descrito en la 21. StÄG.

4. LA LEY DE LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ALEMANA (VERBRECHENSBEKÄMPFUNGSGESETZ) DE 28 DE OCTUBRE DE 1994: LA NUEVA SITUACIÓN JURÍDICA

4.1 Realidad sociológica: la ola de odio y violencia xenófoba

El detonante de las iniciativas legislativas fue un aumento de las acciones violentas y propagandísticas de extrema derecha. El proyecto de ley del *Bundesrat* de 29 de abril de 1993 alude en el marco del comienzo de su fundamentación al peligro que entrañan las maquinaciones de extrema derecha en Alemania en los últimos tiempos (128). También el proyecto gubernamental señala expresamente, en la fundamentación de las modificaciones legales que presenta, lo siguiente:

«En 1991 comenzó una ola de odio y violencia, principalmente contra conciudadanos extranjeros, solicitantes de asilo y sus alojamientos, así como contra lugares conmemorativos judíos, que alcanzó su punto máximo de horror con los atentados incendiarios asesinos en Mölln (noviembre de 1992) y Solingen (mayo de 1993).

(126) LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 194, núm. 1.

(127) *Vid.* pies de página 99 a 102; en especial la reflexión crítica de KÖHLER, *Zur Frage...*, pp. 2389 ss., en torno a la posible tendencia hacia un Derecho penal de *Gesinnung* (*Gesinnungsinkriminierung*).

(128) BUNDESRAT, *Gesetzentwurf des Bundesrates. Entwurf eines... Strafrechtsänderungsgesetzes (...StrÄndG)*. 29-04-93. *BT-Dr 12/4825*, p. 4. Como más adelante pondremos de manifiesto, en la evolución de los trabajos legislativos de la VBG, además de la iniciativa gubernamental, y de forma previa, el *Bundesrat* había presentado ya en abril de 1993 un proyecto de ley que contenía modificaciones de los parágrafos 86a y 130.

Los excesos violentos y la propaganda rebotante de odio que los acompaña amenaza la paz interior [...]» (129).

En efecto, si se analizan los datos proporcionados por el Ministerio del Interior alemán (*Bundesministerium des Innern*) en su informe anual (*Verfassungsschutzbericht*), la situación era muy preocupante. En el año 1991 se constata una escalada de violencia sin precedentes: en relación a los delitos violentos con motivación de extrema derecha (asesinatos-homicidios, ataques incendiarios o con explosivos, daños materiales con utilización de un nivel de violencia considerable, lesiones) se producen 1.483 actos violentos frente a los 270 de 1990. El aumento en absoluto es imputable exclusivamente al aumento de territorio y población producto de la reunificación alemana (el 3 de octubre de 1990) ya que de los 1.483 actos violentos, 990 correspondían a los antiguos *Länder*: en consecuencia casi se cuadruplica el número de delitos violentos excluyendo a la antigua República Democrática Alemana (130). En relación a las restantes transgresiones legales que no constituyen delitos violentos (131), también se produce una elevación notable: de 1.578 (1990) a 2.401 (1991). El total de actos en 1991 –tanto delitos violentos como restantes transgresiones legales– ascienden a 3.884 frente a 1.848 en 1990 (132).

Las cifras señaladas deben ser completadas con otro dato de extraordinaria importancia desde el punto de vista del fenómeno de la discriminación racial: de los 3.884 actos señalados con motivación de extrema

(129) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 18.

(130) BUNDESMINISTER DES INNERN, *Verfassungsschutzbericht* 1991, Bonn, August 1992, pp. 74, 75 y 76.

En relación a la definición de «extrema derecha» (*Rechtsextremismus*) conviene matizar que se trata de un término más general que engloba también al extremismo de derecha nazi o neonazi, el cual constituye una forma concreta del fenómeno general. Como ya hemos señalado –*vid.* pie de página 18– también en los informes del *Verfassungsschutzbericht*, se constata que el fenómeno más relevante dentro del mundo del extremismo de derecha es, precisamente, el proveniente del universo ideológico nazi o neonazi. En cualquier caso, el fenómeno de extrema derecha se «[...] caracteriza por una ideología nacionalista popular cuyo móvil es un pensamiento racista elitista» (p. 13). En los datos que a continuación se van a proporcionar se mantiene la diferenciación de acciones de extrema derecha y acciones específicamente xenóforas.

(131) El *Verfassungsschutzbericht* se refiere a *Sonstige Gesetzesverletzungen mit rechtsextremistischem Hintergrund (außer Gewalttaten)*. En este apartado se comprenden, según su pie de página 12, actos delictivos y «faltas» (*Ordnungswidrigkeiten*) como, por ejemplo, actos de terror, amenazas de violencia, tenencia ilícita de armas, munición y material explosivo, la difusión de propaganda y la utilización de señas de identidad de organizaciones nacionalsocialistas, así como injurias en general y a la memoria de los muertos en relación a la persecución nacionalsocialista conforme a los párrafos 86-1 (núm. 4), 86a, 185 ss. en conexión con el 194-1.^o y 2.^o, y acciones de carácter provocativo e incitación al odio racial conforme al párrafo 130. (BUNDESMINISTER DES INNERN, *Verfassungsschutzbericht*, 1991, pp. 87, 125 y 126).

A partir de ahora nos referiremos a este grupo como «delitos no violentos».

(132) BUNDESMINISTER DES INNERN, *Verfassungsschutzbericht*, 1991, p. 87.

derecha, 2.598 (66,8 por 100) presentan carácter específicamente xenóforo. Por otra parte, 367 de los 2.598 (14,1 por 100) actos xenófobos son concretamente antisemitas (133).

En el año 1992 la escalada continuó: los delitos violentos con motivación de extrema derecha llegan a 2.584 (aumento del 74 por 100 frente a 1991 -1.483-); los delitos no violentos aumentaron de 2.401 en 1991 a 4.537 en 1992. Las cifras globales en 1992 son, en consecuencia, un total de 7.121 delitos violentos y no violentos (frente a 3.884 en 1991), lo cual representa un aumento del 83 por 100 con respecto al año anterior. De los datos globales, el 66,6 por 100, esto es, 4.746, son actos específicamente xenófobos, y 562 (7,9 por 100 del conjunto de actos xenófobos) son antisemitas (134).

Por último, en el año 1993 se detiene la terrorífica tendencia marcada en los dos años anteriores en lo que a los delitos violentos respecta: 2.232 (frente a los 2.639 de 1992). Este balance es extensible, a su vez, al subgrupo de delitos violentos de carácter específicamente xenóforo: 1.609 (frente a 2.277 en 1992). No ocurre, sin embargo, lo mismo respecto al grupo de delitos no violentos: en el año 1993 ascendieron a 8.329 (frente al año anterior -5.045-) de los cuales 5.112 son específicamente xenófobos, constatándose un aumento particularmente espectacular en los delitos de *Volksverhetzung* e injurias (*Beleidigungen, Verunglimpfungen*) específicamente xenófobos -2.261- (frente al año anterior 329). En conjunto continúa la tendencia al aumento con un total de 10.561 actos violentos y no violentos de motivación de extrema derecha (7.684 año anterior), de los cuales 6.721 son específicamente xenóforos -un 64 por 100- (frente a 5.008 -65 por 100- del año anterior) y 656 antisemitas (frente a 625 del año anterior) (135).

Interesa destacar también que durante el año 1994 -en el que se tramita y aprueba la VBG (que no entrará en vigor hasta el 1 de diciembre)- se produce, sin embargo, una sustancial disminución de los delitos de extrema derecha: 7.952 delitos violentos y no violentos en total (frente a 10.561 de 1993), de los cuales 1.489 son delitos violentos (frente a 2.232) y 6.463 delitos no violentos (frente a 8.329). Los delitos específicamente xenófobos se reducen también: 860 delitos violentos (frente a 1.609) y 2.631 delitos no violentos (frente a 5.112), con un total de 3.491 de delitos específicamente xenófobos (frente a 6.721). Se produce sin embargo un espectacular aumento de los delitos específicamente antise-

(133) BUNDESMINISTER DES INNERN, *Verfassungsschutzbericht*, 1991, p. 88.

(134) BUNDESMINISTERIUM DES INNERN, *Verfassungsschutzbericht*, 1992, Bonn, august 1993, pp. 70, 91 y 93.

(135) BUNDESMINISTERIUM DES INNERN, *Verfassungsschutzbericht*, 1993, Bonn, juni 1994, pp. 79 ss.; 86 ss.; y 100 ss. Los datos globales comparativos con el año 1992 se ajustan al *Verfassungsschutzbericht* de 1993 que, en parte, modifican y corrigen la estadística anterior del informe de 1992.

mitas: 1.366 (frente a 656 en 1993). Este aumento se centra principalmente en delitos no violentos, en concreto, aumentan en un 130 por 100 los delitos de *Volkshetze/Aufstachelungen zum Rassenhaß* (anteriores parágrafos 130 y 131). Los delitos violentos antisemitas, por el contrario, experimentan también una reducción de 72 –año 1993– a 42 (136).

4.2 Breve historia legislativa de la «Ley de Lucha contra la Criminalidad» de 1994 (*Verbrechensbekämpfungsgesetz*) en relación principalmente a la normativa antinacional socialista

Como reacción a la situación que se acaba de describir, el Ministerio de Justicia (*Bundesministerium der Justiz*) anunció en diciembre de 1993 la necesidad y urgencia de medidas –no sólo penales (materiales), sino también procesales y administrativas– para combatir las aspiraciones de extrema derecha, especialmente, las aspiraciones xenófobas y antisemitas (137). La oposición parlamentaria, por su parte, se había manifestado con anterioridad favorable a una ley especial que comprenda medidas específicas contra el odio xenófobo, para lo cual había encontrado ya el apoyo del *Bundesrat* (138).

El proceso legislativo, con respecto a esta ley, despertó un enorme interés en los medios de comunicación, lo cual dificultó los esfuerzos por alcanzar el necesario compromiso político. No obstante, la tramitación parlamentaria fue rápida (139). Según Dahs, de este dato, esto es, de la constatación del veloz proceso parlamentario para una ley que supone serias modificaciones en el derecho material y procesal, se puede deducir la influencia política que ejercía el «super año electoral 1994». A lo que añade que es de lamentar que el legislador no se haya tomado el tiempo necesario para analizar con detenimiento los fundamentos jurídico-materiales ni haya intentado combatir defectos de la práctica jurídica en diálogo reposado y tolerante con representantes de todas las partes

(136) BUNDESMINISTERIUM DES INNERN, *Verfassungsschutzbericht*, 1994, pp. 79 ss.; especialmente, pp. 87 y 88.

(137) PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 432, en donde se añade que, sin embargo, no se dio una idea del paquete legal –de mucho mayor alcance– que finalmente se presentaría con modificaciones en la ley de extranjeros, de asilo, de estupefacientes, etcétera.

(138) Éste había presentado el 29 de abril de 1993 un proyecto de ley para modificar los parágrafos 130 y 86a. *Bundesrat*, *BT-Dr 12/4825*. Vid. también PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 432.

(139) Desde la presentación del proyecto gubernamental el 18 de febrero de 1994 hasta su aprobación definitiva por el *Bundesrat* el 23 de septiembre del mismo año transcurrió aproximadamente medio año. KÖNIG/SEITZ, *Die straf-...*, p. 1. Con todo, ya se habían producido conversaciones en el seno de la coalición gubernamental durante el otoño de 1993, en las cuales se habían dejado sentadas las líneas maestras del futuro proyecto.

implicadas (140). En la misma línea señalan König/Seitz que la presión del tiempo provocó la necesidad de prescindir de un trabajo más en profundidad (141).

Como ya hemos señalado, el inicio de los trabajos legislativos de la VBG tiene lugar el 18 de febrero de 1994 con la presentación del proyecto gubernamental. El contenido del mismo, en lo que a la lucha jurídico-penal material antixenófoba se refiere, se ciñe a lo siguiente:

1) Se pretende una ampliación del ámbito punible del párrafo 86a (utilización de señas de identidad de organizaciones anticonstitucionales) mediante una modificación del párrafo 2 de este artículo. En tal párrafo se especifica cuáles deben ser consideradas «señas de identidad»: las banderas (*Fahnen*), insignias (*Abzeichen*), partes de uniforme (*Uniformstücke*), consignas (*Parolen*) y saludos (*Grußformen*). La modificación se orienta a ampliar este listado introduciendo una fórmula general, de suerte que se equipararán a las «señas de identidad» del listado las que sean «casi idénticas a aquéllas» («[...] *die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind* [...]»).

2) Se propone una ampliación del párrafo 130 y del párrafo 131: no obstante, todavía no se hace ninguna referencia a la incriminación de la negación (simple) del holocausto.

3) Se pretende elevar las penas de los delitos de lesiones, entre otras razones, debido al incremento de delitos violentos contra extranjeros (142).

El 24 de febrero de 1994 se realizó la primera lectura del proyecto en la 210 sesión del *Bundestag* (143). El 11 de abril de 1994 se reúnen en una sesión conjunta la Comisión jurídica (*Rechtsausschuß*) y la Comisión de interior (*Innenausschuß*), procediéndose a realizar la consulta técnica del proyecto gubernamental con los expertos correspondientes (144). En la propuesta de resolución de la Comisión (145) se introducen una serie de modificaciones importantes en los párrafos destinados a la lucha anti-xenófoba con relación al contenido inicial del proyecto gubernamental que merecen ser destacadas.

(140) Exactamente se refiere a los «[...] influjos políticos del llamado super año electoral 1994 –“Superwahljahres”– [...]». DAHS, *Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...*, p. 553. Las elecciones al *Bundestag* estaban señaladas para el 16 de octubre de 1994.

(141) KÖNIG/SEITZ, *Die straf-...*, p. 1.

(142) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 19.

(143) PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 432.

(144) En la misma sesión se estudian conjuntamente además del proyecto gubernamental dos proyectos del SPD. RECHTSAUSSCHUB, «Protokoll der 120. Sitzung des Rechtsausschusses und der 93. Sitzung des Innenausschusses» en *Protokolle Deutscher Bundestag. Rechtsausschuß. 12. Wahlperiode*, Nr. 120.

Por su parte, DAHS se lamenta de que a la sesión conjunta de ambas Comisiones no hubiera sido invitado el *Bundesrechtsanwaltskammer* (Colegio Federal de Abogados). DAHS, *Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...*, p. 553 (pie de página 6).

(145) RECHTSAUSSCHUB, *BT-Dr 12/7584*.

Según el informe de la Comisión (146), se deciden los siguientes cambios con respecto al proyecto gubernamental:

1) Se incrimina en los párrafos 86 y 86a el producir y tener en depósito elementos propagandísticos y señas de identidad de organizaciones anticonstitucionales con la finalidad de su exportación al extranjero y la exportación misma.

2) Se propone completar las modificaciones del párrafo 130 mediante la incriminación de la llamada *Auschwitzlüge*.

En relación a la introducción de la *Auschwitzlüge*, el tenor literal de la modificación se basa en las propuestas realizadas tanto por el SPD como por el gobierno (147) en torno a la 21. StÄG. La diferencia principal con respecto a aquella propuesta es su inclusión en el párrafo 130 debido a la proximidad del supuesto de hecho con la conductas en éste reguladas (148). También conviene tener en cuenta que el partido de los «verdes» (*Gruppe Bündnis 90/Die Grünen*) presentó un proyecto de ley de modificación del StGB el 27 de abril de 1994 en el sentido de incluir como conducta punible la negación del genocidio nacionalsocialista (149), el cual fue tenido en cuenta también en los debates de la Comisión jurídica (150).

La materia expuesta no resultó en absoluto polémica en los debates de la Comisión. Así, las propuestas gubernamentales en torno a los párrafos 86a y 130, junto con las modificaciones señaladas, se aprobaron por unanimidad (151). Este hecho viene a confirmar la apreciación de König/Seitz de que existía unidad de criterios entre los distintos partidos, que, sin embargo, se vió ensombrecida por la repercusión que tuvo el proceso legislativo de la VBG, que dificultó el necesario compromiso político (152).

La redacción que la Comisión dio a los párrafos 86, 86a, 130 y 131 no variará ya del tenor definitivo que finalmente resultó aprobado. No obstante, no fue ésta la suerte del conjunto de medidas que integraban la VBG como ahora vamos a comprobar.

(146) RECHTSAUSSCHUB, *Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß)*. 20-10-94. BT-Dr 12/8588, pp. 3 ss.

Aunque la fecha de referencia sea el 20 de octubre de 1994, contiene el informe de la Comisión jurídica con respecto a la propuesta de resolución del 18 de mayo de 1994.

(147) BUNDESREGIERUNG, BT-Dr 10/1286; SPD, BT-Dr 9/2090, son las propuestas de incriminación de la *Auschwitzlüge* mediante las cuales se pretendía la modificación del párrafo 140 y párrafo 131a respectivamente, que no llegaron a convertirse en ley. Vid. apartados 3.2.3 y 3.2 en general.

(148) RECHTSAUSSCHUB, BT-Dr 12/8588, p. 8.

(149) GRUPPE BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, *Gesetzentwurf (...) der Gruppe Bündnis 90/Die Grünen. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches-Strafbarkeit der Leugnung des nationalsozialistischen Völkermordes*. 27-04-94. BT-Dr 12/7421.

(150) Vid. DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, párrafo 130, núm. 17.

(151) RECHTSAUSSCHUB, BT-Dr 12/8588, p. 3.

(152) KÖNIG/SEITZ, *Die straf-...*, p. 1.

Tras la segunda y tercera lectura del proyecto, el *Bundestag* lo aprobó el 20 de mayo de 1994. Sin embargo, el *Bundesrat* no dio su apoyo en su 670 sesión del 10 de junio de 1994, lo cual condujo a que el gobierno convocara una «Comisión de negociación» (*Vermittlungsausschuß*). Esta Comisión, compuesta por varios políticos, alargó sus negociaciones durante los meses de agosto y septiembre, llegando a una propuesta de resolución el 19 de septiembre de 1994. Tal propuesta fue aprobada por el *Bundestag* en una sesión extraordinaria el 21 de septiembre y dos días más tarde, el 23 de septiembre de 1994, dio también su aprobación el *Bundesrat* (153).

En la negociación hubo modificaciones importantes del proyecto de la coalición gubernamental que afectaban principalmente a aspectos procesales o a las reformas de la ley en torno al artículo 10 de la Ley Fundamental (154). En opinión de Partsch, la coalición gubernamental logró como resultado de la negociación salvar la idea de la *VBG* como un «mosaico» heterogéneo de distintas medidas en un único paquete legislativo. Sin embargo, tuvo que realizar para ello considerables concesiones: ante todo, señala el citado autor, la aceptación de una norma penal grave contra la aprobación, negación o banalización del genocidio nacionalsocialista (155).

4.3 La modificación de los párrafos 86, 86a, 130 y 131

4.3.1 La «utilización de señas de identidad» (parágrafos 86 y 86a)

Al igual que sucedió en la 6. y 21. *StÄG* el legislador responde a las olas xenófobas y antisemitas con modificaciones legales en torno a la utilización de señas de identidad de organizaciones anticonstitucionales. El problema concreto al que en un principio quería hacer frente el proyecto gubernamental de la *VBG* consistía en una laguna de punibilidad en este ámbito de conductas. En efecto, el párrafo 2.º del párrafo 86a establece cuáles son las «señas de identidad», cuya utilización en la forma descrita en el párrafo 1.º determinaría la correspondiente conducta punible. No obstante, a la luz de la interpretación jurisprudencial de los términos «señas de identidad», existían dudas sobre la punibilidad de la utilización de señas de identidad transformadas de las antiguas organizaciones nacionalsocialistas (156). Como ya señalamos en el análisis de la 6. *StÄG*, la definición de la «señas de identidad» mediante un listado no pretendía restringirlas a las banderas, insignias, partes de uniforme, consignas y saludos, sino que

(153) DAHS, *Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...*, p. 553; KÖNIG/SEITZ, *Die straf-...*, p. 1; PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 432.

(154) DAHS, *Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...*, p. 553, pie de página 5.

(155) PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 432.

(156) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 23.

se entendía como una enumeración abierta (157). No obstante, tal y como señala Dahs, a pesar de la existencia de una tendencia jurisprudencial en la línea de una interpretación extensiva, el mandato de prohibición de analogía del artículo 103-II de la Ley Fundamental oponía límites estrictos (158).

Como ejemplo notorio de conducta que se desea incriminar y que, sin embargo, la jurisprudencia entendía que no se comprendía en el ámbito punible del antiguo 86a, se alude al supuesto del *Widerstandsgruß* (saludo de resistencia). En el párrafo 2 del parágrafo 86a se contiene la voz «saludo» (*Grußformen*) como una de las «señas de identidad»: no existía duda al respecto que el tradicional saludo nacionalsocialista consistente en elevar el brazo con la palma de la mano hacia abajo y los dedos extendidos era un tal «saludo», incriminado como «seña de identidad» en el sentido típico. No obstante, el llamado *Widerstandsgruß*, consistente en la elevación del brazo con el dedo pulgar, índice y corazón extendidos, pero cerrando el dedo meñique y anular no era considerado como «saludo» en el sentido del parágrafo 86a en cuanto que, se argumentaba, no había sido utilizado por ninguna antigua organización nacionalsocialista (159). En la misma línea también se señala la exclusión del tipo por la jurisprudencia de la utilización de una esvástica levemente modificada (160).

El nuevo párrafo 2 del parágrafo 86a incluye por ello la siguiente ampliación:

«Parágrafo 86a: [...] (párrafo 2.º) Señas de identidad, en el sentido del párrafo 1.º, son las banderas, insignias, partes de uniforme, consignas y saludos. **Las señas de identidad citadas en la frase 1.ª se equiparan a las que son casi idénticas a aquéllas.**» (161)

La formulación de la modificación en concreto se inspira en el párrafo 132a (162) y la cuasi-identidad de las señas (*Kennzeichen*) que se

(157) Vid. apartado 3.1.2.

(158) DAHS, *Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...*, p. 554, pie de página 8.

(159) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 23. Vid. también BUNDESRAT, *BT-Dr 12/4825*, pp. 4 y 6. Para una definición precisa del *Widerstandsgruß* vid. DAHS, *Das Verchesbekämpfungsgesetz...*, p. 554, pie de página 8.

(160) En concreto, se hace referencia a «una conexión muy intensa con la cruz gamada» (*sehr lebhafte Verbindung zum Hakenkreuz*). CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 23.

(161) [...] *Den in Satz 1 genannten Kennzeichen stehen solche gleich, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind.*

La expresión final *zum Verwechseln ähnlich* la hemos traducido como cuasi-identidad: dicha expresión parece indicar un parecido tal que se pueden confundir con las señas de identidad.

Lo remarcado en negrita constituye la modificación de la VBG.

(162) BUNDESRAT, *BT-Dr 12/4825*, p. 6. A pesar de tratarse del proyecto del *Bundesrat*, lo referente a la ampliación del parágrafo 86a en el sentido analizado es compartido por el gobierno tal y como se manifiesta en la «toma de postura»

indica depende no tanto de un parecido lingüístico o figurado, sino más bien de que la apariencia de una determinada seña de identidad evoque a una seña de la correspondiente organización (anticonstitucional) y de que su contenido simbólico sea transmitido (163). No obstante, la doctrina comienza ya a manifestar sus dudas sobre la idoneidad de la modificación llevada a cabo para alcanzar el objetivo que se pretendía (164).

La segunda modificación que se lleva a cabo en este párrafo afecta también al párrafo 86 (difusión de elementos propagandísticos de organizaciones anticonstitucionales) (165). El informe de la Comisión jurídica —que introduce este cambio completando el proyecto gubernamental como ya vimos (166)— señala un supuesto en el que se detecta la laguna de punibilidad que se pretende cubrir. Se trata del caso real de un fabricante que producía objetos que contenían emblemas nacionalsocialistas (como las SS runas, cruces gamadas o fotos de Hitler) y que estaban destinadas exclusivamente para su exportación al extranjero. La Fiscalía competente abrió un proceso de investigación que tuvo que ser sobreesido debido a que el supuesto de hecho no era punible según el derecho vigente (167).

La redacción del nuevo párrafo 1 del párrafo 86a es la siguiente:

«Párrafo 86a: Será castigado con pena privativa de libertad hasta de tres años o con multa quien:

1. Difunda en el interior del país señas de identidad de partidos y asociaciones descritos en el párrafo 86, párrafo 1, núms. 1, 2, y 4, o los utilice públicamente, en una reunión o en escritos (párrafo 11, párr. 3) por él difundidos, o
2. Produzca, tenga en depósito, importe o exporte objetos que representen o contengan señas de identidad de este tipo, para su difusión o utilización en el interior del país o en el extranjero en la forma y manera descritas en el núm. 1 (168).»

(Stellungnahme der Bundesregierung) del mismo en el documento anexo 2 (Anlage 2) (p. 7). Vid. también: KÖNIG/SEITZ, *Die straf...*, p. 3.

(163) LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 86a, núm. 2a.

(164) DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, párrafo 86a, núm. 2. LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 86a, núm. 2a.

(165) § 86, *Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen*. Los cambios aquí operados en la conducta típica coinciden básicamente con los realizados en el párrafo 86a, pero referidos a la difusión de elementos propagandísticos, por ello, no analizaremos este tipo en profundidad remitiéndonos a la explicación del 86a. Vid. también, por todos: DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, párrafo 86; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 86.

(166) Vid. apartado 4.2.

(167) RECHTSAUSSCHUSS, *BT-Dr 12/8588*, pp. 7 y 8.

(168) § 86a, *Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer:*

1. *Im Inland Kennzeichen einer der in § 86 Abs.1 Nr. 1, 2 und 4 bezeichneten Parteien und Vereinigungen verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in von ihm verbreiteten Schriften (§ 11 Abs.3) verwendet oder*

Por un lado, se hace desaparecer en los núms. 1 y 2 del párrafo 1 la antigua referencia al «ámbito de vigencia de esta ley» (*räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes*). Esta expresión fue utilizada debido al hecho histórico de la división de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial en República Federal Alemana y República Democrática Alemana. Tal término, que hacía referencia al territorio de los antiguos *Bundesländer*, ha perdido casi por completo su sentido después de la reunificación alemana y, por ello, se ha aprovechado la VBG para suprimirlo en los párrafos correspondientes (169).

Por otro lado, se aumenta el espectro de acciones preparatorias –con respecto a la conducta del párrafo 1, núm. 1– a la conducta de exportar. La intención del legislador se dirige, como ya hemos señalado, contra las conductas de producir y tener en depósito señas de identidad (y elementos de propaganda en el caso del párrafo 86) de organizaciones anticonstitucionales con el fin de exportarlas y la acción misma de exportar (170). Con ello se tiene en cuenta también el hecho de las crecientes conexiones internacionales en la organización del extremismo de derecha y se pretende cuidar la imagen de Alemania en el extranjero (171). No obstante, los cambios realizados parecen problemáticos, como indica Lackner/Kühl, quien afirma que el tenor no resulta claro en punto a la ampliación al extranjero y, añade, que los actos preparatorios siguen teniendo que serlo de un hecho «nacional», precisamente por la referencia del párrafo 1, núm. 2, al párrafo 1, núm. 1 (en el que sólo se hace referencia al interior del país) (172).

4.3.2 La «incitación a la población» (párrafos 130 y 131)

Desde la 6. StÄG de 1960 en que se introduce el párrafo de la *Volksverhetzung*, éste había permanecido invariable (173). Bien es cierto que se pensó en una ampliación del mismo en torno a los trabajos de la 21. StÄG de 1985, pero, finalmente, se abandonó la hipótesis inicial y se optó por una solución procesal (174). El proyecto gubernamental contemplaba la transformación del párrafo 130 en dos aspectos básicos: por

2. *Gegstände, die derartige Kennzeichen darstellen oder enthalten, zur Verbreitung oder Verwendung im Inland oder Ausland in der in Nummer 1 bezeichneten Art und Weise herstellt, vorrätig hält, einführt oder ausführt. [...]*

Lo remarcado con negrita constituye lo modificado por la VBG.

(169) Vid., por todos, DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, Vor párrafo 3, núm. 8. Ver también KÖNIG/SEITZ, *Die straf-...*, p. 2.

(170) PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 436.

(171) DAHS, *Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...*, p. 554.

(172) LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 86a, núm. 6. Las mismas críticas de falta de claridad se realizan en punto al párrafo 86 (párrafo 86, núm. 6).

(173) Vid. apartado 3.1.1.

(174) Vid. apartado 3.2.3.

un lado, se pretendía suprimir en los antiguos núms. 1 (incitar al odio) y 2 (exigir medidas violentas o arbitrarias) el elemento adicional de tener que constituir la conducta un «ataque contra la dignidad humana», con el fin de facilitar la aplicación práctica de tal párrafo; por otro lado, la conducta de incitar al odio racial regulada en el antiguo párrafo 131 se integraría –transformada– en el nuevo párrafo 130 y con una pena superior (175). No obstante, la propuesta de resolución de la Comisión jurídica introdujo además la incriminación de la *Auschwitzlüge* (176). Finalmente el nuevo párrafo 130 presenta el siguiente complicado y largo tenor literal.

«Párrafo 130 Incitación a la población.

(1) Aquel que de forma adecuada para perturbar la paz pública,

1. Incita al odio contra parte de la población o exige medidas violentas o arbitrarias contra ésta o,

2. Ataca la dignidad humana de otro insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando aparte de la población, será castigado con pena privativa de libertad de tres meses a cinco años.

(2) Será castigado con pena privativa de libertad hasta de 3 años o con multa aquél que,

1.a) Difunda escritos (párrafo 11, párrafo 3), que inciten al odio contra parte de la población o contra un grupo nacional, racial, religioso o étnico (177), que exijan medidas violentas o arbitrarias contra ellos o que ataquen la dignidad humana de otro insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población o a uno de los grupos pre-citados,

b) De forma pública exponga dichos escritos, los fije-pegue, exhiba-proyecte o los haga accesibles de otra forma,

c) Los ofrezca, entregue o haga accesibles a una persona menor de dieciocho años o

d) Los produzca, compre, suministre, tenga en depósito, ofrezca, anuncie, ensalce, importe o exporte (y su tentativa) (178), con el fin de

(175) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 19.

(176) RECHTSAUSSCHUB, *BT-Dr 12/8588*, p. 3.

(177) A nuestro juicio se produce en este punto un problema de traducción. En efecto, en alemán lo que hemos traducido por «grupo étnico» es un término más amplio (*durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe*): tal y como señala PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 430, pie de página 5, el término alemán es más amplio que el grupo étnico. No todo grupo regional que desarrolle su propio folklore es un grupo étnico: para ello debe poder ser considerado como una minoría étnica. No es este el lugar para realizar una aclaración terminológica de esta complejidad: no obstante lo hemos señalado pues puede influir en la interpretación. Vid., así, DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, párrafo 130, núm. 9, el cual integra en el concepto de *durch ihre Volkstum bestimmte Gruppe* grupos étnicos y grupos no étnicos.

(178) Se utiliza el término técnico *unternehmen*, que equipara la consumación a la tentativa. Vid. párrafo 11, párrafo 1, número 6.

utilizar tales escritos o copias de los mismos en el sentido de las letras a) a la c) o de facilitar a otro una tal utilización, o

2. Difunda un programa a través de la radio cuyo contenido sea de los descritos en el núm. 1 (179).

(3) Será castigado con pena privativa de libertad hasta de cinco años o con multa aquel que públicamente o en una reunión apruebe, niegue o banalice una acción de las de la clase de las señaladas en el párrafo 220a, párrafo 1, cometida bajo el régimen nacionalsocialista, de una forma adecuada para perturbar la paz pública.

(4) El párrafo 2 se aplicará también a escritos (párrafo 11, párrafo 3), cuyo contenido sea el descrito en el párrafo 3.

(5) En los supuestos del párrafo 2, también en relación al párrafo 4, y en los supuestos del párrafo 3 se aplicará el párrafo 86, párrafo 3 (180).

(179) Por cuestiones de traducción nos hemos visto obligados a introducir la descripción de los «escritos» en el apartado 1.a), a diferencia del texto original, que primero describe el contenido de tales escritos y luego señala en la letras a) a la d) las acciones que tienen por objeto aquéllos.

(180) § 130, *Volksverhetzung*:

(1) *Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,*

1. *Zum Haß gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt oder zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder*

2. *Die Menschenwürde anderer dadurch angreift, daß er Teile der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,*

wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) *Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer*

1. *Schriften (§ 11 Abs. 3), die zum Haß gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern oder die Menschenwürde anderer dadurch angreifen, daß Teile der Bevölkerung oder eine vorbezeichnete Gruppe beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden,*

a) *Verbreitet,*

b) *Öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,*

c) *Einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überläßt oder zugänglich macht oder*

d) *Herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Buchstaben a bis c zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder*

2. *Eine Darbietung des in Nummer 1 bezeichneten Inhalts durch Rundfunk verbreitet.*

(3) *Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 220a Abs. 1 bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.*

Ya antes de la reforma de la VBG este párrafo era denominado como el «laberinto» (181): sin duda la complicación es ahora mucho mayor. No obstante, vamos a ir analizando los aspectos más relevantes que han sufrido modificación.

A) La originaria «incitación a la población» (párrafo 1 del párrafo 130).

En relación al primer párrafo, de las tres conductas que integraban el anterior párrafo 130, dos han sido liberadas del requisito adicional de tener que constituir un ataque a la «dignidad humana»: tanto la incitación al odio como la exigencia de medidas violentas o arbitrarias se agrupan, por ello, en el actual núm. 1 del párrafo 1. En el núm. 2 del párrafo 1, insultar, menospreciar maliciosamente y calumniar, se mantiene, sin embargo, la misma situación que antes de la reforma. El legislador justifica tal modificación porque entiende que tal requisito del «ataque a la dignidad humana» y su estricta interpretación jurisprudencial (182), han creado problemas en la aplicación del párrafo 130; además, en el caso de las dos conductas de incitar al odio y exigir medidas presupone que siempre se da tal elemento adicional, de tal suerte, que no cabe que conductas de esa clase puedan llegar a producirse en el contexto del debate político. En el caso de la conducta de insultar, menospreciar maliciosamente y calumniar, sin embargo, considera necesario recortar la conducta manteniendo el elemento adicional para incriminar únicamente conductas de cierta gravedad y justificar la diferencia de pena con respecto a las injurias de los párrafos 185 ss. (183) Beisel duda de la relevancia práctica que la modificación legal realizada vaya a tener, especialmente en punto al antiguo 130, núm. 1, ya que, a su juicio, las declaraciones antisemitas persiguen generalmente el fin de avivar la enemistad contra los judíos de suerte que el elemento adicional del ataque contra la dignidad humana siempre se producía (184). En efecto, a nuestro juicio, si existía un problema probatorio éste no va a desaparecer por el hecho de suprimir el ele-

(4) Absatz 2 gilt auch für Schriften (§ 11 Abs. 3) des in Absatz 3 bezeichneten Inhalts.

(5) In den Fällen des Absatzes 2, auch in Verbindung mit Absatz 4, und in den Fällen des Absatzes 3 gilt § 86 Abs. 3 entsprechend.

(181) STRENG, *Das Unrecht...*, p. 501, pie de página 3. Además, FROMMEL, Monika, «Fremdenfeindliche Gewalt, Polizei und Strafjustiz», en *KJ*, 1994, p. 334, habla incluso de una voluntad consciente por parte del legislador de crear una legislación antidiscriminación de difícil aplicación en referencia al tipo de *Volksverhetzung*.

(182) Vid. apartado 3.1.1.

(183) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 24. Vid. también: DAHS, *Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...*, p. 554; KÖNIG/SEITZ, *Die straf-...*, p. 3; PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 433.

(184) BEISEL, *Die Strafbarkeit...*, p. 998. En la misma línea crítica sobre la irrelevancia de la modificación a efectos de solucionar problemas en la aplicación práctica del precepto PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 433.

mento adicional, sino que se trasladará a la prueba de las conductas de incitar al odio o exigir medidas; y si en realidad no existía tal problema probatorio entonces ¿para qué se suprime el elemento adicional?, sería más bien una cuestión formal pero sin relevancia práctica.

Un ejemplo claro de lo afirmado es el hecho de la introducción del párrafo 3 del parágrafo 130 para incriminar la mentira de Auschwitz «simple»: la supresión del elemento adicional de ataque a la dignidad humana no permite que, por ejemplo, la negación del holocausto nacionalsocialista, se considere *Volksverhetzung* del párrafo 1, núm. 1. Para ello seguirá siendo necesario una identificación con la ideología nacionalsocialista, la cual ya integra las conductas del núm. 1 y, también, un ataque a la dignidad humana aunque no lo exija el precepto formalmente. El problema probatorio material permanecerá igual, decayendo únicamente el requisito de ataque a la dignidad humana desde un punto de vista formal.

B) La incitación mediante escritos (antiguo parágrafo 131 y actual párrafo 2 del parágrafo 130).

El párrafo 2, por el contrario, supone un cambio material de relevancia: como el propio legislador indica (185), constituye el punto esencial de la modificación (186). En cualquier caso, la integración de la conducta de incitación al odio racial del antiguo parágrafo 131 en el nuevo parágrafo 130-II no hace sino dar cumplimiento a las previsiones del legislador que introdujo el parágrafo 131 en 1973 (187).

En primer lugar se produce una ampliación del círculo de personas que entran dentro del ámbito de protección de la norma (188). En efecto, el contenido de los escritos está integrado por el mismo tipo de conductas que se describen en el párrafo 1 (incitar al odio, exigir medidas, insultar, menospreciar maliciosamente y calumniar); e incluso en este segundo párrafo también se diferencian las dos primeras conductas (del núm. 1, párrafo 1), de la tercera (del núm. 2, párrafo 1), en que sólo en esta última se exige el requisito adicional del ataque a la dignidad humana de otro.

(185) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 24.

(186) Con todo, téngase en cuenta que tal afirmación se realiza en el contexto del proyecto gubernamental de febrero de 1994, esto es, cuando todavía no se había introducido el párrafo 3 en relación a la negación del holocausto nacionalsocialista.

(187) *Vid.*, por todos: VON BUBNOFF, *LK*, 10. Auflage, parágrafo 131, *Entstehungsgeschichte*, y núm. 17, en donde se afirma que desde el punto de vista material la conducta de «incitar al odio racial» pertenece al parágrafo 130 al cual complementa. Además, se añade que la transformación del ámbito de protección —posiblemente en el sentido de una ampliación—, así como su definitiva incardinación sistemática fueron cuestiones que se dejaron expresamente planteadas como preguntas no definitivamente resueltas de cara a una posterior reforma. *Vid.* también CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 6853*, p. 24.

La VBG ha llevado a cabo el proceso final iniciado en 1973.

(188) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 24.

En consecuencia viene a ser, en principio, una forma específica de comisión de las conductas descritas en el párrafo 1: esto es, mediante escritos que se difunden, se exponen públicamente, etc. [párrafo 2: conductas a) a la d)]. No obstante, hasta aquí llegan las similitudes. Y es que, a diferencia del párrafo 1, las tres conductas citadas que deben integrar el contenido de los escritos no tienen por qué estar dirigidas únicamente contra «parte de la población»: pueden estarlo, además, contra «un grupo nacional, racial, religioso o étnico». En consecuencia, en el caso del párrafo 2 caben conductas típicas dirigidas contra grupos de población no nacional, a diferencia del párrafo 1 en que únicamente caben como destinatarios de las conductas la población nacional (*Teile der Bevölkerung*) (189).

Corroboración de la ampliación del ámbito de protección a grupos que no tienen por qué vivir en Alemania el hecho de que en el párrafo 2 –a diferencia del párrafo 1– no se exige el requisito de la adecuación de la conducta para perturbar la paz pública. Así lo entiende el legislador, quien añade que, de esta forma, el párrafo 2 mantiene el ámbito de protección que ya tenía el anterior párrafo 131 del que procede (190). No obstante, es preciso introducir una matización a la afirmación de la fundamentación del proyecto gubernamental que se conecta con la transformación del anterior término *Rassenhaß* del antiguo párrafo 131.

En el párrafo 131 anterior a la *VBG*, una de las conductas típicas era la «incitación al odio racial» también mediante escritos: en concreto se utilizaba la expresión *Rassenhaß*. Tal y como señala Partsch, el párrafo 131, al utilizar dicha expresión, se diferenciaba del párrafo 130 anterior a la *VBG* en la medida en que podían ser objeto de protección todos los miembros de razas extranjeras sin tener que atenderse a su nacionalidad ni a su lugar de residencia. Pero esto no era así en la práctica: se producían problemas con el término «raza», de suerte que se desembocaba en una interpretación restrictiva del mismo, lo que conducía, en la práctica, a que se considerara como destinatarios de protección únicamente a los judíos, a los gitanos y a personas de otro color de piel diferente al blanco (191). Estos problemas de la estricta interpretación del término raza son tomados en cuenta en la *VBG*, por lo que el legislador opta conscientemente por la fórmula usada en el párrafo 220a (Genocidio) de «grupo racial, nacional, religioso o étnico». De esta manera, se dice expresamente, se pretende huir del universo de conceptos de la ideología de razas que no dispone de un concepto de raza científico y delimitable con precisión (192). De esta

(189) Vid. por todos DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, párrafo 130, núm. 9; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, párrafo 130, núm. 10.

(190) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 24.

(191) PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 431.

(192) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 24. En la misma línea KÖNIG/SEITZ, *Die straf...*, p. 3, señala que la sustitución del término *Rassenhaß* lleva consigo una ampliación y apunta a eliminar problemas de interpretación.

forma la inclusión de la conducta de incitación al odio racial, que sólo teóricamente se proyectaba sobre grupos nacionales y residentes en Alemania o de fuera de ella, se depura de problemas de interpretación para que efectivamente ejerza su amplio ámbito de protección.

Partsch valora positivamente la ampliación por entender que de esta forma se ajusta de manera más precisa la normativa vigente alemana a las obligaciones internacionales derivadas, principalmente, de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965. Y es que, a juicio de Partsch, en la citada Convención no se restringe el ámbito de protección a la población nacional. De esta forma quedarían superadas parcialmente las críticas del mismo autor con respecto al anterior párrafo 130 por la falta de protección para nacionales o extranjeros con residencia en el extranjero o turistas que residen de manera transitoria en Alemania, así como otros visitantes y solicitantes de asilo que no han recibido el correspondiente permiso de residencia (193).

Por último el nuevo párrafo 2 eleva la pena con respecto al anterior párrafo 131 –que sólo contemplaba un año o multa– hasta 3 años de cárcel o multa (194). Sin embargo, la pena prevista es inferior a la del párrafo 1 (hasta cinco años de pena privativa de libertad), lo que es criticado en cuanto que a pesar de que el párrafo 2 amplíe el ámbito de protección a grupos que no tienen por qué ser parte de la población, lo cierto es que no debería ser posible que conductas que corresponden al párrafo 1, si se realizan mediante escritos, se penen según el párrafo 2 con menor castigo. No se comprende, en consecuencia, por qué la misma conducta pero llevada a cabo mediante escritos –y no oralmente, por ejemplo– debe ser menos penada, máxime cuando, por ejemplo, en el caso de la regulación de injurias, precisamente la realización de la conducta típica por escrito conlleva cualificaciones de pena (195).

Pero la referencia crítica a la diferencia de pena entre ambos párrafos no es la única deficiencia que se señala al nuevo párrafo 2. König/Seitz entienden que se trata de un redacción que buscaba claramente evitar al máximo cualquier laguna de punibilidad. No obstante, en referencia a la toma de postura del *Generalbundesanwalt* (Fiscal general federal), Nehm, en la Comisión jurídica, se manifiestan críticos ante la ampliación del ámbito de protección del nuevo párrafo 2 (196). La protección penal de grupos que viven exclusivamente en el extranjero no sería estrictamente necesaria para proteger la paz pública y, además, conllevaría serios pro-

(193) PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, pp. 430 ss.; 433 y 436. *Vid.* también apartado 3.1.1.

(194) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 24.

(195) PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 433.

(196) KÖNIG/SEITZ, *Die straf-*..., p. 3 y su pie de página 28.

blemas jurídicos y prácticos para la normativa alemana en las labores de investigación (197).

Por otra parte se señala que, a pesar de la voluntad del legislador de integrar en el nuevo párrafo 130 un tipo general antidiscriminación, el análisis realizado de los párrafos 1 y 2 muestra con claridad su falta de homogeneidad. Aunque formalmente el párrafo 1 y el 2 se integren en el mismo párrafo, se trata de diferentes tipos delictivos en la medida en que dependen de diferentes presupuestos (así el requisito de la adecuación de la conducta para perturbar la paz pública o la diferencia de ámbito personal de protección a otros grupos diferentes de la «parte de población», etc.), y tienen distinta pena. Los tribunales, en conclusión, a la hora de la aplicación de los nuevos párrafos 1 y 2 del párrafo 130, van a tener que hacer frente a las mismas dificultades que han tenido hasta ahora con los antiguos párrafos 130 y 131. Además no se entiende que la ampliación del ámbito de protección del párrafo 2 no se haya extendido también al párrafo 1, con lo que se considera sólo parcialmente superada la crítica de deficiencia de protección en el ámbito personal con respecto a las obligaciones internacionales en la materia (198).

Para finalizar el análisis del párrafo 2 sólo resta añadir que a diferencia del anterior párrafo 131 se ha suprimido en la letra *d*) la anterior referencia al «ámbito de vigencia de esta ley» que, tal y como señalamos, ha perdido su sentido tras la reunificación de Alemania (199).

C) La nueva incriminación de la mentira de Auschwitz (párrafo 3 y 4 del párrafo 130).

Tal y como señalamos anteriormente (200), el párrafo 3 fue introducido por la Comisión jurídica. Es importante también recordar el contexto político-social en que se produce la introducción de dicha norma en el proceso legislativo de la *VBG*. El 13 de noviembre de 1992 es condenado por el correspondiente tribunal (*Landgericht*) de Mannheim el presidente del NPD (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands*) (201). Los hechos por los que fue condenado correspondían a la negación del holocausto judío desde la ideología del «revisiónismo». La sentencia es suspendida por el BGH (*Bundesgerichtshof*) el 15 de marzo de 1994 (202). La reper-

(197) NEHM, Generalbundesanwalt, «Protokoll der 120. Sitzung des Rechtsausschusses und der 93. Sitzung des Innenausschusses» en *Protokolle Deutscher Bundestag Rechtsausschuß*, 12. W.P., Nr. 120, p. 135.

(198) PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, pp. 433 y 436.

(199) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 24. Ver también pie de página 169 con referencia al párrafo 86a.

(200) *Vid.* apartado 4.2.

(201) Partido de tendencia de extrema derecha. *Vid.*, BUNDESMINISTERIUM DES INNEREN, *Verfassungsschutzbericht*, 1994, p. 129.

(202) *NJW*, 1994, p. 1421.

cusión social y política de este proceso determinó que ya el 27 de abril de 1994, el grupo de los verdes (*Gruppe Bündnis 90/Die Grünen*) presentara un proyecto de ley para incriminar la negación del holocausto nacionalsocialista (203). Tras la primera suspensión hubo otro fallo del mismo tribunal (*Landgericht de Mannheim*) de 22 de junio de 1994 que causó un verdadero escándalo nacional e internacional por la fundamentación utilizada en la medición de la pena (204), que volvió a ser suspendido por el *Bundesgerichtshof* el 15 de diciembre de 1994 (205).

En cualquier caso, lo que nos interesa destacar es la importancia del caso y la enorme presión política que desencadenó, la cual, si ya era considerable al tiempo de la primera suspensión del BGH, aumentó todavía más en junio de 1994 con el segundo fallo del tribunal de Mannheim. Se ha de tener en cuenta que precisamente el 10 de junio rechaza el *Bundesrat* el proyecto de ley de la *VBG* y se abre la fase de la convocatoria de la Comisión de negociación (206). No deja de haber, por otra parte, cierto paralelismo con los acontecimientos en torno a la 6. *StAG* con el llamado «caso Nieland» (207). En consecuencia, no es de extrañar que König/Seitz se refieran al «caso Deckert» como desencadenante de la introducción del párrafo 3 (y 4) en el nuevo párrafo 130 (208), en la misma línea que Beisel (209) o Frommel (210).

El párrafo 3 presenta la siguiente estructura típica: se incriminan tres verbos en forma alternativa (aprobar, negar o banalizar) referidos a una conducta. Esta conducta debe ser una de las cometidas bajo el régimen nacionalsocialista, y dentro de ese conjunto de conductas debe ser «de las de la clase» de las señaladas en el delito de genocidio (párrafo 220a, párrafo 1). Con la referencia al 220a se busca delimitar con precisión la conducta del genocidio nacionalsocialista. No obstante se introduce la formulación «de las de la clase» (*der in § 220a Abs.1 bezeichneten Art*) para

(203) GRUPPE BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, *BTDr 12/7421*, p. 1, en la que se señala literalmente: «La sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal) de 15 de marzo de 1994 –1 StR 179/93– ha vuelto a poner de manifiesto que la protección penal frente a la negación o aprobación pública de la eliminación sistemática de los judíos en el III Reich no es suficiente [...]».

(204) *NJW*, 1994, 2494. *Vid.* también DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, párrafo 130, núm. 20a; FROMMEL, *Fremdenfeindliche Gewalt...*, pp. 323, 324, y 334.

(205) *NJW*, 1995, p. 340.

(206) *Vid.* apartado 4.2.

(207) Un supuesto de agitación antisemita que provocó un fuerte escándalo a raíz de su insatisfactorio tratamiento judicial y que según KRONE: *Die Volksverhetzung...*, pp. 27 ss., constituyó el desencadenante de la presentación al BUNDESRAT por el gobierno de un proyecto contra el *Volksverhetzung* el 21 de enero de 1959.

(208) KÖNIG/SEITZ, *Die straf...*, p. 3.

(209) BEISEL, *Die Strafbarkeit...*, p. 998.

(210) FROMMEL, *Fremdenfeindliche Gewalt...*, p. 324.

evitar que la circunstancia de que el delito de genocidio entró en vigor en la República Federal Alemana el 22 de mayo de 1955, impidiera incriminar el genocidio nacionalsocialista que se cometió con anterioridad a tal fecha y que por ello no constituiría genocidio en el sentido del citado 220a (211).

En la conducta no se exige el requisito adicional de constituir un ataque a la dignidad humana. Sin embargo, la conducta presenta una doble limitación: se ha de cometer públicamente o en una reunión y ha de ser adecuada para perturbar la paz pública (212). En relación a este último requisito, afirma el legislador de forma indirecta (213) que, en cuanto que el párrafo 3 busca evitar el «envenenamiento del clima político» (*Vergiftung des politischen Klimas*) mediante la banalización del régimen arbitrario y violento nacionalsocialista, se precisa que la conducta sea adecuada para perturbar la paz pública (214). Desde este punto de vista es necesario señalar la crítica doctrinal al respecto, que se conecta con la crítica global al precepto del párrafo 3 y con los peligros que puede entrañar ya señalados, en parte, al reflejar la discusión referida a esta cuestión en el marco de la 21. StÄG (215). De nuevo no será posible entrar con profundidad en la problemática compleja del bien jurídico protegido y buscaremos, más bien, señalar la panorámica crítica ante el precepto a estudio.

Lackner/Kühl niegan categóricamente que, al hilo de la mención legislativa señalada, el interés general consistente en evitar el envenenamiento del clima político pueda añadir ningún tipo de legitimación al párrafo 3 del parágrafo 130. Y, añade, en la valoración general que hace de este párrafo 3 lo siguiente:

«[...] Aun cuando la reacción [del legislador] se corresponda con la opinión pública y con una tendencia internacional a incriminar la “mentira de Auschwitz”, la legitimidad del precepto es cuando menos dudosa; se puede

(211) RECHTSAUSSCHUB, *BT-Dr 12/8588*, p. 8.

(212) PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 434, límites ante los que el autor se posiciona críticamente.

(213) En cuanto que se refiere en concreto a la justificación de la no incriminación de la conducta de «recompensar». RECHTSAUSSCHUB, *BT-Dr 12/8588*, p. 8. Para una adecuada comprensión de la argumentación del informe de la Comisión jurídica conviene saber que el parágrafo 140, que incrimina la recompensa y la aprobación de hechos delictivos, no exige para esta conducta típica de recompensar (frente a la de «aprobar») la adecuación para perturbar la paz pública.

(214) RECHTSAUSSCHUB, *BT-Dr 12/8588*, p. 8, añadiendo que en los supuestos en que no se dé dicha adecuación se podrá aplicar –como hasta el momento– la normativa de las injurias (parágrafo 185 ss.).

El legislador vuelve a afirmar que la negación «simple» del holocausto constituye una injuria a la luz de la normativa vigente. *Vid.* pie de página 94.

En realidad, se refiere aquí el legislador a la que podría llamarse «mentira simplísima», pues ni siquiera se precisa la adecuación para perturbar la paz pública. La mentira simple, sin embargo, no precisa constituir además un ataque a la dignidad humana de otro (mentira cualificada), pero sí la adecuación para perturbar la paz pública.

(215) *Vid.* apartado 3.2. En especial el 3.2.3.

[kann] dudar si una mentira es un injusto merecedor de pena, se debe [muß] dudar que se pueda considerar la pura negación de un hecho histórico sin carácter agitador como "Incitación a la población" (*Volksverhetzung*)» (216).

Dreher/Tröndle conecta la crítica a este párrafo 3 con la de la regulación de la 21. StÄG. Entiende el autor que el inmaduro parágrafo 194 se ha mostrado como insuficiente, pero que tal defecto no cabe ser subsanado mediante una reducción del ámbito personal del precepto únicamente al conjunto de víctimas objeto de persecución durante el régimen violento nacionalsocialista. Si se quiere evitar el reproche de constituir una regulación *ad hoc*, se debería dirigir la norma penal no sólo contra el fenómeno denegación del holocausto nazi sino contra todos aquellos holocaustos de regímenes violentos y arbitrarios sin exclusión (como, por ejemplo, el caso de las matanzas en tiempos de Stalin) (217). Esta posición crítica apunta, sin embargo, en dirección opuesta a la señalada por Lenckner con respecto al parágrafo 194. Coincide con Dreher/Tröndle en la valoración general del parágrafo 194 en el sentido de que entiende que provocará más problemas que los que pueda evitar. Desde el punto de vista político-criminal, sin embargo, pone precisamente en tela de juicio una regulación que incorpora a regímenes arbitrarios y violentos de todo el mundo. Concluye afirmando que los tribunales se verán desbordados ante el problema probatorio, sobre todo de hechos históricos (218).

A juicio de Dahs, el párrafo 3 permitirá facilitar la aplicación de la ley en punto a la «mentira de Auschwitz», precisamente convirtiendo en irrelevante la diferenciación entre mentira de Auschwitz simple y cualificada. Tal diferenciación es tachada por el autor como delimitación cuasi-inaplicable desde el punto de vista jurídico y moral (219). Frommel coincide en tal apreciación afirmando que dicha distinción es criticada por la opinión pública y no es comprensible desde un punto de vista dogmático. Precisamente en relación al «caso Deckert» entiende que la diferenciación escolástica de la Jurisprudencia entre una mentira de Auschwitz simple y cualificada ha dejado de resultar evidente. Por último, el autor muestra también sus recelos al requisito adicional de la adecuación para perturbar la paz pública de la conducta del párrafo 3 en cuanto que considera que de una interpretación restrictiva del mismo podría derivarse la impunidad de las conductas que se busca incriminar. Dicho recelo lo fundamenta en el

(216) LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 21. Auflage, parágrafo 130, núm. 1 y 8a.

(217) DREHER/TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, parágrafo 130, núm. 18. En la misma línea: BEISEL, *Die Strafbarkeit...*, p. 1000.

(218) LENCKNER, *Kommentar*, 24. Auflage, parágrafo 194, núm. 1. En la misma línea de apuntar los peligros probatorios que se pueden derivar de la extensión del ámbito punible a grupos no residentes en Alemania, pero con referencia al nuevo parágrafo 130-II, *vid.* NEHM en pie de página 197.

(219) DAHS, *Das Verbrechensbekämpfungsgesetz...*, p. 554.

dato de que la mayoría de los sobreseimientos se producen precisamente por la falta de adecuación (220).

König/Seitz contemplan la aprobación de este precepto dentro del contexto del «caso Deckert»: entienden que las acaloradas discusiones que produjo desembocaron en la valoración general según la cual las graves objeciones que contra un precepto de esta naturaleza se manifestaron en el curso de la discusión de la 21. StÄG no eran ya decisivas. Por otra parte mantienen una posición favorable con respecto a la efectividad del párrafo 194, de suerte que no cabe, a su juicio, hablar en nuestro caso de una laguna de punibilidad que estaba cubierta correctamente por la solución procesal de la 21. StÄG. La introducción de los párrafos 3 y 4 del párrafo 130 constituyen sin duda un símbolo (221).

Estos autores entienden, a modo de conclusión, que ante la problemática del nuevo párrafo 130-III nos encontramos frente a un enrejado de preceptos que se superponen parcialmente entre sí (222). Y señalan la crítica fundamental en la extraordinaria amplitud del precepto debido a la utilización de los verbos negar y banalizar. La puesta en tela de juicio de un solo hecho histórico o la mención de una cifra de forma incorrecta (banalización cuantitativa) bastan, en principio, para integrar el tipo, sin que sea necesario que el autor haya querido alabar el holocausto e incluso aunque lo proclame como detestable. A juicio de König/Seitz, la correspondiente interpretación del elemento de la «adecuación para perturbar la paz pública» mostrará la practicabilidad del mismo para dejar fuera del tipo las conductas no merecedoras de castigo. Pero, en tono pesimista, añaden que precisamente tal elemento es extraordinariamente dependiente de los movimientos históricos (223). Esta línea crítica constituye, a nuestro juicio la objeción más seria y preocupante de este precepto como a continuación se va a comprobar del breve análisis de la crítica de Beisel.

También Beisel considera que se producirán problemas en la práctica a la hora de interpretar los verbos típicos: aprobar, negar y banalizar. Más aún, señala las diferencias que pueden surgir en la práctica entre la negación y la mera «puesta en cuestión» (*in Frage stellen*), afirmando que esta última conducta no integraría el tipo (224). Ahora bien, a su juicio, existen dos objeciones fundamentales en referencia al verbo «negar». En primer lugar, entiende que al haber resultado inculpada la mentira simple

(220) FROMMEL, *Fremdenfeindliche Gewalt...*, pp. 322 y 334 ss.

(221) KÖNIG/SEITZ, *Die straf-...*, p. 3.

(222) La misma realidad de la negación del holocausto según las circunstancias concretas integrará la mentira cualificada, la mentira simple o la pura injuria (mentira «simplísima»). KÖNIG/SEITZ, *Die straf-...*, p. 3. Con razón habla FROMMEL, *Fremdenfeindliche Gewalt...*, p. 335, de una red jurídica de conceptos «horrorosa» (*ein furchtbares juristisches Begriffsnetz*).

(223) KÖNIG/SEITZ, *Die straf-...*, p. 3.

(224) BEISEL, *Die Strafbarkeit...*, pp. 999 y 1000.

en el párrafo 130-III se ha ampliado la protección de la paz pública en exceso: su argumentación gira principalmente en torno a considerar que la supresión del requisito adicional del «ataque a la dignidad humana del otro» elimina la conexión de la conducta con el bien jurídico «paz pública». En concreto, en línea con lo afirmado por Lackner/Kühl (225), niega la fuerza del argumento de que con la negación o disimulo del hecho del holocausto judío se produzca una conducta adecuada para debilitar la conciencia jurídica de la población; a su juicio, cualquier delito o falta se dirige precisamente a ese objetivo de protección (226).

En segundo lugar, Beisel se refiere al peligro de que el tipo en cuestión integre un delito de pensamiento. Desde el hilo argumental de la libertad de expresión afirma que el párrafo 130-III constituye un eslabón más de la cadena de incriminaciones de la actitud interna (*Gesinnung*) (227). De esta manera se conecta su indicación con lo señalado por Köhler con respecto a la 21. *StAG* (228). Por último, añade el autor en la misma línea, que la negación del holocausto en su regulación del párrafo 130-III, desde un punto de vista político-criminal, puede suponer de cara al futuro una situación de secretismo y tabuización en torno a este tema que conduzca, precisamente, a lo contrario de lo que persigue: esto es, a una puesta en cuestión del holocausto (el autor habla de que «el tiro salga por la culata») precisamente por la imposibilidad de su abierta discusión. Concluye afirmando que tal normativa supone un intento de reparación retardada impregnada en parte de excesos moralizantes (229).

D) La cláusula de adecuación social (párrafo 5 del párrafo 130).

Sólo resta añadir, para finalizar el análisis del párrafo 130, una brevísimas referencia al párrafo 5. En el último apartado del párrafo 130 se señala la aplicabilidad del párrafo 86-III. En él se contiene la llamada cláusula de adecuación social según la cual en el supuesto de las conductas del párrafo 2 (escritos), así como en su relación con el párrafo 4 (escritos con el contenido específico del párrafo 3) y del párrafo 3, no se castigará la correspondiente conducta cuando ésta sirva a la instrucción ciudadana, a la defensa frente a aspiraciones anticonstitucionales, al arte o a la ciencia, a la investigación o a la enseñanza, a la información de acontecimientos de actualidad o históricos o fines similares. Con ello se sustituye la anterior referencia del antiguo párrafo 131 a los «fines de información sobre acontecimientos de actualidad o históricos» (el llama-

(225) *Vid.* pie de página 216.

(226) BEISEL: «Die Strafbarkeit...», p. 1000.

(227) BEISEL: «Die Strafbarkeit...», p. 1000.

(228) KÖHLER: «Zur Frage...», pp. 2389 ss.

(229) BEISEL: «Die Strafbarkeit...», p. 1001.

do privilegio de información –*Berichterstatterprivileg*–) por un catálogo más amplio (230).

5. REFLEXIONES FINALES

Tal y como indicábamos en la introducción, el objetivo de este estudio consistía principalmente en reflejar la discusión, logros y problemas de la normativa alemana en la materia. Para finalizar interesa realizar alguna reflexión comparativa entre dicha normativa alemana y la línea político-criminal iniciada por la LO 4/1995 e igualmente presente en el Código Penal de 1995.

1. Al comienzo de este trabajo señalábamos el carácter central del tipo de incitación a la población (parágrafo 130) y justificábamos *a priori* su análisis preferente frente al resto de normativa antinacional-socialista (231). Efectivamente ya en 1960 la reforma de la 6. *StÄG* tuvo como eje central la introducción del parágrafo 130; 25 años más tarde la 21. *StÄG* (1985) vino precedida por una larga discusión en torno a la mentira de Auschwitz (*Auschwitzlüge*) y aunque finalizó con la introducción de una «solución procesal» vía parágrafo 194, lo fue como alternativa a una reforma en la línea del contenido material del parágrafo 130; finalmente en 1994 la *VBG* basa su estrategia antixenófoba principalmente en el «nuevo tipo general anti discriminación» del parágrafo 130 (232). En consecuencia cabe concluir que de la amplia normativa anti nacional-socialista, el parágrafo 130 y sus modificaciones constituyen el eje central de discusión y el instrumento penal cuya reforma despierta mayores enfrentamientos (233).

En contraste con las largas y acaloradas discusiones con respecto a este tipo de *Volksverhetzung* en Alemania, sorprende, desde la perspectiva del legislador español de la nueva LO 4/1995 y del Código Penal de 1995, en primer lugar la ausencia de una discusión en profundidad o simplemente la ausencia de un debate social sobre la forma concreta de incriminar este tipo de conductas.

(230) CDU/CSU y FDP, *BT-Dr 12/6853*, p. 24. PARTSCH, *Neue Maßnahmen...*, p. 434, señala el carácter «limitador» que dicha cláusula puede suponer desde el punto de vista de que recorta, a su vez, los límites posibles a la libertad de expresión señalados en el párrafo 2 del artículo 5 de la Ley Fundamental.

No conviene tampoco dejar pasar desapercibido el juego que esta cláusula puede dar de cara a evitar una excesiva amplitud del ámbito de protección, en especial, del párrafo 3 del parágrafo 130. KÖNIG/SEITZ, *Die straf-...*, p. 3.

(231) *Vid.* pie de página 39.

(232) *Vid.* apartados 3.1., 3.2. y 4.3.

(233) Aunque en la tres reformas analizadas siempre se modifica el parágrafo 86a, éste no resulta polémico. Ver apartados 3.1.2., 3.2.2. y 4.3.1.

En segundo lugar, y en concreto en referencia a la agravante genérica por motivos racistas (Código Penal de 1995), conviene llamar la atención sobre el hecho de que en Alemania ni siquiera se ha planteado la cuestión sobre la procedencia de una normativa que recoja de forma específica los delitos violentos por motivos racistas a lo largo de su larga historia legislativa y de su experiencia en la materia, centrándose los esfuerzos en el tipo de incitación a la población. El legislador español del Código Penal de 1995 ha introducido una agravante genérica para el supuesto de que cualquier delito sea cometido por motivos racistas o antisemitas, etc. El legislador alemán, insistimos, ni se plantea la cuestión y resuelve, en el marco de la *VBG*, una elevación de las penas correspondientes a los delitos de lesiones precisamente debido al incremento de delitos violentos contra extranjeros (234) dentro de la regulación general de estos delitos y sin plantearse especificidad alguna de los delitos de lesiones xenófobos. Esto abre un primer campo de reflexión que nos lleva a preguntarnos por las poderosas razones, no esgrimidas en un previo debate social abierto, que se nos ocultan y que han llevado al legislador español a decidirse por la agravante genérica para endurecer la pena en los supuestos de comisión de cualquier delito, también, por ejemplo, los de lesiones, cuando concurren razones racistas o xenófobas.

2. En las tres reformas analizadas (6. *StÄG* de 1960, 21. *StÄG* de 1985 y *VBG* de 1994) cabe establecer ciertos paralelismos en cuanto a las coordenadas político-sociales: en las tres se constata, por un lado, la existencia de olas de antisemitismo (235) y xenofobia y, por otro lado, también se produce una «conversión» de los acontecimientos xenófobos en elevadas, extraordinarias, cotas de presión política en los procesos legislativos correspondientes (236).

2.1 De esta doble constatación es positivo, a nuestro juicio, el hecho de que exista una «atención» del legislador alemán a la realidad sociológica sobre la que se pretende proyectar la normativa que se debate: la existencia de olas antisemitas, la proliferación de negaciones del holocausto, el aumento de material de propaganda nacionalsocialista, etc., causan alarma e interrogan al legislador por lo que éste intenta responder.

Desde la perspectiva del legislador español cabría plantear la cuestión de a qué realidades concretas pretende hacerse frente con la nueva —y

(234) *Vid.* pie de página 142.

(235) *Vid.* pies de página 40, 72 y apartado 4.1.

(236) En ocasiones por supuestos xenófobos preocupantes como sucede en los casos *Nieland* o *Deckert* (*vid.* pie de página 207 y apartado 4.3.2.c). A veces por acontecimientos extrínsecos, a tal realidad como la fecha de la capitulación de Alemania el 8 de mayo en la 21. *StÄG* (*vid.* pie de página 75) o las elecciones al *Bundestag* en el caso de la *VGB* (*vid.* pie de página 140).

amplísima— normativa española. ¿Se ha tomado en cuenta la realidad española o se ha actuado por mimetismo con respecto a propuestas a nivel europeo? ¿Por qué se hace una referencia expresa al antisemitismo como una forma específica de racismo y no, por ejemplo, al antigitanismo? He aquí otra clave de reflexión orientada a la necesidad de revisar la adecuación de la normativa a la realidad española.

Conviene además añadir que un problema como el del racismo no puede abordarse únicamente desde la perspectiva penal con decisiones tan generales como la mera referencia a «provocar a la discriminación» a que alude el artículo 165 *ter* de la LO 4/1995 o el artículo 510 del Código Penal de 1995. Estimamos que es absolutamente indispensable precisar al máximo el tipo conforme al principio de determinación penal, huyendo de términos genéricos como «discriminación» para lo cual será, sin duda, indispensable determinar con claridad contra qué tipo de racismo y de conductas racistas se quiere dirigir la normativa penal a partir de la propia realidad xenófoba española.

En esta línea, merece una valoración parcialmente positiva el esfuerzo del legislador alemán por introducir elementos normativos que recorren el tipo y restrinjan la intervención penal a las conductas más graves. Hemos sido testigos a lo largo de estas páginas de las vidriosas y complicadas discusiones jurídicas en torno, principalmente, a elementos que limiten el ámbito de protección de la norma (como «ataque a la dignidad humana», etc.), que si bien adolecen de una complejidad excesiva, muestran la preocupación de los autores alemanes por limitar la incriminación conscientes del terreno lindante con los delitos de opinión en el que se mueven. Por encima de lo acertado de la utilización de, por ejemplo, un término en concreto como «la dignidad de la persona» (*Menschenwürde*) o de otros elementos limitadores, es esencial plantear el debate en esta materia desde el peligro de la incriminación de la actitud interna (*Gesinnung*), desde la perspectiva de los delitos de pensamiento. Y para ello, desde el punto de vista español, será imprescindible, insistimos, delimitar conductas mucho más concretas y que atiendan a la realidad española o, en su caso, realizar una interpretación restrictiva de los tipos penales correspondientes para lograr la vigencia del principio del hecho.

2.2 Por supuesto no merece la misma valoración positiva la sujeción de los procesos legislativos a presiones políticas ajenas a la lógica interna de los problemas debatidos. El análisis histórico de la normativa alemana ha puesto de manifiesto la «elevada temperatura» política que provoca la materia a estudio que se traduce en una dependencia excesiva de los acontecimientos políticos en la normativa que se aprueba. Es notoria la tendencia a legislar simbólicamente en función de acontecimientos políticos esporádicos. Este hecho contrasta con la valoración positiva anteriormente mencionada y explica la crítica de la doctrina alemana sobre la mayoría de las modificaciones en torno a los párrafos 194 y 130, en especial, la crítica referente a la «mentira de Auschwitz» (*Auschwitzlüge*).

Cabría preguntarse, desde la perspectiva española, el papel que la presión política o que la búsqueda de efectos puramente simbólicos ha podido jugar en el proceso legislativo de la LO 4/1995 y en el nuevo Código Penal de 1995. La respuesta a esta cuestión excede las pretensiones de este estudio, más en la línea de provocar a la reflexión desde la descripción de la experiencia alemana que de dar respuestas definitivas. En cualquier caso, queda también esta cuestión como campo de reflexión central en el futuro de esta problemática.

Con la presente contribución quisiéramos haber realizado una introducción a la problemática que presenta el fenómeno del racismo y la xenofobia desde la óptica concreta del ámbito del derecho penal material. Hemos pretendido dar un reflejo sobre todo de los problemas de racismo y xenofobia en Alemania, de cómo se pretenden combatir y de los riesgos que el uso de determinados instrumentos penales trae consigo. Los peligros del fenómeno racista pueden dar lugar a situaciones políticas de funestas consecuencias para grupos numerosos de población y quizá, precisamente por la magnitud de tal peligro, se trata de una materia que despierta reacciones emotivas, también en el legislador. Por ello desearíamos finalizar insistiendo de nuevo en la necesidad de «despolitizar» esta materia en el sentido de que la conexión directa del racismo con sensibilidades políticas no permita levantar las cautelas naturales en un Estado social y democrático de Derecho de cara a limitar el uso del monopolio de la violencia estatal y, de esta manera, no se prive a la materia de la necesaria reflexión sobre la legitimidad de los instrumentos –también penales– para su lucha.

ABREVIATURAS UTILIZADAS

<i>BGBI:</i>	<i>Bundesgesetzblatt</i> (Boletín Oficial Alemán; citado por año, tomo y página).
<i>BGH:</i>	<i>Bundesgerichtshof</i> (Tribunal Supremo Federal).
<i>BOE:</i>	Boletín Oficial del Estado.
<i>BT:</i>	<i>Besonderer Teil</i> (Parte especial).
<i>BT-Dr:</i>	<i>Bundestag Drucksache</i> (Impresos del <i>Bundestag</i> ; citados por legislatura y número correlativo).
<i>EuGRZ:</i>	<i>Europäische Grundrechte Zeitschrift</i> .
<i>GA:</i>	<i>Goldammers Archiv für Strafrecht</i> .
<i>GJG:</i>	<i>Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften</i> .
<i>JZ:</i>	<i>Juristenzeitung</i> .
<i>KJ:</i>	<i>Kritische Justiz</i> .
<i>LK:</i>	<i>Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar</i> .
<i>LO 4/1995:</i>	Ley Orgánica 4/1995, de 11 de mayo (<i>BOE</i> núm. 113, de 12 de mayo).
<i>NJW:</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i> .
<i>NSDAP:</i>	<i>Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei</i> (Partido Nacionalsocialista).

- NSiZ: *Neue Zeitschrift für Strafrecht.*
 SK-StGB: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.*
 StGB: *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán).
 VBG: *Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. Oktober 1994* (Ley de lucha contra la criminalidad de 28 de octubre de 1994).
 ZRP: *Zeitschrift für Rechtspolitik.*
 6. StÄG: *6. Strafrechtsänderungsgesetz vom 30. Juni 1960* (6.^a Ley de modificación del Código Penal alemán de 30 de junio de 1960).
 8. StÄG: *8. Strafrechtsänderungsgesetz vom 25. Juni 1968* (8.^a Ley de modificación del Código Penal alemán de 25 de junio de 1968).
 21. StÄG: *21. Strafrechtsänderungsgesetz vom 13. Juni 1985* (21.^a Ley de modificación del Código Penal alemán de 13 de junio de 1985).

BIBLIOGRAFÍA

- BEISEL, Daniel, «Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge», en *NJW*, 1995, pp. 997-1001.
 BUNDESMINISTER DES INNERN, *Verfassungsschutzbericht*, 1991, Bonn, august, 1992.
 BUNDESMINISTERIUM DES INNERN, *Verfassungsschutzbericht*, 1992, Bonn, august, 1993.
 Del mismo, *Verfassungsschutzbericht*, 1993, Bonn, juni, 1994.
 Del mismo, *Verfassungsschutzbericht*, 1994, Bonn, juli, 1995.
 BUNDESRAT, *Gesetzentwurf des Bundesrates. Entwurf eines... Strafrechtsänderungsgesetzes (...StrÄndG)*, 29.04.93. BT-Dr 12/4825.
 BUNDESREGIERUNG: *Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines einundzwanzigsten Strafrechtsänderungsgesetzes (21. StrÄndG)*, 11.04.84. BT-Dr 10/1286.
 CDU/CSU y FDP, *Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozeßordnung und anderer Gesetze (Verbrechensbekämpfungsgesetz)*, 18.02.94. BT-Dr 12/6853.
 CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*. V Legislatura. Serie B: Propositiones de Ley, 17 de octubre de 1994, núm. 52-7, enmiendas.
 DAHS, Hans, «Das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 -ein Produkt des Superwahljahres», en *NJW*, 1995, pp. 553-557.
 DE LUCAS, Javier, «El racismo como coartada», en *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados*, Colección solidaridad 6, Madrid, 1994, pp. 22 ss.
 DREHER, Eduard/TRÖNDLE, Herbert, *Strafgesetzbuch*, 43. Auflage, München, 1986.
 Del mismo, *Strafgesetzbuch*, 46. Auflage, München, 1993.
 Del mismo, *Strafgesetzbuch*, 47. Auflage, München, 1995.
 ESCHEN, Klaus, «Das 21. Strafrechtsänderungsgesetz-eine stumpfe Waffe gegen den Rechtsradikalismus», en *ZRP*, 1983, pp. 10-12.
 FROMMEL, Monika, «Fremdenfeindliche Gewalt, Polizei und Strafjustiz», en *KJ*, 1994, pp. 323-343.
 GEHRHARDT, Erwin, «Gewaltdarstellungsverbote im Strafrecht», en *Justiz und Medien*, Neuwied/Darmstadt, 1980, pp. 113-125.

- GEISS, Imanuel, *Geschichte des Rassismus*, Frankfurt am Main, 1988.
- GRUPPE BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, *Gesetzentwurf (...) der Gruppe BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches-Strafbarkeit der Leugnung des nationalsozialistischen Völkermordes*. 27.04.94. BT-Dr 12/7421.
- HERDEGEN, Gerhard, *Leipziger Kommentar*, 10. Auflage, Berlin-New York, Band V, 1989.
- «Irrungen-Wirrungen», en *DRIZ*, 1985, pp. 225 y 227.
- JAÉN VALLEJO, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, 1992.
- KÖHLER, Michael, «Zur Frage der Strafbarkeit des Leugnens von Völkermordtaten», en *NJW*, 1985, pp. 2389-2391.
- KÖNIG, Peter/SEITZ, Helmut, «Die straf- und strafverfahrensrechtlichen Regelungen des Verbrechensbekämpfungsgesetzes», en *NStZ*, 1995, pp. 1-6.
- KRONE, Gunnar, *Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, Mainz, 1979.
- LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 20. Auflage, München, 1993.
- LACKNER, Karl/KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 21. neubearbeitete Auflage, München, 1995.
- LENCKNER, Theodor/SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24. Auflage, München, 1991.
- LÖMKER, Joachim, *Die gefährliche Abwertung von Bevölkerungsteilen (§ 130)*, Hamburg, 1970.
- LÜTTGER, Hans, «Zur Strafbarkeit der "Verwendung von Kennzeichen ehemaliger nationalsozialistischer Organisationen" nach § 4 des Versammlungsgesetzes», en *GA*, 1960, pp. 129-146.
- MARQUA, Peter, «Dennoch: ein schlechter Kompromiß», en *DRIZ*, 1985, p. 226.
- NEHM, Generalbundesanwalt, «Protokoll der 120. Sitzung des Rechtsausschusses und der 93. Sitzung des Innenausschusses», en *Protokolle Deutscher Bundestag Rechtsausschuß*, 12. W.P., Nr. 120, pp. 131-150.
- OSTENDORF, Heribert, «Neo-nazismus und seine strafrechtliche "Bewältigung"», en *Gustav-Radbruch-Forum für Rechtspolitik, Rechtswissenschaft, Rechtspraxis, Oldenburg*, 7/8.5.1983, SPD, pp. 99-110.
- Del mismo, «Im Streit: Die strafrechtliche Verfolgung der "Auschwitz-lüge"», en *NJW*, 1985, pp. 1062-1065.
- OTTO, Harro, *Grundkurs Strafrecht*, BT, 3. Auflage, Berlín/New York, 1991.
- PAEPCKE, Peter, *Antisemitismus und Strafrecht*, Freiburg, 1962.
- PARTSCH, Karl Josef, «Neue Maßnahmen zur Bekämpfung von Rassen- und Fremdenhaß», en *EuGRZ*, 1994, pp. 429-436.
- RECHTSAUSSCHUB, *Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß)*. 24.04.85. BT-Dr 10/3242.
- Del mismo, *Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses (6. Ausschuß)*. 18.05.94. BT-Dr 12/7584.
- Del mismo, *Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuß)*. 20.10.94. BT-Dr 12/8588.
- Del mismo, «Protokoll der 120. Sitzung des Rechtsausschusses und der 93. Sitzung des Innenausschusses» en *Protokolle Deutscher Bundestag. Rechtsausschuß. 12. Wahlperiode*, Nr. 120.
- ROXIN, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 24. Auflage, München, 1995.

- RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II*, 29. Lieferung, Stand: Juni 1991, 4. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1991.
- Del mismo, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II*, 32. Lieferung, Stand: August 1994, 5. Auflage, Neuwied/Kriftel/Berlin, 1994.
- SCHAFHEUTLE, Josef, «Das sechste Strafrechtsänderungsgesetz», en *JZ*, 1960, pp. 470-474.
- SCHWARZ, Otto/DREHER, Eduard, *Strafgesetzbuch*, 23. Auflage, München/Berlin, 1961.
- Del mismo, *Strafgesetzbuch*, 30. Auflage, München, 1968.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 10. Auflage, München/Berlin, 1961.
- SPD, *Antrag der Fraktion der SPD. Entwurf eines Gesetzes gegen die Feinde der Demokratie*. 15.02.50. BT-Dr 1/563.
- SPD, *Gesetzesentwurf der (...) SPD. Entwurf eines Einundzwanzigsten Strafrechtsänderungsgesetzes (21. StrÄndG)*. 10.11.82. BT-Dr 9/2090.
- STEINDORF, Joachim, «Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften [GJS]», 112. Ergänzungslieferung, Stand: 1.2.1995 en ERBS, Georg/KOHLHAAS, Max, *Strafrechtliche Nebengesetze, Band II*, J 214, 1-5. Auflage, München, 1995.
- STREE, Walter/SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 22. Auflage, München, 1985.
- STRENG, Franz, «Das Unrecht der Volksverhetzung», en *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1987, pp. 501-526.
- VOGELGESANG, Klaus, «Die Neuregelung zur sog. "Ausschwitzlüge"», en *NJW*, 1985, pp. 2386-2389.
- VON BUBNOFF, Eckhart, «Die strafrechtliche Bekämpfung rechtsextremistischer Aktivitäten», en *ZRP*, 1982, pp. 118-121.
- Del mismo, *Leipziger Kommentar, Band IV*, Berlin-New York, 10. Auflage, 1988.
- WACHE, Volkhard, «Gesetz über Versammlungen und Aufzüge (Versammlungsgesetz)», 108. Ergänzungslieferung, Stand: 1.1.1994 en ERBS, Georg/KOHLHAAS, Max, *Strafrechtliche Nebengesetze, Band IV*, V 55, 1.-5. Auflage, München, 1994.
- WEHINGER, Markus, *Der strafrechtliche Schutz von Bevölkerungsgruppe durch die §§ 185 ff. und § 130 StGB*, Baden-Baden, 1994.

ANEXO NORMATIVO

Normativa del Código Penal Alemán (*StGB*) tras la Ley de Lucha contra la Criminalidad *VBG*) de 1994

Parágrafo 86a: Utilización de señas de identidad de organizaciones anti-constitucionales.

(1) Será castigado con pena privativa de libertad hasta de tres años o con multa quien

1. Difunda en el interior del país señas de identidad de partidos y asociaciones descritos en el parágrafo 86, párrafo 1, núms. 1, 2, y 4, o los utilice públicamente en una reunión o en escritos (parágrafo 11, párr. 3) por él difundidos, o

2. Produzca, tenga en depósito, importe o exporte objetos que representen o contengan señas de identidad de este tipo, para su difusión o utilización en el interior del país o en el extranjero en la forma y manera descritas en el núm. 1.

(2) Señas de identidad en el sentido del párrafo 1.º son las banderas, insignias, partes de uniforme, consignas y saludos. Las señas de identidad citadas en la frase 1.ª se equiparan a las que son casi idénticas a aquéllas. [...]

§ 86a: Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen.

(1) *Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer*

1. *Im Inland Kennzeichen einer der in § 86 Abs.1 Nr. 1, 2 und 4 bezeichneten Parteien und Vereinigungen verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in von ihm verbreiteten Schriften (§ 11 Abs.3) verwendet oder*

2. *Gegstände, die derartige Kennzeichen darstellen oder enthalten, zur Verbreitung oder Verwendung im Inland oder Ausland in der in Nummer 1 bezeichneten Art und Weise herstellt, vorrätig hält, einführt oder ausführt.*

(2) *Den in Satz 1 genannten Kennzeichen stehen solche gleich, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind. [...]*

Parágrafo 130: Incitación a la población.

(1) Aquel que de forma adecuada para perturbar la paz pública,

1. Incita al odio contra parte de la población o exige medidas violentas o arbitrarias contra ésta o,

2. Ataca la dignidad humana de otro insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población,

será castigado con pena privativa de libertad de tres meses a cinco años.

(2) Será castigado con pena privativa de libertad hasta de tres años o con multa aquel que,

1. a) Difunda escritos (parágrafo 11, párrafo 3), que inciten al odio contra parte de la población o contra un grupo nacional, racial, religioso o étnico, que exijan medidas violentas o arbitrarias contra ellos o que ataquen la dignidad humana de otro insultando, menospreciando maliciosamente o calumniando a parte de la población o a uno de los grupos precitados,

b) De forma pública exponga dichos escritos, los fije/pegue, exhiba-proyecte o los haga accesibles de otra forma,

c) Los ofrezca, entregue o haga accesibles a una persona menor de dieciocho años o

d) Los produzca, compre, suministre, tenga en depósito, ofrezca, anuncie, ensalce, importe o exporte (y su tentativa), con el fin de utilizar tales escritos o copias de los mismos en el sentido de las letras a) a la c) o de facilitar a otro una tal utilización, o

2. Difunda un programa a través de la radio cuyo contenido sea de los descritos en el núm. 1.

(3) Será castigado con pena privativa de libertad hasta de cinco años o con multa aquel que públicamente o en una reunión apruebe, niegue o banalice una

acción de las de la clase de las señaladas en el párrafo 220a, párrafo 1, cometida bajo el régimen nacionalsocialista, de una forma adecuada para perturbar la paz pública.

(4) El párrafo 2 se aplicará también a escritos (párrafo 11, párrafo 3), cuyo contenido sea el descrito en el párrafo 3.

(5) En los supuestos del párrafo 2, también en relación al párrafo 4, y en los supuestos del párrafo 3 se aplicará el párrafo 86, párrafo 3.

§ 130: *Volksverhetzung*

(1) *Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,*

1. *Zum Haß gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt oder zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder.*

2. *Die Menschenwürde anderer dadurch angreift, daß er Teile der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet,*

wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) *Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer*

1. *Schriften (§ 11 Abs. 3), die zum Haß gegen Teile der Bevölkerung oder gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihr Volkstum bestimmte Gruppe aufstacheln, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordern oder die Menschenwürde anderer dadurch angreifen, daß Teile der Bevölkerung oder eine vorbezeichnete Gruppe beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden,*

a) *Verbreitet,*

b) *Öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,*

c) *Einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überläßt oder zugänglich macht oder,*

d) *Herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Buchstaben a bis c zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder*

2. *Eine Darbietung des in Nummer 1 bezeichneten Inhalts durch Rundfunk verbreitet.*

(3) *Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 220a Abs. 1 bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.*

(4) *Absatz 2 gilt auch für Schriften (§ 11 Abs. 3) des in Absatz 3 bezeichneten Inhalts.*

(5) *In den Fällen des Absatzes 2, auch in Verbindung mit Absatz 4, und in den Fällen des Absatzes 3 gilt § 86 Abs. 3 entsprechend.*

Derecho Penitenciario colombiano: Una aproximación desde la experiencia española

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Jurista de la Dirección General
de Instituciones Penitenciarias.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Evolución histórica del Derecho Penitenciario colombiano.–III. Características del Derecho Penitenciario colombiano hasta la Ley 65 de 1993.–IV. El Código Penitenciario y Carcelario aprobado por la Ley 65 de 1993.–V. Balance conclusivo.

Observáis las pupas ajenas, y estáis llenos de úlceras. Es como si alguien se burlara de las manchas o verrugas de cuerpos hermosísimos, mientras lo devora una horrible lepra.

Séneca, *De vita beata*, capítulo 27.

I. INTRODUCCIÓN

La gentil invitación realizada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) del Ministerio de Justicia y del Derecho de Colombia me permitió, el pasado mes de julio, asistir como ponente al «I Seminario Internacional sobre el Sistema Progresivo» (1) y tomar contacto con una

(1) Celebrado en Santafé de Bogotá del 15 al 19 de julio de 1996. Como representante español mis ponencias fueron «El marco jurídico del sistema penitenciario progresivo» y «El sistema penitenciario progresivo en la experiencia española».

realidad penitenciaria muy distinta a la que estamos acostumbrados a vivir en Europa. Mi preocupación por conocer el ordenamiento penitenciario con el que se desenvolvían los que iban a ser mis oyentes me llevó, entre otras lecturas, a un interesante trabajo que mi maestro, el profesor García Valdés, había publicado en 1988 (2), en el que se realizaba un detenido diagnóstico y evaluación del sistema penitenciario colombiano, se señalaban sus deficiencias y se proponían posibles soluciones. Mi agradable sorpresa fue el constatar que el ordenamiento penitenciario que rige en la Colombia de 1996 ha tenido un sustancial cambio respecto del vigente en los años ochenta, y que muchas de las carencias agudamente detectadas habían sido superadas.

Estudiar la citada evolución del Derecho Penitenciario colombiano, colocando la actual normativa frente al espejo del Derecho español es el objetivo de las líneas que siguen.

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO PENITENCIARIO COLOMBIANO

El Código Penal de Colombia de 1890, aprobado por Ley núm. 19 de 18 de octubre, ya previó, en su artículo 55 (enmarcado dentro del libro I dedicado a los delitos y la aplicación de las penas), que el condenado a pena de presidio sería conducido al respectivo establecimiento, quedando obligado a trabajar en las obras que le designara la autoridad política por un tiempo mínimo de nueve horas diarias, salvo que el impedimento físico no lo permitiera. Esta misma disposición consignaba que no se llevaría a prisión a un individuo si el tiempo que debía permanecer en el establecimiento no excediera de un año, si pasaba de ese término y no llegaba a cinco años debía llevar grillete al pie, y si la condena era superior a los cinco años llevaría grillete y cadena. Se entendía que el reo que era condenado a prisión la sufriría en una cárcel con todas las seguridades, separado de los demás y ocupándose en el trabajo, cuyo producto se destinaría para proveer su subsistencia.

En el año 1914, por la Ley 35, se creó la Dirección General de Prisiones, la cual vino a asumir las funciones de fiscalizar los reglamentos carcelarios y penitenciarios existentes, disponiendo el mejoramiento de la estructura física y asignando funciones, deberes y responsabilidades al personal penitenciario, tanto al administrativo como al de custodia y vigilancia. Se trata del primer paso para configurar una estructura del sis-

(2) GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Un modelo penitenciario latinoamericano en transición: Colombia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, fascículo I, pp. 181 ss. También en la obra recopilatoria del autor *Derecho Penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Madrid, 1989, pp. 57 ss., por donde citamos.

tema penitenciario, que hasta el momento sólo era una constelación de prisiones regidas autónomamente.

Por Decreto-ley 1405/1934 se determinó la existencia de cárceles municipales (una en cada municipio) mantenidas a cargo de los Fondos Municipales. Por otra parte, determinó que los internos se debían agrupar teniendo en cuenta factores tales como el delito cometido por el individuo, la reincidencia, la edad, los antecedentes personales y las circunstancias penales. Con estas previsiones se observa ya un cierto apuntamiento hacia fines tratamentales, pues no hay que olvidar que la separación interior es uno de los presupuestos necesarios del tratamiento penitenciario. Por su parte, en el artículo 160 se estableció que «los detenidos no pueden salir de la cárcel sino debidamente custodiados, y cuando sean llamados en virtud de orden escrita del Juez o investigador o cuando ocurran casos de suma gravedad para asuntos propios, con la autorización de aquellos funcionarios», si bien el uso excesivo que se dio a esta excepcionalidad de las salidas de detenidos llevó a que en 1958 el Decreto 2483 pusiera coto a esta posibilidad.

Pero, sin duda alguna, el Decreto 1817/1964, que reformó y adicionó al Decreto 1405 antes citado, ha constituido durante casi treinta años el marco jurídico penitenciario de Colombia, configurándose como el antecedente inmediato del Código Penitenciario y Carcelario de 1993. Este Decreto abordó temas como la clasificación de los reclusos, determinó las funciones del personal, dispuso normas sobre capacitación, formación, carrera profesional y régimen disciplinario del personal penitenciario, reguló el régimen interno y la disciplina aplicable a los reclusos, su asistencia médica e higiénica, el trabajo penitenciario, la instrucción y educación, las visitas y correspondencia, la clasificación y conducta, el destino y traslados, y se ocupó de las colonias agrícolas y penales.

Como vemos, dada la amplitud de los temas tratados, puede decirse que el Decreto 1817 es la norma básica penitenciaria a estudiar para conocer las características del Derecho Penitenciario colombiano anterior al Código de 1993, cosa que haremos en el apartado siguiente.

Para terminar, decir que después de 1964 varias leyes y decretos vinieron a abordar aspectos puntuales del mundo penitenciario, introduciendo en él reformas y contrarreformas. Así, entre otros, el Decreto 1522/1966 aprobó el Estatuto Orgánico de la Escuela Penitenciaria Nacional, y el 1958 del mismo año creó el Centro de Observación, Clasificación y Rehabilitación; en la Ley 32/1971 se dictaron disposiciones en materia penal y penitenciaria sobre la redención de penas por el trabajo y estudios; la Resolución 3733 del Director general de Prisiones del mismo año creó un fondo para gastos de la sección de Rehabilitación y Servicios Asistenciales; en el Decreto 2655/1973 se organizó la carrera penitenciaria, regulándose la administración de personal para los funcionarios penitenciarios, y el 2660 del mismo año subrogó determinados artículos del

Decreto 1817 (3); el Decreto 2758/1991 reglamentó los establecimientos carcelarios para el cumplimiento de la detención preventiva y la aplicación de la pena en caso de delitos culposos cometidos en accidentes de tráfico, y por Decreto 1365/1992 se creó una Comisión de Vigilancia y Seguimiento del Régimen Penitenciario (4).

III. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENITENCIARIO COLOMBIANO HASTA LA LEY 65/1993.

1) Una de las principales características que van a presidir todo el Derecho Penitenciario colombiano anterior a 1993 es la carencia de un cuerpo normativo homogéneo, pues, como ya dijimos, el Decreto 1817/1964 (5), que se constituye como la norma angular sobre la que se vertebra el sistema penitenciario, estaba profusamente reformado y complementado por otro tipo de disposiciones (6), con lo que en nada se colaboraba a la necesaria clarificación y funcionalidad del Ordenamiento penitenciario (7).

Por lo que al citado Decreto respecta, sobresale la falta de técnica normativa con la que está elaborado: difusa redacción, abuso de los conceptos jurídicos indeterminados, bifurcación de sedes normativas de una misma materia según afecte a detenidos o condenados, falta de sistemática interna, etc.

2) El sistema penitenciario seguido por el Decreto 1817 se aproxima al sistema progresivo irlandés, en el que la primera fase venía constituido por el aislamiento celular. En este sentido, el artículo 248 ordenaba que el condenado a penas superiores a dos años de duración permaneciera aislado en el establecimiento penal por un período no superior a los sesenta días, en el que se procedería a su observación a fin de, en base al conocimiento de las características psicológicas, patológicas, etc., clasificarlo en el grupo correspondiente.

(3) Concretamente los artículos 39, 40, 44, 49 y 52, a la vez que procedía a la derogación de los Decretos 3172 y 3176 de 1968.

(4) Los Decretos 1522/1966, 2758/1991 y 1365/1992 se entienden vigentes después de la Ley 65/1993.

(5) Decreto que estaba compuesto de un total de 369 artículos estructurados en nueve títulos: I. «Disposiciones comunes a todos los establecimientos de detención, pena y medidas de seguridad»; II. «Personal penitenciario»; III. «Capacitación, preparación del personal, carrera profesional y régimen disciplinario»; IV. «Régimen interno»; V. «Régimen de los detenidos»; VI. «Régimen de los condenados»; VII. «Colonias agrícolas penales»; VIII. «Asistencia social carcelaria»; IX. Organización y personal de planta de la División de Prisiones y de sus dependencias».

(6) Sobre las reformas habidas en el Decreto 1817, desde su promulgación en 1964 hasta 1970, *vid.* ECHEVERRI OSSA, Bernardo, «Temas Penitenciarios», Bogotá, 1971, *pássim*.

(7) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, Carlos, *ob. cit.*, p. 58.

La segunda fase la representaba la libertad preparatoria. Para la libertad preparatoria, el artículo 330 establecía que los condenados a penas de prisión de seis o mas años de duración, que hubiesen observado una conducta ejemplar y tuviesen cumplidas las cuatro quintas partes de la pena efectiva (8), podían ser autorizados a trabajar en el exterior de la prisión (9), volviendo únicamente a la misma para pernoctar.

La tercera fase venía representada por la franquicia, regulada en el artículo 331, y que consistía en la posibilidad de salir a trabajar al exterior, pero sin la obligación de tener que pernoctar, siendo sustituida ésta por la presentación periódica ante el Director del establecimiento. Estaba destinada tanto a aquellos internos mencionados en el artículo 330 y que ya han pasado por la libertad preparatoria, como para los que, estando condenados a penas de uno a seis años, tuvieran cumplidas las nueve décimas partes de la pena efectiva. La última fase de este sistema progresivo era la libertad condicional, contemplada no en la normativa penitenciaria sino en el Código Penal (10).

A pesar de ello, la carencia de celdas individuales convertía a la fase de aislamiento en una quimera, y la práctica judicial restrictiva respecto a las libertades preparatorias y franquicia desvirtuaba el sistema diseñado reglamentariamente, el cual quedaba convertido, a la postre, en un puro sistema penitenciario de retención y custodia en aglomeración.

3) Mal endémico del sistema penitenciario colombiano era, y como luego veremos es, la masificación de la población reclusa (11). A esta alta tasa de población reclusa contribuye la existencia de un alto número de internos preventivos («sindicados» en terminología colombiana), cuyo índice respecto al número total de internos se sitúa en torno al ochenta por ciento. A ello hay que añadir la inexistencia de un número de Centros Penitenciarios con el número de plazas disponibles suficientes como para hacer frente al problema, y la carencia de celdas individuales que ha propiciado el hacinamiento y dificultando con ello la clasificación interior y por ende el tratamiento.

En efecto, pese a la prolija clasificación contemplada en el artículo 5 del Decreto 1817 (12) la distinción entre establecimientos obedece exclu-

(8) Se utilizaba el término efectiva para dejar patente la necesidad de tener presente en dicho cómputo las rebajas que la misma puede operar por beneficios penitenciarios o indultos.

(9) «En fábricas o empresas o con personas de reconocida honorabilidad» precisaba el mencionado artículo.

(10) Código Penal de 1936, derogado en 1980 por el Código Penal de 28 de enero.

(11) Problema del que se hace eco la propia doctrina colombiana desde hace tiempo, *vid.* GIRALDO MARÍN, Jaime y otros, *Mecanismos para descongestionar los establecimientos carcelarios*, Bogotá, 1978; PEARSON, Annette, «La congestión carcelaria en Colombia», en *Revista de Derecho Financiero*, núm. 7, Bogotá, 1978.

(12) Según el cual, los Centros Penitenciarios pueden ser: a) Penitenciarías rurales y urbanas; b) Cárceles distritales; c) Cárceles municipales; d) Cárceles para

sivamente a la situación jurídica o personal del interno, haciéndose caso omiso al tipo de régimen que en él deba de aplicarse (13), lo que ha facilitado la ausencia de Centros de Régimen cerrado (máxima seguridad) y Régimen abierto (14), y que en la realidad penitenciaria, dada la precariedad de Centros, un mismo Establecimiento se convierta en un cóctel de internos de la más variada naturaleza, situación ésta que el propio legislador dejaba entrever en el artículo 24 cuando, al hablar de la clasificación interior, establecía criterios de sexo, edad y situación jurídica que se mantendrían de forma transitoria (art. 26) hasta que se creasen los establecimientos previstos en el artículo 5.

Respecto a los traslados, la normativa contemplada en los artículos 335 a 339 se refiere a temas competenciales sin entrar en las condiciones materiales de los mismos ni los derechos del trasladado.

4) Fácil es colegir que, con la situación antes descrita, el tratamiento penitenciario brillaba por su ausencia. El propio legislador de 1964 no dedicó un título al tratamiento sino que, sólo de forma sectorial, cuando abordaba el Régimen interno de los establecimientos (tít. IV) reservaba un capítulo (cap. V) a la instrucción y a la educación, colocando a éstas, junto con el trabajo, como «la base de la regeneración moral y social de los reclusos» (art. 187).

El trabajo de los condenados se configuraba como obligatorio y remunerado, si bien del sueldo, tan sólo el 10 por 100, era destinado directamente para el recluso, quedando el 90 por 100 restante afectado a diversas finalidades (nutrir la Caja especial del establecimiento, ayuda familiar, ahorro obligatorio y cobertura de la responsabilidad civil) (art. 282). En general, la regulación que se hacía del trabajo penitenciario estaba centrada casi exclusivamente en las obligaciones del trabajador y los destinos que habían de darse a su sueldo, haciéndose tan sólo una remisión legal en lo relativo al descanso dominical, seguros, invalidez y enfermedad (art. 280). Por su parte, los detenidos también tenían la obligación de trabajar, permitiéndoseles, si ello fuera posible por ser compatible con el régimen carcelario, continuar con su profesión u oficio (arts. 233 y 234).

5) Respecto a algunos aspectos regimentales, la regulación que se hacía de los mismos no puede ser calificada, precisamente, de progresista. Piénsese que los permisos de salida no se instrumentalizan hasta el Decreto 815/1984, de 5 de abril, y desde entonces, el temor a las fugas ha supuesto un freno inhibitorio para su real practicidad. Por otro lado, los internos son obligados a llevar uniforme numerado (arts. 255 y 256 del

militares; e) Colonias agrícolas, industriales o mixtas; f) Cárceles para mujeres; g) Sanatorios penales antituberculosos; h) Manicomios criminales; i) Anexos psiquiátricos, y j) Instituciones para protección de postpenados.

(13) Observación agudamente detectada por GARCÍA VALDÉS, Carlos, ob. cit. p. 63.

(14) Lo más parecido a los mismos vendría constituido por las Colonias penales agrícolas de tercera clase.

Decreto 1817) (15); las visitas son restringidas en cuanto a las personas (16), al número (el art. 315 establecía que los condenados a presidio sólo recibirían visita cada tres meses, cada mes los condenados a prisión y cada quince días los arrestados) (17) y al contenido (el art. 312 prohibía a los visitantes «hablar en secreto con los condenados, darles noticias que pudieran perturbar el curso regular de la justicia o afectar a la disciplina interna del Centro y usar en las conversaciones un lenguaje inconveniente, convencional o ininteligible»). En lo que a las comunicaciones escritas se refiere, la de los detenidos (léase preventivos) eran sometidas a una intervención automática (18) y la de los condenados estaban sometidas a restricciones en cuanto a su número (art. 318, condenados a presidio y prisión sólo podían enviar correspondencia cada quince días, y los arrestados cada semana).

6) El régimen disciplinario contemplado en el Decreto de 1964 venía caracterizado por la dureza de las sanciones, la inseguridad jurídica que producía la redacción de los tipos de faltas y la ausencia de un procedimiento disciplinario.

Respecto a la dureza de las sanciones, y dejando a un lado la atecnicidad que supone tener dos cuadros sancionatorios diferentes, uno para preventivos y otra para penados, llaman la atención sanciones tales como la amonestación pública o el permanecer en «posición de plantón» (firme e inmóvil), criticables por atentar contra la dignidad del recluso, o la sanción de aislamiento celular por hasta tres meses, duración desproporcionada cuando se compara con los catorce días contemplados en el Derecho Penitenciario español.

Por lo que al cuadro de infracciones se refiere (arts. 291 a 295) sobresale la configuración mediante tipos abiertos (utilización de expresiones de «tales como», «entre otras...»), lo que acarrea una total inseguridad jurídica para el interno, la cual alcanza cotas inusitadas en el artículo 296, según el cual, «Las infracciones cometidas por los condenados, no previstas en los artículos anteriores, serán sancionadas en forma análoga a la allí establecida, según su índole y gravedad».

(15) Si bien el artículo 257 establece la salvedad de que los internos sean llamados por su nombre y apellidos, quedando prohibido el uso de apodos, sobrenombres o calificativos «que puedan lesionarlos o causarles disgusto» (de nuevo un concepto jurídico indeterminado que denota la falta de técnica normativa).

(16) Curiosamente, en el régimen de visitas previsto para los detenidos (léase, preventivos) hay una postergación de las referidas a los familiares respecto a las que afectan a profesionales (incluidos profesores universitarios con fines de investigación) y de miembro del patronato. *Vid.* artículos 195 ss del Decreto 1817.

(17) Fuera de estos cupos, y según previsión del mismo precepto, quedaban los enfermos graves, a los que se les podía conceder permiso para recibir visitas sin atenerse a aquellos plazos.

(18) Artículo 206, «Los detenidos no pueden recibir ni enviar cartas o escritos de ninguna clase, sin que previamente hallan sido leídos y tengan el visto bueno del Director».

Por si todo ello fuera poco, la normativa comentada carecía de una regulación del procedimiento a seguir para la imposición de sanciones, por lo que no hay mención expresa al reconocimiento de derechos tales como el de defensa, audiencia, acceso al material probatorio, proposición de pruebas, recusación de instructor, etc.

7) El Decreto 1817 se ocupaba profusamente de cuestiones relativas al personal. Concretamente, de sus nueve títulos dedicaba tres a estos temas. En el título II, y bajo la rúbrica «Personal penitenciario» abordaba la denominación, jerarquía y funciones (cap. I) y las atribuciones y deberes (cap. II). En el título III lo refiere a la capacitación, preparación del personal, carrera profesional y régimen disciplinario, y el título IX se ocupaba de la organización y personal de planta de la División de Prisiones y de sus dependencias. A pesar de esta regulación se echa de menos una especial regulación del personal profesional dedicado a tareas de tratamiento, la determinación de sus funciones y la integración en órganos colegiados.

8) Para terminar, y por lo que al control de la actividad penitenciaria se refiere, el Decreto que comentamos apostaba por un doble sistema de control encomendado, por un lado, a la Sección de Visitadores y, por el otro, al Abogado Procurador.

Respecto a la Sección de Visitadores (el equivalente a nuestra Inspección General Penitenciaria), el artículo 46 establecía que sus funciones eran: visitar continuamente cada una de las prisiones; examinar la marcha, organización y administración de cada una de ellas, velando por que se cumplan las normas; ejercer un control permanente sobre el personal directivo; corregir todas las irregularidades que denoten y proponer las mejoras y reformas que estimen necesarias; escuchar y atender los reclamos de los reclusos; rendir informes mensuales a la Dirección General sobre las visitas llevadas a cabo; instruir al personal de los establecimientos sobre la función que han de desempeñar y ordenar las investigaciones a que diesen lugar las irregularidades constatadas o presuntas. Por su parte, al Abogado Procurador se le atribuyen las funciones de (art. 61) hacer de Abogado defensor de oficio, evitar que los reclusos sean objeto de explotación económica por otros internos, defender a los funcionarios que se vean inmersos en causas judiciales, velar porque los Abogados de los internos cumplan cabalmente con sus funciones y colaborar con la Dirección en la evitación de demoras en las tramitaciones judiciales.

Como vemos, no existía previsión alguna de un control judicial a través de una jurisdicción especializada, como el Juez de Vigilancia Penitenciaria en nuestro país.

IV. EL CÓDIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO APROBADO POR LA LEY 65/1993

Decíamos anteriormente que una de las principales características del Derecho Penitenciario colombiano anterior a 1993 era la falta de un cuer-

po normativo homogéneo que regulase la vida penitenciario de aquel país. Pues bien, esta carencia fue superada el 19 de agosto de 1993, fecha en la que el Congreso colombiano aprobó el «Código Penitenciario y Carcelario» (19), texto legal que ha venido a convertirse en la norma básica y fundamental en materia de ejecución de penas y medidas privativas de libertad. Decimos básica y fundamental, porque, lejos de lo que hubiera sido recomendable, el artículo 174 del citado Código sólo ha procedido a la derogación de aquellas disposiciones que sean contrarias al mismo, lo que ha propiciado, aparte de fomentar una intensa labor hermenéutica, que normas anteriores sigan aún vigentes (20), contribuyéndose a cierta inseguridad jurídica respecto al Derecho realmente en vigor, que fácilmente podría haberse subsanado formulando la disposición derogatoria en sentido positivo, es decir, declarando expresamente cuáles son las normas anteriores a 1993, que después del 19 de agosto constituyen Derecho positivo.

Asimismo, y respecto al desarrollo del Derecho Penitenciario colombiano posterior a la Ley 65/1993, se observa una cierta influencia de su evolución histórica, en el sentido de que pronto ha comenzado a proliferar una amplia constelación de disposiciones de diversa naturaleza que han venido a complementar a la citada Ley (21), que incluso se modifican en breve espacio de tiempo, como es el caso de la Reglamentación de

(19) Publicado en el *Diario Oficial* núm. 40.999, de 20 de agosto.

(20) En tal sentido se entienden vigentes, entre otras, el Decreto 1021/1964 por el que se establece el «Día del guardián» y se ordena su celebración; la Resolución 3991 de 1965 por la que se adopta la bandera de la Dirección General de Prisiones del Ministerio de Justicia; el Decreto 1522/1966 por el que se dicta el Estatuto Orgánico de la Escuela Penitenciaria Nacional; la Resolución 248 de 1966 por la que se establece el Reglamento de uniformes y equipo para el Cuerpo de custodia y vigilancia carcelaria; y el Decreto 2758 por el que se reglamentan los establecimientos carcelarios para el cumplimiento de la detención preventiva y la aplicación de la pena en los casos de delitos culposos cometidos en accidentes de tránsito.

(21) Así, entre otras: el Decreto 398/1994 por el que se dicta el régimen disciplinario para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario; el Decreto 407/1994 por el que se establece el régimen del personal del INPEC, el Decreto 446/1994 por el que se establece el régimen prestacional de los servidores públicos del INPEC; el Decreto 537/1994 por el que se reglamenta el artículo 50 de la Ley 65/1993 sobre servicio militar de bachilleres en el INPEC; la Resolución 283A de 1994 por la que se organizan las escuelas regionales dependientes de la Subdirección Escuela Penitenciaria «Enrique Low Murtra» y se asignan unas funciones; la Resolución 5817 de 1994 por la que se dicta el Reglamento de Régimen disciplinario aplicable a los internos de los establecimientos de Reclusión; el Decreto 1108/1994 por el que se sistematizan, coordinan y reglamentan algunas disposiciones en relación con el porte y consumo de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; el Decreto 221/1995 por el que se reglamenta el literal *a*) del artículo 168 de la Ley 65/1993; la Resolución 3272 de 1995 por la que se reglamenta la Ley 65/1993 (modificada por Resolución 6541 de 1995); la Resolución 7052 de 1995 por el que se organiza el sistema de quejas y reclamos del INPEC; la Resolución 7956 de 1993 por el que se establece la reglamentación de las cajas especiales que funcionan en los establecimientos carcelarios y se dan otras instrucciones; el acuerdo 11 de 1995 por el que se expide el regla-

algunos aspectos de la Ley de 1993, realizada por Resolución 3272, de 26 de mayo de 1995, modificada tan sólo cuatro meses después por Resolución 6541, de 11 de septiembre. Esta incontinencia y proliferación legislativa en nada coadyuva a la seguridad jurídica perseguida con el Código Penitenciario y Carcelario, el cual debería haberse configurado con más amplias miras y, respondiendo a su nombre, haberse convertido en un auténtico Código que recogiera toda la normativa penitenciaria. En cualquier caso, dentro de la normativa de desarrollo sobresale el Acuerdo del Consejo Directivo del INPEC núm. 11 de 1995 por el que se aprueba el Reglamento general para los establecimientos penitenciarios y carcelarios (22).

El Código Penitenciario y Carcelario de Colombia consta de 174 artículos repartidos en diecisiete títulos, con los siguientes contenidos:

El título I viene dedicado al contenido y principios rectores que van a presidir el sistema penitenciario colombiano, destacando dentro de él la importancia conferida a los principios de legalidad, igualdad y respeto a la dignidad de los internos. Respecto al primero, se declara que toda persona es libre, y que, por tanto, nadie puede ser sometido a prisión, arresto o detención sino en virtud de un mandamiento escrito proferido por autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido por la ley (art. 2). Consecuencia de lo mismo es la prohibición de que alguien pueda permanecer privado de su libertad sin que se legalice su captura o detención preventiva, en los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal (23), estableciendo como protección ante una detención ilegal la posibilidad de interponer *habeas corpus* (art. 8).

En lo referente al principio de igualdad, el artículo 3 del Código viene a prohibir toda forma de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, si bien queda salvada la posibilidad de establecer distinciones razonables por motivos de seguridad, de resocialización y para el cumplimiento de la sentencia y de la política penitenciaria y carcelaria, salvedad ésta que resulta superflua si se parte de un cabal concepto del principio de igualdad. En efecto, el principio de igualdad, y su correlativo de no discriminación, supone no tratar de forma desigual lo que por naturaleza es igual o dar tra-

mento general al que se sujetarán los reglamentos internos de los establecimientos penitenciario y carcelarios; el Decreto 100/1996 por el que se dictan normas relativas al sistema carcelario y penitenciario nacional y se dictan otras disposiciones.

(22) Aprobado el 31 de octubre de 1995, consta de 103 artículos repartidos en seis títulos: Tít. I. «Principios rectores», tít. II. «Reglamento general y regímenes internos y especiales», tít. III: «Disposiciones relativas a los establecimientos», tít. IV: «Disposiciones relativas a los internos», tít. V: «Órganos penitenciarios y carcelarios», y tít. VI. «Seguridad y defensa penitenciaria y carcelaria».

(23) Artículos 4, 5, 380, 383, 398, 414 y del 430 a 437 del Código de Procedimiento Penal.

tamiento igualitario a lo que en esencia es diferente, pero no existe conculcación de tal principio cuando lo desigual (internos peligrosos frente a no peligrosos, requeridos de un determinado tratamiento de los que no lo requieren...) es tratado desigualmente.

La dignidad humana es establecida como un valor prevalente, proscribiéndose toda forma de violencia psíquica, física o moral (art. 5), y las penas de muerte, destierro, prisión perpetua y confiscación. Se garantiza, igualmente, que nadie será sometido a desaparición forzosa, torturas ni tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (art. 6).

En lo referido a la finalidad de las penas y medidas de seguridad se entiende (art. 9) que la pena tiene una función protectora y preventiva, pero su fin es la resocialización, y las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación. En cambio, la detención preventiva, cuyo régimen está presidido por la presunción de inocencia, busca garantizar la comparecencia del «sindicado» en el proceso y la posterior efectividad de la sanción penal (art. 11).

Todas estas referencias no pueden tener otra valoración que muy positiva, sobre todo si se compara con la normativa derogada. No obstante, se hecha en falta un auténtico perfilamiento del estatuto jurídico del interno, en la línea del Derecho Penitenciario español (24), a través de una expresa mención a la tabla de derechos (a la vida, al tratamiento, a las comunicaciones, a los beneficios penitenciarios...) y de deberes (permanecer en el centro, acatar las órdenes, realizar prestaciones personales...) de los internos.

El título II se ocupa del «Sistema nacional penitenciario y carcelario», el cual viene configurado (art. 15) por el INPEC, los Centros de reclusión, la Escuela Nacional Penitenciaria y demás órganos adscritos.

Las prisiones se dividen en cárceles departamentales y municipales por un lado, y en centros de reclusión dependientes del INPEC por otro.

Las cárceles departamentales y municipales son sufragadas, organizadas, vigiladas y dirigidas por los departamentos y municipios, teniendo el INPEC tan solo funciones de inspección y vigilancia. A ellas sólo irán destinados internos preventivos y condenados por contravenciones (art. 17).

Los centros de reclusión, dependientes del INPEC, se clasifican en (art. 20): cárceles, penitenciarías, cárceles y penitenciarías especiales, reclusiones de mujeres, cárceles para miembros de la Fuerza Pública, colonias, casas-cuarteles, establecimientos de rehabilitación y demás centros de reclusión que se creen en el sistema penitenciario y carcelario (25).

Mientras que las cárceles están destinadas a albergar a los «sindicados» (26), las penitenciarías son establecimientos destinados a la reclu-

(24) Artículos 3 y 4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, y 5 y 6 del Reglamento Penitenciario.

(25) La regulación de cada uno de estos tipos de establecimientos la encontramos en los artículos 21 a 29 del Código.

(26) Si bien las penas de arresto también pueden cumplirse en las cárceles.

sión de condenados a penas de prisión, y se clasifican en de alta (27), media y mínima seguridad (establecimientos abiertos). La diferenciación de estas categorías de las penitenciarías vendrá dada por las especialidades de su construcción y el régimen interno de las mismas.

La casa-cuartel es un centro dedicado a albergar a sindicados y a condenados por delitos de accidentes de tráfico. Los establecimientos de rehabilitación y pabellones psiquiátricos son centros de carácter asistencial, que pueden especializarse en tratamiento psiquiátrico y de drogadicción (28). Las reclusiones de mujeres incluyen tanto a preventivas como a penadas, y los miembros de la Fuerza Pública, mientras se encuentran en situación de sindicado son reclusos en cárceles destinadas a ellos, pasando a pabellones especiales de las penitenciarías cuando son condenados.

Especial interés revisten las colonias agrícolas (29), configuradas como establecimientos de cumplimiento para condenados de extracción preferentemente campesina o para propiciar la enseñanza agropecuaria. Se prevé la posibilidad de que cuando la extensión de la colonia lo permita puedan crearse constelaciones agrícolas conformadas por varias unidades o campamentos (30).

En los supuestos de hechos punibles cometidos por personal del INPEC, funcionarios y empleados de la justicia penal, Cuerpo de Policía Judicial y del Ministerio Público, servidores públicos de elección popular, funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas o ex servidores públicos, la prisión preventiva se cumplirá en establecimientos especiales.

La autoridad judicial y el Director general del INPEC tienen la facultad (art. 29, párrafo 2.º) de disponer, no obstante, la reclusión en lugares especiales, tanto para la prisión preventiva como para el cumplimiento de

(27) Existe también previsión de cárceles de máxima seguridad (art. 25) para los preventivos peligrosos.

(28) Existe la previsión legal (art. 24, párrafo 3.º) de que en el plazo de cinco años el tratamiento psiquiátrico penitenciario sea transferido al Sistema Nacional de Salud.

(29) La Colonia penal de Oriente (Acacias-Meta) tiene antecedentes en 1906 cuando el Ministerio de Obras Públicas y Fomento compró a un particular un terreno de 1.836 hectáreas ubicado entre los ríos Upin y Caney (municipio de Restrepo), utilizándose en los primeros momentos para presos políticos bajo un régimen penitenciario militar. A partir de 1914, y después de un considerable esfuerzo, se consolida como Colonia penal agrícola para internos comunes, se crea la actual Colonia por Decreto 1138/1930, de 19 de julio, dotándose de una extensión de 25.000 hectáreas, las cuales han quedado reducidas en la actualidad a 5.000 por la mala administración históricamente realizada por algunos de sus directores. Rondando una media anual de 500 internos, su actividad productiva es agropecuaria (porcicultura, ganadería, piscicultura y cultivos), destacándose el Proyecto piloto para internos drogodependientes.

(30) Tal es el caso de la Colonia penal de Oriente, que viene constituida por cinco campamentos.

condena, en atención a la gravedad de la imputación, condiciones de seguridad, personalidad del individuo, sus antecedentes y su conducta.

En cuanto a los medios mínimos materiales que han de tener los establecimientos se establece (art. 34) que cada uno de ellos deberá funcionar en una planta física adecuada a sus fines, a la población de internos y personal a albergar, y contar con los medios materiales mínimos para el cumplimiento eficaz de sus funciones y objetivos.

Como vemos, no se ha superado en la regulación de 1993 la prolija clasificación de Centros que ya existía en el Decreto de 1964, si bien se ha realizado una distinción sobre parámetros más modernos. Valoración muy positiva ha de tener la expresa distinción entre establecimientos de alta (Centros de máxima seguridad), media (Centros ordinarios) y mínima seguridad (Centros abiertos), si bien se ha de precisar que pese a que el criterio distintivo es la arquitectura penitenciaria y el régimen de los mismos, se echa en falta una regulación, al menos marco, de cada uno de estos regímenes y no hacer total dejación a disposiciones reglamentarias (Acuerdo 11 de 1995 del Consejo Directivo del INPEC) y reglamentos internos. Positiva consideración merece «igualmente» la expresa mención a la posibilidad de centros asistenciales dedicados a tratamientos de drogodependientes, con lo que se sigue una línea de trabajo ya emprendida en varios países europeos (31).

Mención crítica merece la fórmula tan abierta que el artículo 29, párrafo 2.º, utiliza al conferir la autoridad judicial y al Director general del INPEC facultades de establecer reclusiones especiales, pues con ella se corre el peligro de hacer de las mismas un uso ajeno a las finalidades «perseguidas por la norma» para convertirse en fuente de privilegios. Crítica que debe extenderse al vacío contenido normativo del artículo 34 cuando fija la dotación material mínima con la que han de contar los establecimientos, siendo recomendable que se hubiese optado por fijar, cuanto menos, algunos de los servicios y dependencias que obligatoriamente han de existir en los Centros Penitenciarios, como hace el artículo 13 de la Ley Penitenciaria española (32). Por otro lado, se sigue echando en falta, al igual que ocurría con el Decreto 1817, una regulación material de las con-

(31) Sobre la necesidad de creación de centros específicos para drogodependientes o «zonas libres de drogas» ya me pronuncié en mi artículo «El toxicómano y su rehabilitación en prisión: un estudio de Derecho comparado», publicado en el número 246 de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1995, p. 9 ss., especialmente p. 28.

(32) Artículo 13: «Los establecimientos penitenciarios deberán contar en el conjunto de sus dependencias con servicios idóneos de dormitorios individuales, enfermerías, escuelas, biblioteca, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, patios, peluquería, cocina, comedor, locutorios individualizados, departamento de información al exterior, salas anejas de relaciones familiares y, en general, todos aquellos que permitan desarrollar en ellos una vida de colectividad organizada y una adecuada clasificación de los internos, en relación con los fines que en cada caso le están atribuidos».

ducciones, en las que se garanticen los derechos del trasladado, tales como la dignidad y la intimidad, se especifiquen los medios en los que se podrá realizar (incluyendo el traslado por sus propios medios cuando se traten de internos que habitualmente salgan de permiso) y las garantías que los han de presidir (limitación temporal de un número de horas diarias de viaje, condiciones materiales de los vehículos, sistema de racionado...) (33).

En cualquier caso, como decíamos más arriba, la masificación penitenciaria es un mal que aqueja al sistema penitenciario colombiano, al igual que a otros tantos, y contra la misma no cabe luchar desde el único frente que la construcción de nuevos establecimientos supone. Reformas en la legislación penal y procesal han de permitir que la prisión solamente sea usada en aquellos casos en los que es realmente necesaria, por lo que movimientos inculpativos, como los habidos en Colombia en el campo de las contravenciones, merecen una severa crítica.

Los títulos III y IV se refieren a materias de personal, observándose una simplificación respecto a la normativa derogada (34) y colmándose, al menos parcialmente, algunas de las lagunas observadas en aquélla. Así, merece positiva acogida la previsión contenida en el artículo 37, según el cual se permite el acceso a los Centros de reclusión a colaboradores externos que vengan a realizar labores de educación, trabajo, formación religiosa, asesoría jurídica o investigación científica, lo que supone un portillo abierto de la prisión hacia la sociedad en la línea del artículo 69, párrafo 2.º, de la Ley penitenciaria española (35), si bien se sigue echando de menos una auténtica configuración de personal penitenciario cualificado en materias tratamentales; de hecho, la regulación que comentamos se centra fundamentalmente en personal de dirección y vigilancia.

Respecto a la formación del personal se aborda sólo de forma tangencial en el artículo 38, al señalar que para ejercer funciones de custodia y vigilancia es necesario haber aprobado los cursos de formación y capacitación que para este efecto dicta la Escuela Penitenciaria Nacional (36).

(33) A los traslados se refieren los artículos 73 a 78, que se encuentran ubicados en el título VI (sobre el «Régimen penitenciario y carcelario»), dedicándose a temas competenciales, causales y de cumplimentación documental, sin que se aborden los aspectos a los que aludo. No obstante, entiendo que quizá hubiera sido más sistemático tratar estos temas organizativos en el título II y postergar al título VI los aspectos regiminales.

(34) El régimen del personal del INPEC se encuentra regulado en el Decreto 407/1994, de 20 de febrero, publicado en el *Diario Oficial* núm. 41.233, de 21 de febrero.

(35) Artículo 69, núm. 2: «A los fines de obtener la recuperación social de los internos en regímenes ordinarios y abiertos, se podrá solicitar la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos». Por su parte, el artículo 62 del Reglamento Penitenciario de 1996 regula la participación y colaboración de las Organizaciones no gubernamentales.

(36) La Escuela Penitenciaria Nacional «Enrique Low Murtra» fue creada por

Nada se dice del contenido mínimo de estos cursos ni de la formación continua del personal (37).

Especial importancia reviste el título V, pues en él se institucionaliza la figura del «Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad». Como ya dijimos anteriormente, los sistemas de control que el Derecho Penitenciario colombiano contemplaba en la legislación anterior se materializaban a través de la Sección de Visitadores y del Abogado Procurador, sin que existiera mención alguna a un control judicial especializado del sistema penitenciario. Una de las principales novedades de la Ley 65/1993 es la aparición del Juez de ejecución como garante de la legalidad de la ejecución penal.

Son funciones del Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad (art. 51 de la Ley 65):

1) El cumplimiento de las normas contenidas en el Código Penitenciario y Carcelario, y en especial de sus principios rectores.

2) El conocimiento de todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de penas, redención de pena por el trabajo, estudio o enseñanza y extinción de la pena.

3) La verificación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena o medida de seguridad.

4) La acumulación jurídica de penas en concurso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona.

5) La aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior, hubiese lugar a reducción o extinción de la pena.

6) El reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando a la norma discriminadora haya sido declarada inexigible o haya perdido su vigencia.

7) Del aporte de pruebas para el esclarecimiento de hechos punibles cometidos en Centros de reclusión a fin de que sean investigados por las autoridades competentes.

Decreto 1522/1966 (publicado en el *Diario Oficial* núm. 31.968, de 30 de junio), en el que se establece su estatuto orgánico. Por otra parte el artículo 47 del Decreto 1242/1993, de 30 de junio, sobre estatuto y estructura interna del INPEC, regula las funciones de la Escuela, y la Resolución 283 A de 1 de febrero de 1994 se descentraliza la función de capacitación de bachilleres que siguen el programa de servicio militar obligatorio como auxiliares del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, creando nueve escuelas regionales con sede en otros tantos Centros Penitenciarios.

(37) Como instrumento de formación destaca por su claridad y contenido didáctico el manual «Custodia de las prisiones en Colombia», del que es autor Bernardo ECHEVERRY OSSA (Santafé de Bogotá, 1992), espíritu vivo del sistema penitenciario colombiano.

Como vemos, se configura la institución con una naturaleza mixta: por un lado como Juez de Vigilancia penitenciaria le es encomendado ser el velador de la legalidad de la ejecución (así lo dispone el art. 51, párrafo 1.^o) atribuyéndole las funciones núms. 1 y 3, y por otro lado asume competencias propias de la ejecución penal, desvinculándolas de los Tribunales sentenciadores (núms. 2, 4, 5 y 6 del art. 51) (38). Sopesando una y otra faceta, se observa que hay una preeminencia del «Juez de ejecución» sobre el «Juez de Vigilancia», justamente lo contrario de lo que ocurre en el Derecho español (39). Es más, si se analiza en profundidad

(38) Queda fuera de esta clasificación el núm. 7 del artículo 51 por tratarse de una competencia difícilmente encuadrable en ninguna de las dos áreas tradicionales de intervención judicial en el mundo penitenciario.

(39) Artículo 76 de la Ley Penitenciaria:

«1. El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

2. Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.

e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.

g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.

j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.»

Artículo 77: «Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección general de Instituciones Penitenciarias, formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y, en general, a las actividades regiminales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.»

veremos que el control judicial de la Administración penitenciaria colombiana es de todo punto insuficiente debido a dos razones fundamentales:

a) Por un lado, el Derecho Penitenciario colombiano carece de un sistema de quejas y recursos establecidos para que las decisiones administrativas cuenten con un efectivo control judicial. En efecto, el único «sistema de quejas y reclamos» configurado no se encuentra regulado en el Código Penitenciario y Carcelario sino en la Resolución núm. 7052 del INPEC de 26 de septiembre de 1995 (40), y su ámbito se circunscribe a lo puramente administrativo. Obligación, como contempla el artículo 54 del Reglamento Penitenciario español (41), de que cada resolución de la Administración penitenciaria cuente con la expresión de, además de la motivación correspondiente, el derecho que le asiste al interno de acudir en recurso o queja al Juez de Vigilancia, que permita que un interno se queje al Juez por la mala alimentación, la denegación de un permiso... o que recurra su clasificación penitenciaria o la sanción disciplinaria impuesta son la única vía para que el Juez de Vigilancia entre a conocer de las condiciones en que realmente se está ejecutando una pena, y sin la misma todo queda reducido a informaciones ya directas (obtenidas por el Juez en sus vistas a los Centros) ya indirectas (a través de los familiares, cartas...) que, en cualquier caso, hurtan de iniciativa a quien realmente debe en primer lugar tenerla, el recluso.

b) Por otro lado, no es ya que no se permita un control *a posteriori* de la actuación Administrativa, sino que no existe previsión de que el Juez de Ejecución tenga conocimiento *prima facie* de determinadas resoluciones administrativas que, dada su gravedad, se deberían entender que necesitan de un control judicial. La necesaria autorización de los permisos de salida superiores a dos días, de la imposición de sanciones de aislamiento superiores a catorce días de duración o en conocimiento del pase al régimen cerrado (máxima seguridad en el sistema colombiano)

(40) Resolución que tiene como base legal el artículo 53 de la Ley número 190 de 1991 por el que se establece el deber legal de la existencia de una dependencia encargada de recibir, tramitar y resolver quejas en todas las entidades públicas del Estado.

(41) Artículo 54: «1. Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior (peticiones y quejas ante la Administración Penitenciaria), los internos podrán formular directamente las peticiones o quejas o interponer recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria en los supuestos a que se refiere el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

2. Se entregará al interno o a su representante recibo o copia simple fechada y sellada de las quejas o recursos que formulen.

3. Cuando el escrito de queja o de recurso se presente ante cualquier oficina de Registro de la Administración Penitenciaria, una vez entregado al interno o a su representante el correspondiente recibo o copia simple fechada y sellada, se remitirá, sin dilación y en todo caso en el plazo máximo de tres días, al Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente.»

son realidades cotidianas en el Derecho español que deberían haberse acogido en la Ley 65/1993.

El título VI aborda lo atañente al «Régimen penitenciario y carcelario», regulando aspectos tradicionales de esta naturaleza con otros que deberían estar ubicados sistemáticamente en otros títulos, regulación que se encuentra complementada en el Reglamento General y en los reglamentos internos de cada Centro (art. 53).

– El ingreso, que deberá realizarse conforme a la normativa procesal y del propio Código (42), impone la obligación de ponerlo en conocimiento del Registro Nacional del INPEC y de las autoridades competentes (arts. 54 y 59) y de abrir la documentación correspondientes («prontuario» para los sindicados y «cartilla biográfica» para los penados, según dispone el art. 56) que contendrá los datos personales, hora de ingreso, estado físico, fotografía y reseña dactiloscópica. La materialización del ingreso supone la requisa, depósito de los objetos de valor y personales y el examen médico.

– Se garantizan los derechos de sufragio de los detenidos, petición, información y queja administrativas, a que ningún interno desempeñe funciones disciplinarias, de administración o de custodia y vigilancia, a que ningún interno sea distinguido en el trato por un número ni por apodo o alias, a que el uniforme carcelario no sea atentatorio contra la dignidad, y a acceder a la alimentación y al equipamiento necesario (arts. 57, 58, 65, 66 y 67).

– La fijación del Centro penitenciario de destino cuando un interno pasa a ser condenado es competencia del Director General del INPEC (arts. 62 y 72).

– Los criterios de clasificación interior son el sexo, la edad, la naturaleza del delito, la personalidad, los antecedentes y las condiciones de salud física y mental, de tal manera que los detenidos estarán separados de los condenados, los hombres de las mujeres, los primarios de los reincidentes, los jóvenes de los adultos (43) y los enfermos de los que puedan someterse a un régimen normal (art. 63). La clasificación interior es competencia de las Juntas de distribución de patios, quien responde ante el Director del Centro.

– Las celdas y dormitorios, que estarán amuebladas con lo estrictamente necesario, permanecerán cerradas durante el día (44), correspondiendo su limpieza, como el resto de dependencias del establecimiento, a los internos (art. 64).

(42) *Vid.* el artículo 2 citado al estudiar el título I.

(43) A este fin, el artículo 17 del acuerdo número 11 de 1995, del Consejo Directivo del INPEC, que aprueba el Reglamento general de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, dispone que, en cuanto sea posible, se crearán las siguientes categorías: de dieciocho a treinta años, de treinta y uno a cincuenta y cinco, y de cincuenta y cinco años en adelante.

(44) «Sin que los internos puedan permanecer en ellas, salvo por razones de enfermedad o porque tengan autorizadas visitas íntimas» (art. 12 del Reglamento General).

– La libertad requiere orden de autoridad judicial competente. Treinta días antes de la fecha de cumplimiento de la condena el Director del Centro lo comunicará al Juez de ejecución, y si llegada la fecha no hay respuesta procederá a la excarcelación (art. 70).

Como ya dijimos, se observa un sobresaliente defecto sistemático en cuanto que materias reguladas en este título deberían estar ubicadas en otros títulos; es el caso de las garantías de determinados derechos que deberían figurar en un Estatuto jurídico ubicado en el título I o la proscripción de internos con facultades disciplinarias que encontraría mejor cabida en el título XI. Por el contrario, materias asentadas en otros lugares del Código, como, por ejemplo, las comunicaciones, dada su naturaleza eminentemente regimental, deberían tener cabida en el título que comentamos. Hubiese sido más clarificador haber seguido, a la hora de regular las materias regiminales, un criterio cronológico consistente en comenzar reglando el ingreso y terminar con la excarcelación, colocando entre ambos todas las instituciones regiminales: visita del ingreso, apertura de documentación, separación interior, conducciones, comunicaciones...

Otra deficiencia, y ésta de técnica normativa, es la duplicidad de atribución competencial al Director general del INPEC de la fijación del Centro de cumplimiento de condena, lo que se realiza tanto en el artículo 62 como en el 72.

Mención positiva ha de tener la regulación de la separación interior, que mejora sustancialmente la contemplada en el Decreto de 1964, si bien la rigidez de la misma podía haberse limitado, en el sentido de permitir excepcionalmente que hombres y mujeres puedan estar juntos (módulos mixtos) y que menores (peligrosos) puedan ser ubicados en departamentos de adultos, previsiones contempladas en el Derecho español (art. 99, núms. 3 y 4 del Reglamento Penitenciario).

Los títulos VII, VIII y XI se refiere al trabajo penitenciario, a educación y enseñanza y al servicio de sanidad, respectivamente.

En la regulación del trabajo penitenciario se observa una sustancial mejora respecto a la normativa derogada. Por lo pronto, la obligación de trabajar ahora sólo recae en los condenados, entendiéndose el trabajo como un medio terapéutico adecuado a los fines de resocialización (art. 79). Se proscribía la posibilidad de que los internos contraten con particulares, debiendo estar canalizados todos los contratos de trabajo a través de una empresa de economía mixta denominada «Renacimiento», lo que, en principio, viene a garantizar la no explotación de mano de obra barata por parte de empresarios particulares (45). Todos los sistemas de ahorro y

(45) No obstante, quizás hubiese sido más correcto constituir una empresa de naturaleza puramente pública, ya que ello permitiría evitar que parte de los beneficios no sean destinados a programas de rehabilitación por estar afectos al reparto a los accionistas, que con la formulación actual (art. 90) puede llegar a un 50 por 100.

rebajas de sueldo característicos del Decreto de 1964 desaparecen, quedando como única mención genérica la encomienda al Director del centro para que estimule a los internos para ahorrar (art. 88). Por otra parte, se contempla el beneficio de redención de penas por el trabajo, en la cuantía de un día de redención por cada dos de trabajo (art. 82), debiendo ser aprobado por el Juez de ejecución de penas (46).

Respecto a la educación y enseñanza se coloca, lo mismo que ocurría con el trabajo, en la base fundamental de la resocialización (art. 94), por lo que deberían estar ambas ubicadas en el capítulo del tratamiento penitenciario. Se considera obligatorio la asistencia a la escuela de los analfabetos y se prevé que en cada centro exista una biblioteca, además de contemplar la posibilidad de seguir estudios superiores a distancia. En cuanto a la redención de penas se permite su aplicación tanto para los internos estudiantes como para aquellos que realicen actividades docentes, así como por actividades literarias, deportivas, artísticas y en comités de internos. En líneas generales la regulación es bastante aceptable, habiéndose obviado algunas previsiones contenidas en el Decreto 1817 que han quedado de todo punto anacrónicas (47).

Sobre el servicio de sanidad se dispone que la atención básica sea realizada por el servicio médico penitenciario, que estará integrado por médicos, psicólogos, odontólogos, psiquiatras, terapeutas, enfermeros y auxiliares de enfermería (art. 105). Los casos urgentes serán atendidos en hospitales extrapenitenciarios, permitiéndose en casos excepcionales la atención por médicos particulares (art. 106). Se trata, pues, de una regulación en la que se garantiza la atención sanitaria a los internos, y como tal nada de achacable tiene, salvo advertir que para que la misma sea una realidad no basta con que exista la letra de la ley, sino que requiere un esfuerzo en la dotación de personal y de infraestructura.

El título X viene a ocuparse de las comunicaciones y visitas (48),

(46) La redención de penas por el trabajo ha quedado desarrollada por la Resolución del Director general del INPEC número 3272, de 26 de mayo de 1995 (modificada parcialmente por Resolución 6541 de 11 de septiembre), en donde se determinan las actividades laborales válidas para causar redención (art. 2), a saber: actividades industriales, agrícolas, pecuniarias, artesanales, de mantenimiento, servicios y labores públicas.

El Derecho Penitenciario colombiano desconoce redenciones extraordinarias y especiales como las conocidas en el Derecho español en el Reglamento Penitenciario de 1956, vigente hasta mayo de 1996, si bien de todavía aplicación en el derecho transitorio.

(47) Tal era el caso del derogado artículo 191, que establecía que, al menos, dos veces por semana se dictasen conferencias sobre cuestiones patrióticas, morales e higiénicas.

(48) Curiosamente, el Reglamento General desarrolla este título bajo el nombre genérico de «comunicaciones» incluyendo bajo su campo regulador también a las visitas, suponiendo un defecto de técnica normativa esta discordancia.

comenzando con la consagración de la libertad que gozan los internos a recibir información del exterior, salvo grave amenaza de alteración del orden, en cuyo caso la restricción deberá ser motivada. Para ello se establece un sistema diario de información que recoja las noticias más importantes de la vida nacional e internacional, bien a través de boletines emitidos por la dirección bien por cualquier otro medio que haga efectiva la información. Igualmente queda prohibida la posesión y circulación de material pornográfico dentro de los establecimientos (art. 110).

Positiva consideración merece el reconocimiento de esta libertad, si bien de nuevo volvemos a insistir en su defectuosa ubicación sistemática, siendo su sede natural la del estatuto jurídico del interno propuesta cuando comentamos el título I. Sin embargo, entendemos criticable la prohibición absoluta de posesión y circulación de material pornográfico, la cual también existía en el Reglamento Penitenciario español de 1981, que sólo permitía su consulta en locales adecuados, y que el Reglamento de 1996 (art. 128) ha suprimido por entender que existe el derecho del interno a tener acceso a todas la publicaciones de circulación libre en el exterior, sólo con dos excepciones: que el tratamiento individualizado no haga aconsejable determinadas lecturas (piénsese el material pornográfico para delincuentes sexuales) o cuando el contenido de la publicación atente contra la seguridad o el orden del Centro (por ejemplo, revistas de armas que pueden servir para hacer moldes o revistas en que se incite a la violencia, consumo de drogas...), prohibición esta última que, sorprendentemente, no ha sido contemplada por el legislador colombiano.

Respecto a las comunicaciones sobresale, por un lado, la parquedad con las que el Código las contempla, dedicándoles tan sólo un artículo (art. 111), siendo necesario, por tanto, completar tal regulación con el Reglamento general (arts. 24 ss.), y por otro lado, la confusión terminológica entre comunicaciones y visitas, llegándose en ocasiones a utilizar indistintamente ambos conceptos (49).

Respecto a las comunicaciones, y después de reconocer el derecho que asiste al interno a disponer de las mismas, se establecen las siguientes:

– Comunicaciones telefónicas a través de teléfonos públicos, estando totalmente prohibida la tenencia de aparatos o medios de comunicación privados, tales como fax, teléfonos, buscapersonas o similares (art. 111, párrafo 4.º, del Código). Se reconoce el derecho a una llamada telefónica al momento del ingreso con el fin de ponerse en contacto con su

(49) Tal es el caso de lo que serían comunicaciones con Abogados, que en el Código (art. 112) se entiende como visita y en el Reglamento (art. 27) como comunicación. La diferencia conceptual, al menos en el Derecho español, estriba en la inmediatez física que caracteriza a las visitas (visita íntima, de convivencia y familiar) frente a la falta de esta característica en las comunicaciones (telefónicas, por locutorio y escritas).

Abogado y con la familia, y cuando existan razones urgentes que comunicarles (art. 25 del Reglamento).

– Comunicación escrita a través de correspondencia, la cual gozará de franquicia postal (art. 111, párrafo 5.º), sin que exista limitación en cuanto al núm. de cartas que puedan remitir o recibir los internos y garantizándose el secreto de su contenido (art. 24 del Reglamento).

Es muy loable la evolución que el Derecho Penitenciario colombiano ha experimentado en este campo, al haber desaparecido la intervención automática de la correspondencia y las limitaciones numéricas que caracterizaban a la legislación anterior.

Por lo que a las visitas se refiere, se consagran las siguientes:

– Visitas de familiares y amigos, estableciéndose el sábado para los visitantes masculinos y el domingo para los femeninos; el interno tienen derecho a una visita semanal cada uno de esos días. El número máximo de visitantes en cada visita es tres, y se realizarán en locutorios adecuados y nunca en los lugares destinados al alojamiento de los internos (art. 26 del Reglamento).

– Visitas íntimas una vez al mes con cónyuge o compañero-a, que se celebrarán en locales adecuados (arts. 29 y 30 del Reglamento).

– Visitas de los medios de comunicación (art. 115 del Código), que cuando pretendan entrevistas a un interno deberán contar con autorización judicial en caso de sindicados y del Director general del INPEC en caso de penados.

– Otras visitas: de Abogados, autoridades judiciales y administrativas, de inspección, de colaboradores externos, y de organismos internacionales y de representantes diplomáticos y consulares (arts. 27, 28 y de 31 a 34 del Reglamento).

Para todas estas visitas se establece un procedimiento común (art. 35 del Reglamento) que incluye, entre otras medidas, el someterse por parte de los visitantes a la presentación de la cédula de ciudadanía, a la colocación de sellos (50), y a permitir ser fotografiados y olfateados por perros.

Se establecen asimismo los supuestos en los que se suspenderán inmediatamente las visitas (art. 36 del Reglamento), bien sea por inadecuada conducta del visitante o por circunstancias sobrevenidas en el establecimiento (alteración del orden), añadiéndose una regulación específica de las suspensiones de las visitas íntimas (art. 37) en los supuestos de:

a) Incumplimiento de los requisitos de salubridad e higiene, previo informe médico.

(50) Impresión de sellos identificativos de los que están exentos los menores de doce años, Magistrados, Jueces, Fiscales, Defensores y Apoderados. No obstante se entiende que este arcaico sistema perdurará tan sólo transitoriamente hasta que se implante el sistema de identificación por códigos de barras.

- b) Cuando a juicio del equipo médico del centro o en su defecto de médico oficial, sobreviniere enfermedad que haga prever contagio.
- c) Cuando el interno cometa falta grave que dé lugar a sanción de suspensión de visita o aislamiento.
- d) Cuando para obtener este beneficio se utilicen engaños comprobados.

En líneas generales, y como ocurría con las comunicaciones, también aquí se detecta una mejora sustancial de la regulación de las visitas si la comparamos con el Decreto 1817, siendo de destacar la desaparición de las restricciones existentes en la normativa de 1964 en cuanto a las personas, número y contenido de las visitas. No obstante, entendemos hartamente criticable la diferenciación de días de la semana según en sexo de los comunicantes, lo que necesariamente acarrea, por ejemplo, que los padres de un interno no puedan ver, conjuntamente, a su hijo en la misma visita, y tengan que trasladarse dos días al Centro, con grave perjuicio económico en los supuestos de domicilios familiares alejados o mal comunicados. En lo que a la visita íntima se refiere, se considera un acierto su inclusión en el Derecho penitenciario colombiano, así como su extensión no sólo a los cónyuges sino también a las parejas de hecho (51), si bien no merece positiva aceptación la posibilidad de suspender las visitas por toda enfermedad contagiosa, extendiéndola a los supuestos en los que no exista aislamiento sanitario, ya que ello supone que en determinadas enfermedades, caso del SIDA, la Administración se arrogue el derecho de, rompiendo la confidencialidad sanitaria, imponer una abstinencia sexual a quien puede poner frenos a las posibilidades de contagio. Igual negativa consideración merece el establecimiento de un procedimiento de acceso a las visitas aplicable a todas las personas visitantes, que lleva, por ejemplo, a obligar al Juez de ejecución de penas a ser oído por los padres o a ser requisado a un representante del Ministerio Fiscal.

En el título XI se regula el Régimen disciplinario para los internos, normativa que ha de ser complementada con la Resolución núm. 5817 del Director general del INPEC de 18 de agosto de 1994 que lo reglamenta.

El objeto del Régimen disciplinario es encauzar la conducta a fin de evitar que, por acciones u omisiones, los internos menoscaben la discipli-

(51) El propio artículo 30 del Reglamento prevé la necesaria comprobación, por parte del Director de cada establecimiento, de la veracidad del estado civil o convivencia de hecho del visitante, al objeto de evitarse contactos con prostitutas. Esta exclusión se debe a que el Derecho colombiano ha asentado la visita íntima en «principios de higiene, seguridad y moral», lo que entendemos criticable ya que, en nuestra opinión, la regulación de la visita íntima debe estar descargada de todo aspecto moral, limitándose a permitir el contacto sexual entre parejas, hetero u homosexuales, que dotarán a tal contacto de los valores personales que ellos tengan respecto a las relaciones sexuales (ejercicio de una libertad, necesidad física, débito conyugal, acto amoroso...), sin que el legislador deba entrar a sopesar tales aspectos.

na, el respeto a los funcionarios y se ponga en peligro la resocialización como fundamento de la reinserción a la sociedad de los mismos (art. 3 del Reglamento).

Respecto a los principios que informan todo el régimen disciplinario penitenciario, el artículo 117 del Código se limita a consagrar el principio de legalidad, siendo el Reglamento de Régimen disciplinario aprobado por Resolución 5817 de 1994, el que establece todo un catálogo de principios catalogados de Derecho administrativo (art. 2 del Reglamento), que se concretan en:

- Naturaleza pública de la acción disciplinaria, por lo que el expediente se inicia e impulsa de oficio (art. 4).
- Obligatoriedad de la ejecución de la sanción disciplinaria (art. 5).
- *In dubio pro reo*, para resolver las dudas que se planteen dentro del proceso disciplinario (art. 6).
- Gratuidad del proceso para los intervinientes, salvada la solicitud de copias (art. 7).
- Principio de legalidad. Tanto las conductas calificadas como falta como las sanciones a imponer han de estar previamente definidas en la Constitución, en la Ley 65/1993 o en el Reglamento de Régimen disciplinario de 1994. No obstante, se salva la posibilidad de la utilización de medios coercitivos (52), los cuales estarán dirigidas al restablecimiento de la normalidad y sólo subsistirán por el tiempo necesario (art. 8) (53).
- Principio de *non bis in idem*, según el cual ningún interno será sancionando por actos o hechos que ya hayan sido objeto de sanción, exoneración o prescripción (art. 9).
- Principio de igualdad, sin que por parte del funcionario que tenga competencia disciplinaria puedan darse discriminaciones entre los sujetos procesales (art. 10).
- Principio de defensa, garantizándose los derechos del interno a ser oído en descargos y a que presente pruebas y demás acciones necesarias para su defensa (art. 11).
- Principio de aplicación de la norma más favorables aun con efectos retroactivos (art. 12).
- Principio de sujeción a un proceso, que supone que ningún interno será sancionando sino conforme al proceso establecido (art. 13) y por órgano competente (art. 14).

Como marco general en el que ha de moverse el Derecho Penitenciario sancionador merece una muy positiva acogida la consagración de estos prin-

(52) Según el artículo 54 del Reglamento General de establecimientos penales y carcelarios, se consideran medios coercitivos: el aislamiento provisional, la fuerza física personal, el empleo de los bastones de mando, los gases antimotines y las esposas.

(53) El Reglamento General (art. 54) precisa «estrictamente» necesario.

cipios, si bien queda un tanto vaga la redacción del *non bis in idem* al no abordarse los supuestos más problemáticos, esto es, la duplicidad de las sanciones en sede penal y administrativa, pese a que del artículo 51 del Reglamento parece deducirse que en tales supuestos el citado principio está exceptuado, como ocurre en el Derecho español (art. 232, núm. 4, del Reglamento Penitenciario), al establecer que cuando una infracción pudiese ser causa de delito se informará a la justicia penal. Igualmente, no hubiera estado de más realizar una expresa mención a la proscripción de la analogía.

En el ámbito de las faltas se entiende punibles la autoría, que incluye tanto el autor material como el incitador, la complicidad y el encubrimiento (art. 16), y se establece una regla concursal según la cual el que con una o varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la sanción más grave o, en su defecto, a una de mayor entidad, agravada acorde con las circunstancias de modo, tiempo y lugar (art. 17).

Las faltas son clasificadas en leves y graves, recorriéndose un elenco que fija (art. 121 del Código y 20 del Reglamento) 17 tipos leves (54) y 29 faltas graves (55). Para la calificación de las mismas se dispone (art. 127

(54) Son faltas leves: 1. Retardo en obedecer la orden recibida; 2. Descuido en el aseo personal, del establecimiento, celda o taller; 3. Negligencia en el trabajo, en el estudio o en la enseñanza; 4. Violación del silencio nocturno. Perturbación de la armonía y del ambiente con gritos o volumen alto de aparatos o instrumentos de sonido, sin autorización; 5. Abandono del puesto durante el día; 6. Faltar al respeto a sus compañeros o ridiculizarlos; 7. Descansar en la cama durante el día sin motivo justificado; 8. Causar daño por negligencia o descuido al vestuario, a los objetos de uso personal, a los materiales o a los bienes muebles entregados para su trabajo, estudio o enseñanza; 9. Violar las disposiciones relativas al trámite de la correspondencia y al régimen de las visitas; 10. Eludir el lavado de las prendas de uso personal, cuando reglamentariamente le corresponda hacerlo; 11. Emitir expresiones públicas o adoptar modales o actitudes contra el buen nombre de la justicia o de la institución, sin perjuicio del derecho a elevar solicitudes respetuosas; 12. No asistir o fingir enfermedad para no intervenir en los actos colectivos solemnes programados por la dirección; 13. Cometer actos contrarios al debido respeto de la dignidad de los compañeros o de las autoridades; 14. Irrespetar o desobedecer las órdenes de las autoridades penitenciarias y carcelarias; 15. Incumplir los deberes establecidos en el reglamento interno; 16. Faltar sin excusa al trabajo, al estudio o la enseñanza; 17. Demorar sin causa justificada la entrega de bienes o herramientas confiadas a su cuidado.

(55) Son faltas graves: 1. Tenencia de objetos prohibidos como armas; posesión, consumo o comercialización de drogas o bebidas alcohólicas; 2. La celebración de contratos de obra que deban ejecutarse dentro del centro de reclusión, sin autorización del director; 3. Ejecución de trabajos clandestinos; 4. Dañar los alimentos destinados al consumo del establecimiento; 5. Negligencia habitual en el trabajo, en el estudio o enseñanza; 6. Conducta obscena; 7. Dañar o manchar las puertas, muros del establecimiento o pintar en ellos inscripciones o dibujos no autorizados; 8. Romper los avisos o reglamentos fijados en cualquier sitio del establecimiento por orden de la autoridad; 9. Apostar dinero en juegos de suerte o azar; 10. Abandonar durante la noche el lecho o puesto asignado; 11. Asumir actitud irrespetuosa en las funciones de culto; 12. Hurtar, ocultar o sustraer objetos de propiedad o de uso de la

del Código) que se deben tener en cuenta las circunstancias que la agraven o atenúen, las relativas a la modalidad del hecho, al daño producido, al grado del estado anímico del interno, a su buena conducta anterior en el establecimiento, a su respeto por el orden y disciplina dentro del mismo y situaciones análogas. Asimismo, se establece (art. 27 del Reglamento) un plazo de prescripción de seis meses para las faltas leves y un año para las graves.

Quizá hubiese sido más correcto realizar una clasificación de las faltas en tres niveles (leves, graves y muy graves), ya que en la regulación que comentamos se observan ciertos desajustes valorativos: así, por ejemplo, reciben igual calificación (falta grave) conductas de tal relevancia como la evasión o la agresión a un funcionario que otras casi baladíes, como el dañar una puerta, abandonar el lecho durante la noche o abusar de los bienes de la institución.

En cuanto a la redacción de las infracciones se detecta una mejora muy sustancial respecto a la realizada en el Decreto de 1964, huyéndose de fórmulas abiertas y del abuso de conceptos jurídicos indeterminados, si bien todavía queda alguna reminiscencia de ambos defectos, como es el caso de la redacción de los objetos prohibidos a través de la fórmula ejemplificadora de «tales como» o las referencias a «conducta obscena». Sí que es criticable la extensión de los catálogos de faltas, en muchas ocasiones con redacción redundante (56), y la remisión que el núm. 29 de las faltas graves hace al incumplimiento genérico del régimen interno. Igual consideración crítica merece el artículo 127 antes mencionado, en lo

institución, de los internos o del personal de la misma; 13. Intentar, facilitar o consumir la evasión; 14. Protestas colectivas; 15. Comunicaciones o correspondencia clandestina con otros condenados o detenidos y con extraños; 16. Agredir, amenazar o asumir grave actitud irrespetuosa contra los funcionarios de la institución, funcionarios judiciales, administrativos, los visitantes y los compañeros; 17. Incitar a los compañeros para que cometan desórdenes u otras faltas graves o leves; 18. Apagar el alumbrado del establecimiento o de las partes comunes durante la noche sin el debido permiso; 19. Propiciar tumultos, motines, lanzar gritos sediciosos para incitar a los compañeros a la rebelión. Oponer resistencia para someterse a las sanciones impuestas; 20. Uso de dinero contra la prohibición establecida en el reglamento; 21. Entregar u ofrecer dinero para obtener provecho ilícito, organizar expendios clandestinos o prohibidos; 22. Hacer uso, dañar con dolo o disponer abusivamente de los bienes de la institución; 23. Falsificar documento público o privado, que pueda servir de prueba o consignar en él una falsedad; 24. Asumir conductas dirigidas a menoscabar la seguridad y tranquilidad del centro de reclusión; 25. Entrar, permanecer o circular en áreas de acceso prohibido o no contar con la autorización para ello en lugares cuyo acceso esté restringido; 26. Hacer proselitismo político; 27. Lanzar consignas o lemas subversivos; 28. Incumplir las sanciones impuestas; 29. El incumplimiento grave al régimen interno y las medidas de seguridad de los centros de reclusión.

(56) Los núms. 4, 7 y 8 de las graves podrían estar perfectamente englobados en uno sólo, se debería huir de referencias a personas a las que se agrade sustituyéndolo por expresiones abiertas de «a toda persona»...

referente a los criterios a tener en cuenta para calificar la falta, pues suponen un atentado frontal del principio de legalidad y tipicidad.

Las sanciones que corresponden a cada tipo de falta son las siguientes (art. 123 del Código y 24 del Reglamento):

– Las faltas leves podrán ser castigadas con amonestación, privación del derecho a participar en actividades recreativas hasta por ocho días; supresión de hasta cinco visitas sucesivas; supresión parcial o total de alguno de los estímulos por tiempo determinado.

– Las faltas graves podrán ser sancionadas con pérdida del derecho de redención de pena hasta por sesenta días; suspensión de hasta diez visitas sucesivas; aislamiento en celda hasta por sesenta días, en cuyo caso tendrá derecho a dos horas de sol diarias y no podrá recibir visitas, siendo controlado el aislamiento por el médico del establecimiento.

Conviene advertir que el aislamiento no es considerado exclusivamente como una sanción, sino que también se admite (art. 126 del Código) como medida preventiva que se puede imponer por razones sanitarias, cuando se requiera para mantener la seguridad interna y a propia solicitud del recluso («refugiarse» en terminología española) previa autorización del director del establecimiento.

Del catálogo de sanciones sobresale, como novedad positiva, la desaparición de la reprensión pública, por lo que de infamante tenía y la limitación de la sanción de aislamiento exclusivamente a las faltas graves. Por contra, no parece aceptable la sanción de privación de vistas, pues ha de entenderse que las mismas son unos derechos intangibles del recluso, ya que de otra manera los perjuicios de la conducta del recluso se extrapolan allende lo penitenciario para adentrarse en lo familiar.

Para determinar la sanción (dosificarla en expresión utilizada por el Reglamento) se han de tener en cuenta unos criterios, cuales son (art. 22 del Reglamento):

a) La naturaleza de la falta y sus efectos, los cuales se apreciarán según la trascendencia social de la misma y el mal ejemplo dado.

b) Las modalidades o circunstancias de la falta que se analizarán teniendo en cuenta su cuidadosa preparación, el grado de participación en la comisión de la misma y la existencia de atenuantes o agravantes (57).

(57) El Reglamento, en el propio artículo 22, establece cuáles son las circunstancias que agravan la responsabilidad disciplinaria, y que se concretan en: 1. El haber incurrido en falta grave durante los seis meses anteriores, o en falta leve dentro de los tres meses anteriores a la comisión de la que se investiga; 2. Haber procedido por motivos innobles o fútiles; 3. Haber preparado ponderadamente la falta; 4. Haber obrado en complicidad de otro u otras personas; 5. Haber cometido la falta para ejecutar u ocultar otra; 6. Haber intentado atribuir a otro u otros la responsabilidad de la falta; 7. Haber cometido la falta aprovechando la confianza depositada.

- c) Los motivos determinantes se apreciarán según se haya procedido por causas innobles o fútiles, o por nobles o altruistas.
- d) Procurar por iniciativa propia resarcir el daño o compensar el perjuicio causado, antes que le sea impuesta la sanción.
- e) Cometer la falta en estado de ofuscación, originada en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobada.

Como valoración general se entiende más que acertada la inclusión de unos criterios de determinación de la sanción a imponer, si bien deja que desear la redacción de alguno de ellos, como la referencia al mal ejemplo dado.

Igualmente, se determinan las causas de justificación y de inimputabilidad. Respecto a las primeras, el artículo 23 señala que la conducta se justifica, y, por tanto, no da lugar a sanción, cuando se comete: en estricto cumplimiento de un deber legal; por fuerza mayor o caso fortuito; por necesidad de proteger o salvaguardar un derecho de superior jerarquía y significación social, un peligro actual o inminente no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia que no tenga el deber jurídico de afrontar; y por actuar en legítima defensa. Por lo que a las causas de inimputabilidad se refiere, el artículo 25 del Reglamento establece que no son sujetos sancionables disciplinariamente quienes en el momento de ejecutar el hecho constitutivo objetivamente de falta disciplinaria, no tuvieran capacidad de comprender su ilícitud o determinarse de acuerdo con la comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental, debidamente comprobado, y siempre y cuando el agente no hubiera preordenado su conducta. Regulación ésta que supone una indudable mejora respecto a la normativa derogada.

Señalar que en el mismo título XI se recogen también las recompensas (la legislación colombiana habla de «estímulos») a las que pueden ser acreedores los internos (arts. 129 a 132 del Código y 30 a 35 del Reglamento), concretándose las mismas en felicitación privada, felicitación pública, recompensa pecuniaria y permiso de recibir una vez por mes dos visitas extraordinarias.

Respecto al procedimiento disciplinario, el gran ausente del Decreto 1817, la Ley 65 se limita a establecer las bases fundamentales del mismo (art. 134 y s.), siendo el Reglamento de 1994 el que establece una pormenorizada regulación del mismo (arts. 36 a 52).

La competencia para iniciar el procedimiento, conocer y sancionar la ostenta el Director en exclusividad en las cárceles, penitenciarías y pabellones de alta seguridad, y el resto de los establecimientos las comparten el Director (58), que la tiene para el conocimiento y fallo de las faltas

(58) El Subdirector puede asimismo tener competencia si así lo comisiona el Director.

leves, y el Consejo de Disciplina (59), competente en los supuestos de faltas graves. Las partes del procedimiento son el expedientado y el funcionario investigador que será, para el caso de investigación formal, el Subdirector del centro, si bien se permite que las diligencias preliminares sean realizadas por otro funcionario. Se regulan los casos de abstención y recusación, estableciéndose que cuando el abstenido o recusado sea el Director la competencia pase al Director regional.

Como manifestaciones del derecho de defensa al expedientado le asisten los derechos de:

- a) Rendir descargos por escrito o solicitar expresamente ser oído en diligencias de descargos.
- b) Aportar o solicitar la práctica de pruebas que considere necesarias para su defensa.
- c) Impugnar las decisiones cuando hubiere lugar a ello.

La instrucción del expediente se sustancia en los plazos de dos días hábiles para las faltas leves y cuatro para graves (60), dentro de los cuales el instructor debe elevar al Director la calificación de la falta, que en función del establecimiento y de la tipología de la infracción sancionará él o el Consejo de Disciplina. Contra el acuerdo sancionador, el interno podrá interponer, en el término de tres días, recurso de reposición ante la Dirección del establecimiento. Especial mención merece la posibilidad de suspender condicionalmente la sanción impuesta a internos no reincidentes, en cuyo caso, transcurridos tres meses sin ser nuevamente sancionando, la sanción se entiende como no impuesta, instituto bien conocido en el Derecho europeo e introducido, con alguna variante, en el Derecho español en el artículo 255 del Reglamento Penitenciario de 1996.

Como ya dijimos, la ausencia de regulación del procedimiento disciplinario era una de las bochornosas carencias de la normativa anterior a 1993, ahora superada con gran altura. No obstante, se aprecian algunas deficiencias como la falta de operatividad que supone la competencia compartida entre el Director y el Consejo de Disciplina, la mastodóntica composición de este órgano colegiado o la inclusión en el mismo de un representante de los internos que en nada colabora a la configuración técnica que debe tener un órgano sancionador. La tramitación peca de una excesiva celeridad, lo que supone sacrificar derechos del expedientado como que se le notifiquen las actuaciones, la valoración de las pruebas, la propuesta

(59) Este órgano colegiado, según dispone el artículo 75 del Reglamento General, está integrado por el Director, que lo preside, el asesor jurídico, el jefe de talleres, el jefe de la sección educativa, el psicólogo, el trabajador social, el comandante de vigilancia, el médico, el personero municipal o su delegado y un representante elegido por la población reclusa.

(60) Estos plazos, según dispone el art. 46 del Reglamento, se ampliarán tres días hábiles si hubieran de practicarse pruebas.

formulada por el instructor, la cual debería ser no sólo de la clasificación sino también de una sanción concreta... Igualmente, carece de una regulación específica de los contenidos del pliego de cargos y del acuerdo sancionador, así como de las medidas cautelares que durante el procedimiento pueden imponerse, con mención expresa de la posibilidad de abono del aislamiento provisional a sanciones de aislamiento impuestas posteriormente (61). Asimismo, y conectando con lo que ya dijimos anteriormente cuando hablamos del Juez de ejecución de penas, falta la configuración de un sistema de recursos judiciales que garanticen un control jurisdiccional de una parcela tan trascendente como es la disciplinaria.

El título XII viene a regular las actuaciones que se han de realizar cuando media una evasión, señalándose que por parte del Director del establecimiento se deberán llevar a cabo las primeras pesquisas y poner el hecho en conocimiento de las autoridades correspondientes y de la Dirección del INPEC.

Igualmente, se determina que cuando el interno fugado se presente voluntariamente dentro de los tres primeros días siguientes a la fuga, se tendrá en cuenta la misma tan sólo a efectos disciplinarios.

A diferencia de lo que ocurría en la anterior normativa, la Ley 65/1993 ha dedicado todo un título (*título XIII*) al tratamiento penitenciario. Sin embargo, si analizamos el contenido observaremos que bajo este *nomen iuris* se encuentra fundamentalmente el desarrollo del sistema penitenciario adoptado por el Derecho colombiano, más que una regulación del tratamiento penitenciario entendido como conjunto de medidas tendentes a la obtención de la reinserción social. Es decir, se aborda la materia de la clasificación penitenciaria marginando la regulación de la ejecución del tratamiento propiamente dicho; se fija el marco más que el contenido.

Ya en el artículo 12 el Código establece que el cumplimiento de la pena se regirá por los principios del sistema progresivo, y en similares términos se pronuncia el artículo 22 al ocuparse de las penitenciarías, definiéndolas como establecimientos destinados a la reclusión de condenados y en las que se ejecuta la pena de prisión «mediante un sistema gradual y progresivo para el tratamiento de los internos».

En la legislación colombiana al tratamiento penitenciario se le asigna el objetivo (art. 142 del Código) de preparar al condenado para la vida en libertad mediante la resocialización, teniendo como límites a la dignidad humana y las necesidades particulares de cada sujeto, verificándose a través de la educación, instrucción, trabajo, actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia, y teniendo como principio el estudio científico de la personalidad, el cual será progresivo, programado e individualizado (art. 143).

(61) Todos estos aspectos han sido introducidos en el Reglamento Penitenciario español de 1996, suponiendo un notorio avance respecto al procedimiento regulado en el Reglamento de 1981.

El sistema progresivo consagrado en la Ley 65/1993 se conforma de las siguientes fases (art. 144):

Una primera fase de observación, diagnóstico y clasificación del interno. Como se puede ver, ha desaparecido la necesidad de que la citada fase se lleve a cabo mediante el aislamiento del observado durante un determinado número de días (art. 248 del Decreto 1817), lo cual es todo un acierto.

La segunda fase viene constituida por la alta seguridad, que comprende el llamado período cerrado.

La mediana seguridad, que comprende el período semiabierto, es la tercera fase del sistema, la cual se materializa a través de dos instituciones diferentes: los permisos de salida de hasta setenta y dos horas y la libertad preparatoria. Resulta llamativo observar cómo los permisos de salida, dado que para su disfrute es requisito indispensable, entre otros (62), estar clasificado en el período semiabierto, se configuren como parte del sistema progresivo, dotándolos de una naturaleza eminentemente tratamental.

La fase cuarta está representada por la mínima seguridad o período abierto, para culminar el proceso por la última fase que viene constituida por la libertad condicional o período de confianza.

El órgano colegiado encargado de la clasificación y del tratamiento es el Consejo de Evaluación y Tratamiento.

Resulta francamente loable que el Código Penitenciario y Carcelario de 1993 haya procedido a dotar de un título independiente al tratamiento penitenciario, si bien hubiera sido más acertado decantarse más que por una mención expresa al sistema progresivo haberlo hecho al de individualización científica, por lo que de superior tiene éste sobre aquél. La opción de incluir a los permisos de salida en el título del tratamiento también debe reci-

(62) Según el artículo 147 de la Ley 65, «La Dirección del Instituto Penitenciario y Carcelario podrá conceder permisos con la regularidad que se establezca al respecto, hasta de setenta y dos horas, para salir del establecimiento, sin vigilancia, a los condenados que reúnan los siguientes requisitos:

- 1.º Estar en fase de mediana seguridad.
- 2.º Haber descontado una tercera parte de la pena impuesta.
- 3.º No tener requerimientos de ninguna autoridad judicial.
- 4.º No registrar fuga ni tentativa de ella durante el desarrollo del proceso ni ejecución de la sentencia condenatoria.
- 5.º No estar condenado por delitos de competencia de Jueces regionales.
- 6.º Haber trabajado, estudiado o enseñando durante la reclusión y observado buena conducta, certificada por el Consejo de Disciplina.

Quien observare mala conducta durante uno de esos permisos o retardare su presentación al establecimiento sin justificación, se hará acreedor a la suspensión de dichos permisos hasta por seis meses, pero si reincide, cometiere un delito o una contravención especial de policía, se le cancelarán definitivamente los permisos de este género.»

bir favorable valoración, si bien ello supone disgregar la ubicación sistemática de la regulación de los permisos según la naturaleza de los mismos, encuadrando en el título del tratamiento los de preparación para la vida en libertad y dejar para otro lugar los llamados, en el Derecho español, permisos extraordinarios (63). Por lo que a la regulación de los permisos de salida se refiere, y comparándolos con nuestro Derecho (64), es criticable la excesiva corta duración de los mismos y lo draconiano de los supuestos de

(63) Estos permisos se encuentran en el artículo 139 de la Ley 65, encuadrados en el título dedicado a régimen disciplinario, lo cual supone una nefasta colocación sistemática, ya que los mismos deberían concebirse como auténticos derechos de naturaleza regimental.

(64) Artículo 154 del Reglamento Penitenciario (permisos ordinarios):

1. Se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grados, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta.

2. Los límites máximos anuales de treinta y seis y cuarenta y ocho días de permisos antes señalados, se distribuirán, como regla general, en los dos semestres naturales de cada año, concediendo en cada uno de ellos hasta dieciocho y veinticuatro días, respectivamente.

3. Dentro de los indicados límites no se computarán las salidas de fin de semana propias del régimen abierto ni las salidas programadas que se regulan en el artículo 114 de este Reglamento ni los permisos extraordinarios regulados en el artículo siguiente.

Artículo 156:

1. El informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

2. El Equipo Técnico establecerá, en su informe, las condiciones y controles que se deban observar, en su caso, durante el disfrute del permiso de salida, cuyo cumplimiento será valorado para la concesión de nuevos permisos.

Artículo 157:

1. Cuando antes de iniciarse el disfrute de un permiso ordinario o extraordinario se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión, la Dirección podrá suspender motivadamente con carácter provisional el permiso, poniéndose en conocimiento de la Autoridad administrativa o judicial competente la suspensión para que resuelva lo que proceda.

2. Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugarse o cometiese un nuevo delito durante el mismo, quedará sin efecto el permiso concedido, sin perjuicio de las consecuencias que se puedan derivar de su conducta en el orden penal y penitenciario y de que dichas circunstancias deban valorarse negativamente por el Equipo Técnico para la concesión de futuros permisos ordinarios.

cancelación (65). Por el contrario, resulta más aquilatado el colocar en una tercera parte el límite mínimo necesario de cumplimiento de condena para acceder a los mismos y el exigir, además del buen comportamiento disciplinario, una participación activa del interno en las actividades laborales y/o escolares.

El cuanto al órgano encargado del tratamiento se observa, al igual que ocurría con el Consejo de Disciplina, un excesivo número de componentes (66) que pueden convertirlo en poco eficaz, si realmente llega a existir todo ese personal (67).

Bajo la rúbrica de «Asistencia social, penitenciaria y carcelaria», *el título XIV* comprende todas las prestaciones que la Administración penitenciaria ofrece a los internos, tanto a nivel social, como religioso, jurídico y asistencial. Regula, asimismo, al voluntariado social, y los contratos y convenios de colaboración.

Se trata de una novedad, respecto a la normativa anterior, de gran importancia, ya que supone, además de remarcar el carácter tuitivo de la Administración Penitenciaria, la apertura de la misma a la sociedad a través de contactos con el voluntariado y con entidades del sector privado.

El título XV se ocupa del servicio pospenitenciario, incluyendo bajo el mismo los esfuerzos de integración personal y familiar de los liberados. Esta integración podrá materializarse a través de las llamadas «casas de pospenados» (art. 160). Igualmente, se recoge el abono de gastos de transporte por parte de la Administración Penitenciaria y la desaparición de los antecedentes penales una vez cumplida la condena al objeto de que no se constituyan en un factor de discriminación social o legal, declaración de principios de posible virtualidad tan sólo en la vida social y nunca en la esfera policial, judicial y penitenciaria, en cuyos ámbitos la necesidad de conocer la primariedad o reincidencia debe quedar fuera de toda duda.

Por último, *el título XVI* se conforma como un título de «Disposiciones varias», que incluye desde aspectos puramente generales (contratos de concesión, adquisición de elementos, cooperación de determinadas instituciones públicas...) hasta la previsión de los llamados estados de emergencia (art. 168) y la dación de facultades al Presidente de la República para dictar normas de determinadas materias (art. 172).

(65) Es absolutamente excesivo prohibir legalmente los futuros permisos de quien sólo ha cometido una contravención policial. Igualmente la prohibición absoluta y genérica de los mismos a quienes hayan cometido nuevo delito, sin entrar en la consideración del mismo y sus circunstancias, atenta contra el carácter tratamental que se ha pretendido imprimir a los mismos.

(66) Abogados, psiquiatras, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos, terapistas, antropólogos, sociólogos, criminólogos, penitenciaristas y miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia.

(67) El propio Reglamento General, en su artículo 79, ya deja entrever la posibilidad de que en la práctica prisional no existan todas las categorías profesionales antes descritas, al afirmar que el Consejo «estará integrado de acuerdo con las disponibilidades de personal».

V. BALANCE CONCLUSIVO

De lo hasta aquí expuesto se puede deducir la conclusión de que el Derecho Penitenciario colombiano ha experimentado en el último trienio una considerable evolución, colocándose, sin duda alguna, en un puesto preeminente respecto a otros ordenamientos penitenciarios hispanoamericanos, superando con creces la normativa que regía las prisiones colombianas desde mediados de la década de los sesenta. Aspectos como la educación, el trabajo, la sanidad, las comunicaciones y visitas, el régimen disciplinario o la asistencia penitenciaria y pospenitenciaria han visto mejorada sustancialmente su regulación.

No obstante, en el presente estudio se ha pretendido llevar a cabo un análisis comparativo con el Derecho español, lo que ha llevado a adoptar posiciones críticas y señalar carencias y posibles soluciones a algunas deficiencias detectadas. Entre las mismas cabe citar la defectuosa técnica normativa utilizada en ocasiones, la necesaria reducción del número de internos a través de las reformas penales y procesales pertinentes y, sobre todo, la configuración del Juez de ejecución de penas como un auténtico garante de los derechos de los internos, para lo cual la instauración de un sistema de quejas y recursos ante dicho Juez y un mecanismo de intervención directa del mismo en las decisiones administrativas más trascendentales se torna ineludible.

En cualquiera de los casos se ha perseguido que tanto el lector español tenga un acercamiento a la realidad jurídico-penitenciaria de Colombia, como que el eventual penitenciarista colombiano que lea estas páginas vea sometido su ordenamiento a un análisis crítico-constructivo, ya que en ningún caso se ha pretendido analizar lo ajeno desde la prepotencia de creer que lo propio es inmejorable, sino desde el mero deseo de contribuir científicamente a una evolución jurídica superadora. Esta idea ha presidido todo el trabajo y justifica la cita con la que lo encabezamos.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

SUMARIO: I. Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.—Real Decreto 385/1996, de 1 de marzo, por el que se establece el régimen retributivo e indemnizatorio del desempeño de las funciones del jurado.—Instrumento de ratificación del Convenio Europeo número 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970 *.

Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. *Justificación de la reforma*

Los derechos otorgados a los ciudadanos por los artículos 24 y 25 de la Constitución son corolario evidente de la concepción social o asistencial del Estado Democrático de Derecho, tal y como ha sido configurado por nuestra Norma Fundamental. En lógica coherencia con los contenidos de estos preceptos constitucionales, y al objeto de asegurar a todas las personas el acceso a la tutela judicial efectiva, el artículo 119 del propio texto constitucional previene que la Justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar. Con todo ello, nuestra Norma Fundamental diseña un marco constitucional regulador del derecho a la tutela judicial que incluye, por parte del Estado, una actividad prestacional encaminada a la provisión de los medios nece-

* La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (*BOE* de 24 de noviembre de 1995) y el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (*BOE* de 15 de febrero de 1996), dada su extensión, no se reproducen en esta sección, remitiéndonos a los textos legales ya publicados.

sarios para hacer que este derecho sea real y efectivo incluso cuando quien desea ejercerlo carezca de recursos económicos.

Suprimidas por la Ley 25/1986 las tasas judiciales, el núcleo de los costes económicos derivados del acceso a la tutela judicial viene determinado por la intervención en el mismo, por imperativo legal, en la mayor parte de las ocasiones, de profesionales especializados en la defensa y representación de los derechos e intereses legítimos. En efecto, una vez que el Estado ha renunciado a la percepción de cualquier cantidad por el acceso al aparato judicial, son los honorarios de abogados, de procuradores y, en su caso, de cualesquiera otros profesionales, así como el coste de la obtención de las pruebas documentales o periciales necesarias, los que implican un coste económico inasumible para los ciudadanos que no disponen de los recursos económicos necesarios para hacerles frente.

La previsión constitucional del artículo 119 ha sido ya objeto de desarrollo por la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, que en sus artículos 20.2 y 440.2 recoge el mandato constitucional y remite, para la regulación del sistema de justicia gratuita, a la ley ordinaria. En virtud de esta reserva de ley, corresponde al legislador ordinario dar cumplimiento a la encomienda constitucional de que se articule un sistema de justicia gratuita para aquellos que carezcan de recursos.

2. *Vocación unificadora*

A esa finalidad responde la presente Ley, cuyo objeto es regular un sistema de justicia gratuita que permita a los ciudadanos que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, proveerse de los profesionales necesarios para acceder a la tutela judicial efectiva y ver adecuadamente defendidos sus derechos e intereses legítimos. Se trata, pues, de una ley cuyos beneficiarios y destinatarios directos son todos los ciudadanos que pretenden acceder a la tutela judicial efectiva y vean obstaculizado dicho acceso en razón de su situación económica. La finalidad es, por tanto, garantizar el acceso a la Justicia en condiciones de igualdad a todos los ciudadanos.

Frente a la dispersa legislación procesal que hasta ahora ha regulado la justicia gratuita, esta norma viene a unificar en sí misma el nuevo sistema legal de justicia gratuita; así pues, tal y como fue entendido por la Cámara Baja al aprobar por unanimidad en su sesión celebrada el 10 de mayo de 1994 la moción consecuencia de interpelación presentada por el Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, ratificada por la Resolución de 9 de febrero de 1995, la presente Ley regula un sistema único, concentrado en una sola norma, con las lógicas consecuencias de claridad y certeza que redundan, en definitiva, en un incremento de la seguridad jurídica.

3. *Ampliación del contenido material del derecho*

Al objeto de remover los obstáculos que impiden que los ciudadanos más desprotegidos accedan a la tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad, la presente Ley opera una notable transformación en el contenido material del derecho a la asistencia jurídica gratuita, configurándolo de forma más amplia.

En efecto, frente a los beneficios hasta ahora recogidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, el nuevo sistema configura un derecho más completo y, por tanto, más garantizador de la igualdad de las partes en el proceso, eliminando onerosidades excesivas que no son sino negaciones prácticas de aquélla; así, pues, a los beneficios ya consagrados por nuestro ordenamiento jurídico como propios del derecho a la asistencia jurídica gratuita, la Ley añade nuevas prestaciones tales como el asesoramiento y la orientación previos a la iniciación del proceso —lo cual ha de evi-

tar en numerosas ocasiones litigios artificiales tan costosos en todos los sentidos para la Justicia—, la asistencia pericial en el mismo y la reducción sustancial del coste para la obtención de escrituras y documentos notariales y de aquellos documentos emanados de los Registros Públicos, que puedan ser precisos para las partes en el proceso.

4. *El reconocimiento del derecho*

De igual modo, la Ley supone un paso más en la protección de esos ciudadanos más desfavorecidos que necesitan acceder a la tutela judicial para ver realizadas sus legítimas pretensiones o defendidos sus derechos.

Bajo la amplia libertad de configuración legal que se deriva del artículo 119 de la Constitución Española —libertad que nuestro Tribunal Constitucional ya reconoció expresamente—, la presente Ley llega más lejos que el sistema anterior al adoptar los criterios para reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita, estableciendo un doble mecanismo: por un lado, un criterio objetivo para el reconocimiento del derecho, basado en la situación económica de los solicitantes, y complementado por un mecanismo flexible de apreciación subjetiva acorde con nuestra jurisprudencia constitucional, que posibilita efectuar el reconocimiento excepcional del derecho a personas cuya situación económica excede del módulo legal pero que, sin embargo, afrontan unas circunstancias de una u otra índole que deben ser ponderadas y que hacen conveniente ese reconocimiento. En estos segundos supuestos excepcionales, y he aquí precisamente la diferencia con el régimen que la Ley de Enjuiciamiento Civil tenía establecido hasta hoy, la extensión del derecho puede llegar a ser total, incluyendo todas las prestaciones que lo integran.

Sin perjuicio de todo lo anterior, quedará siempre garantizado el derecho de los interesados a la libre designación de abogado y procurador.

5. *Actuación administrativa*

A pesar de que la evaluación del cumplimiento de los requisitos para gozar del derecho a la asistencia jurídica gratuita no es en sentido estricto una función jurisdiccional, así se ha mantenido tradicionalmente en nuestra legislación procesal.

Lejos de esa concepción, constituye esencial propósito de la Ley la «desjudicialización» del procedimiento para reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita, optándose así por las más modernas pautas que configuran dicha función como una actividad esencialmente administrativa.

La traslación del reconocimiento del derecho a sede administrativa responde a dos motivos: en primer término, se descarga a los Juzgados y Tribunales de una tarea que queda fuera de los márgenes constitucionales del ejercicio de la potestad jurisdiccional y, en segundo lugar, se agiliza la resolución de las solicitudes de los ciudadanos mediante una tramitación sumaria y normalizada. El reconocimiento del derecho pasa, por tanto, a convertirse en una función que descansa sobre el trabajo previo de los Colegios profesionales, que inician la tramitación ordinaria de las solicitudes, analizan las pretensiones y acuerdan designaciones o denegaciones provisionales, y, por otra parte, sobre la actuación de unos nuevos órganos administrativos, las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, como órganos formalmente responsables de la decisión final, y en cuya composición se hallan representadas las instancias intervinientes en el proceso.

No quiere ello decir que los órganos jurisdiccionales pierdan todo su peso en el reconocimiento, ya que la Ley garantiza suficientemente el control judicial sobre la aplicación efectiva del derecho, habilitando a aquéllos para decidir sobre el mismo, en vía de recurso.

6. Financiación pública

Esta meta legal de proporcionar a los ciudadanos que lo precisen un sistema rápido y eficaz de justicia gratuita se articula, como hasta ahora, sobre la base de un servicio público, prestado por la Abogacía y la Procuraduría, financiado con fondos igualmente públicos. De hecho, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, el Estado es el responsable del recto funcionamiento del servicio por la sola obligación constitucional de proveer a la defensa de quienes carezcan de recursos; esta jurisprudencia ha dejado claramente establecida la responsabilidad pública en tal sentido, como deber positivo del Estado de garantizar el derecho de acceso a la Justicia o, lo que es lo mismo, a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental que es.

Ello conduce a la obligación de establecer mecanismos de control que aseguren el adecuado destino de los fondos públicos asignados al servicio, de tal forma que no se beneficien de dichos fondos quienes no precisen de asistencia alguna.

Así pues, la Ley fija los criterios básicos de la financiación del servicio, cuyo coste deberá ser periódicamente evaluado por los poderes públicos, que en todo caso deberán seguir el principio de que el servicio de asistencia jurídica gratuita esté digna y suficientemente remunerado, haciéndose efectiva su retribución en plazos razonables. Tanto lo relativo a la financiación, como las reglas referentes a la prestación y funcionamiento del servicio se conciben con la flexibilidad y generalidad propias de una norma de rango legal, que habrán de permitir que su desarrollo por normas de rango inferior facilite el adecuado ajuste a las cambiantes situaciones económicas y sociales, evitando así la petrificación del ordenamiento y la consagración en normas con la rigidez legal de materias que, por su propia naturaleza, son susceptibles de sucesivas transformaciones en muy poco tiempo. Tal regulación reglamentaria fue llevada a cabo con carácter urgente, y como paso inicial y transitorio de la actual reforma del sistema de justicia gratuita, mediante el Real Decreto 108/1995, de 27 de enero, sobre medidas para instrumentar la subvención estatal a la asistencia jurídica gratuita.

7. Ordenación competencial

La Ley resulta, en fin, respetuosa con la ordenación competencial que deriva de nuestra Norma Fundamental y de los Estatutos de Autonomía, explicitando los títulos competenciales que, de conformidad con las reglas 3.^a, 5.^a, 6.^a y 18.^a del artículo 149.1 de la Constitución Española, habilitan al Estado para establecer la nueva regulación, y permitiendo que ésta pueda complementarse con naturalidad con las normas que dicten las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias estatutarias.

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Artículo 1.^º Objeto de la Ley.—La presente Ley tiene por objeto determinar el contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita al que se refiere el artículo 119 de la Constitución y regular el procedimiento para su reconocimiento y efectividad.

Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación general en todo tipo de procesos judiciales, incluidos los recursos de amparo constitucional, así como el asesoramiento previo al proceso contemplado en el artículo 6.1.

Art. 2.^º Ámbito personal de aplicación.—En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:

a) Los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

b) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso.

c) Las siguientes personas jurídicas cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar:

1.º Asociaciones de utilidad pública, previstas en el artículo 4.º de la Ley 191/1964, de 24 de diciembre, reguladora de las Asociaciones.

2.º Fundaciones inscritas en el Registro administrativo correspondiente.

d) En el orden jurisdiccional social, para la defensa en juicio, además, los trabajadores y los beneficiarios del sistema de Seguridad Social.

e) En el orden jurisdiccional penal, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuitas, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español.

f) En el orden contencioso-administrativo así como en la vía administrativa previa, los ciudadanos extranjeros que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, aun cuando no residan legalmente en territorio español, tendrán derecho a la asistencia letrada y a la defensa y representación gratuita en todos aquellos procesos relativos a su solicitud de asilo.

Art. 3.º Requisitos básicos.—1. Se reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas físicas cuyos recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen el doble del salario mínimo interprofesional vigente en el momento de efectuar la solicitud.

2. Constituyen modalidades de unidad familiar las siguientes:

a) La integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiere, los hijos menores, con excepción de los que se hallaren emancipados.

b) La formada por el padre o la madre y los hijos que reúnan los requisitos a que se refiere la regla anterior.

3. Los medios económicos podrán, sin embargo, ser valorados individualmente, cuando el solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia.

4. El derecho a la asistencia jurídica gratuita sólo podrá reconocerse a quienes litiguen en defensa de derechos o intereses propios.

5. En el supuesto del apartado 2 del artículo 6, no será necesario que el detenido o preso acredite previamente carecer de recursos, sin perjuicio de que si no se le reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, éste deberá abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención.

6. Tratándose de las personas jurídicas mencionadas en el apartado c) del artículo anterior, se entenderá que hay insuficiencia de recursos económicos para litigar, cuando su base imponible en el Impuesto de Sociedades fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del salario mínimo interprofesional en cómputo anual.

Art. 4.º Exclusión por motivos económicos.—A los efectos de comprobar la insuficiencia de recursos para litigar, se tendrá en cuenta además de las rentas y otros bienes patrimoniales o circunstancias que declare el solicitante, los signos externos que manifiesten su real capacidad económica, negándose el derecho a la asistencia jurídica gratuita si dichos signos, desmintiendo la declaración del solicitante, revelan con evidencia que éste dispone de medios económicos que superan el límite fijado por la Ley.

La circunstancia de ser el solicitante propietario de la vivienda en que resida habitualmente, no constituirá por sí misma obstáculo para el reconocimiento del derecho, siempre que aquélla no sea suntuaria.

Art. 5.^º Reconocimiento excepcional del derecho.—En atención a las circunstancias de familia del solicitante, número de hijos o familiares a su cargo, estado de salud, obligaciones económicas que sobre él pesen, costes derivados de la iniciación del proceso u otras de análoga naturaleza, objetivamente evaluadas, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita ante la que se presente la solicitud podrá conceder excepcionalmente, mediante resolución motivada, el reconocimiento del derecho a las personas cuyos recursos e ingresos, aún superando los límites previstos en el artículo 3, no excedan del cuádruplo del salario mínimo interprofesional.

En tales casos, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente determinará expresamente qué beneficios de los contemplados en el artículo 6, y en qué proporción, son de aplicación al solicitante.

Art. 6.^º Contenido material del derecho.—El derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende las siguientes prestaciones:

1.^ª Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión.

2.^ª Asistencia de abogado al detenido o preso que no lo hubiera designado, para cualquier diligencia policial que no sea consecuencia de un procedimiento penal en curso o en su primera comparecencia ante un órgano jurisdiccional, o cuando ésta se lleve a cabo por medio de auxilio judicial y el detenido o preso no hubiere designado Letrado en el lugar donde se preste.

3.^ª Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de estos profesionales sea legalmente preceptiva o, cuando no siéndolo, sea expresamente requerida por el Juzgado o Tribunal mediante auto motivado para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

4.^ª Inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales.

5.^ª Exención del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.

6.^ª Asistencia pericial gratuita en el proceso a cargo del personal técnico adscrito a los órganos jurisdiccionales, o, en su defecto, a cargo de funcionarios, organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones públicas.

Excepcionalmente y cuando por inexistencia de técnicos en la materia de que se trate, no fuere posible la asistencia pericial de peritos dependientes de los órganos jurisdiccionales o de las Administraciones públicas, ésta se llevará a cabo si el Juez o Tribunal lo estima pertinente en resolución motivada, a cargo de peritos que, por insaculación, sean designados entre los técnicos privados que correspondan.

7.^ª Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales, en los términos previstos en el artículo 130 del Reglamento Notarial.

8.^ª Reducción del 80 por 100 de los derechos arancelarios que correspondan por el otorgamiento de escrituras públicas y por la obtención de copias y testimonios notariales no contemplados en el número anterior, cuando tengan relación directa con el proceso y sean requeridos por el órgano judicial en el curso del mismo, o sirvan para la fundamentación de la pretensión del beneficiario de la justicia gratuita.

9.^ª Reducción del 80 por 100 de los derechos arancelarios que correspondan por la obtención de notas, certificaciones, anotaciones, asientos e inscripciones en los Registros de la Propiedad y Mercantil, cuando tengan relación directa con el proceso y sean requeridos por el órgano judicial en el curso del mismo, o sirvan para la fundamentación de la pretensión del beneficiario de la justicia gratuita.

10. Los derechos arancelarios a que se refieren los apartados 8 y 9 de este artículo no se percibirán cuando el interesado acredite ingresos por debajo del salario mínimo interprofesional.

Art. 7.º Extensión temporal.—1. La asistencia jurídica gratuita en el transcurso de una misma instancia se extiende a todos sus trámites e incidencias, incluida la ejecución, pero no podrá aplicarse a un proceso distinto.

2. El derecho a la asistencia jurídica gratuita se mantendrá para la interposición y sucesivos trámites de los recursos contra las resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia, aplicándose en este caso lo dispuesto en el artículo 32 de la presente Ley.

3. Cuando la competencia para el conocimiento de los recursos a los que se refiere el apartado anterior corresponda a un órgano jurisdiccional cuya sede se encuentre en distinta localidad, el Juzgado o Tribunal, una vez recibido el expediente judicial, requerirá a los respectivos Colegios la designación de abogado y procurador de oficio ejercientes en dicha sede jurisdiccional.

Art. 8.º Insuficiencia económica sobrevenida.—No se reconocerá el derecho a la asistencia jurídica gratuita al actor una vez presentada la demanda, o al demandado una vez formulada su contestación, salvo que en su solicitud acrediten ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que las circunstancias y condiciones necesarias para obtener aquél sobrevinieron con posterioridad a la demanda o contestación, respectivamente.

Cuando el actor o el demandado pretendan el reconocimiento del derecho en la segunda instancia sin haberlo solicitado en la primera, deberán acreditar ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que las circunstancias y condiciones precisas sobrevinieron en el curso de la primera instancia o con posterioridad a ella.

La misma regla será aplicable al que pretenda el reconocimiento del derecho para interponer o seguir el recurso de casación respecto de la segunda instancia.

CAPÍTULO II

COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Art. 9.º Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.—En cada capital de provincia, en las ciudades de Ceuta y Melilla y en cada isla en que existan uno o más partidos judiciales, se constituirá una Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, como órgano responsable, en su correspondiente ámbito territorial, de efectuar el reconocimiento del derecho regulado en la presente Ley.

Art. 10. Composición de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita.—1. Las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita estarán presididas por un miembro del Ministerio Fiscal, designado por el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Provincial, e integradas además por el Decano del Colegio de Abogados y el del Colegio de Procuradores, o el abogado o el procurador que ellos designen, y por dos miembros que designen las Administraciones públicas de las que dependen, actuando uno de ellos como Secretario.

2. En las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita dependientes de la Administración General del Estado, los miembros a los que se refiere el último inciso del apartado anterior, serán los siguientes: un Abogado del Estado y un funcionario del Ministerio de Justicia e Interior perteneciente a Cuerpos o Escalas del Grupo A, que además actuará como Secretario.

En las provincias donde exista más de un Colegio de Abogados o de Procuradores, el representante de estas Corporaciones en la Comisión se designará de común acuerdo por los Decanos de aquéllos.

Cuando el volumen de asuntos u otras circunstancias justificadas lo aconsejen, podrán crearse delegaciones de la Comisión provincial de Asistencia Jurídica Gratuita, con la composición y ámbito de actuación que reglamentariamente se determinen y garantizando, en todo caso, la homogeneidad de criterios para reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Art. 11. *Funcionamiento de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita.*—El funcionamiento de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita se ajustará a lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para los órganos colegiados.

El Ministerio de Justicia e Interior prestará el soporte administrativo y el apoyo técnico necesarios para el funcionamiento de las Comisiones dependientes de la Administración General del Estado.

Los Colegios de Abogados y de Procuradores pondrán a disposición de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita la lista de colegiados ejercientes adscritos a los servicios de justicia gratuita, con indicación, en su caso, de especializaciones.

Art. 12. *Solicitud del derecho.*—El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se instará por los solicitantes ante el Colegio de Abogados del lugar en que se halle el Juzgado o Tribunal que haya de conocer del proceso principal para el que aquél se solicita, o ante el Juzgado de su domicilio. En este último caso, el órgano judicial dará traslado de la petición al Colegio de Abogados territorialmente competente.

Cuando haya concurrencia de litigantes en un proceso, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita deberá ser instado individualmente por cada uno de los interesados.

Cuando, con arreglo a las leyes procesales, los solicitantes deban litigar bajo una sola defensa o representación, deberán computarse, a efectos del reconocimiento del derecho, la totalidad de los ingresos y haberes patrimoniales de los solicitantes. En este caso, si se acreditara que los ingresos y haberes patrimoniales de cada uno de los solicitantes no sobrepasan el doble del salario mínimo interprofesional, se procederá a nombrar abogado y, en su caso, procurador del turno de oficio que deberán asumir la representación y defensa conjunta de todos ellos.

Si se acreditara que los ingresos y haberes patrimoniales de cada uno de los solicitantes superan el doble del salario mínimo interprofesional pero no alcanzan el cuádruple, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita podrá determinar cuáles de los beneficios establecidos en el artículo 6 se otorgará a los solicitantes.

Art. 13. *Requisitos de la solicitud.*—En la solicitud se harán constar, acompañando los documentos que reglamentariamente se determinen para su acreditación, los datos que permitan apreciar la situación económica del interesado y de los integrantes de su unidad familiar, sus circunstancias personales y familiares, la pretensión que se quiere hacer valer y la parte o partes contrarias en el litigio, si las hubiere.

Art. 14. *Subsanación de deficiencias.*—Si el Colegio de Abogados constata que existen deficiencias en la solicitud o que la documentación presentada resulta insuficiente, lo comunicará al interesado, fijando con precisión los defectos o carencias advertidas y las consecuencias de la falta de subsanación, requiriéndole para que la complete en el plazo de diez días hábiles.

Transcurrido este plazo sin que se haya aportado la documentación requerida, el Colegio de Abogados archivará la petición.

Art. 15. Designaciones provisionales y traslados.—Si de la solicitud y sus documentos justificativos resulta acreditado que el peticionario se encuentra incluido en el ámbito definido en el artículo 2 de esta Ley, el Colegio de Abogados, subsanados los defectos advertidos, procederá en el plazo máximo de quince días, contado a partir de la recepción de la solicitud por dicho Colegio o de la subsanación de los defectos, a la designación provisional de abogado, comunicándolo inmediatamente al Colegio de Procuradores a fin de que, en caso de ser preceptivo, en el plazo máximo de tres días, se designe procurador que asuma la representación.

En el caso de que el Colegio de Abogados estimara que el peticionario no cumple las citadas condiciones, o que la pretensión principal contenida en la solicitud es manifiestamente insostenible o carente de fundamento, notificará en el plazo de cinco días al solicitante que no ha efectuado el nombramiento provisional de abogado previsto en el párrafo anterior y trasladará la solicitud a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.

Del expediente correspondiente y las designaciones provisionales efectuados, se dará traslado en el plazo de tres días a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita a los efectos de su verificación y resolución.

En el caso de que el Colegio de Abogados no dictara resolución alguna en el plazo de quince días, el solicitante podrá reiterar su solicitud ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, la cual, de modo inmediato, recabará el expediente al Colegio de Abogados ordenando, al mismo tiempo, la designación provisional de abogado y procurador, si éste fuera preceptivo, y seguirá, posteriormente, el procedimiento fijado en el artículo 17 de esta Ley.

Art. 16. Suspensión del curso del proceso.—La solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso.

No obstante, a fin de evitar que el transcurso de los plazos pueda provocar la preclusión de un trámite o la indefensión de cualquiera de las partes, el Juez, de oficio o a petición de éstas, podrá decretar la suspensión hasta que se produzca la decisión sobre el reconocimiento o la denegación del derecho a litigar gratuitamente, o la designación provisional de abogado y procurador si su intervención fuera preceptiva o requerida en interés de la justicia.

Cuando la presentación de la solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se realice antes de iniciar el proceso y la acción pueda resultar perjudicada por el transcurso de los plazos de prescripción, quedará ésta interrumpida siempre que dentro de los plazos establecidos en esta Ley no sea posible nombrar al solicitante abogado y, de ser preceptivo, procurador del turno de oficio que ejerciten la acción en nombre del solicitante.

El cómputo del plazo de prescripción se reanudará desde la notificación al solicitante de la designación provisional de abogado por el Colegio de Abogados o, en su caso, desde la notificación del reconocimiento o denegación del derecho por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y, en todo caso, en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud.

En el supuesto de que esta petición hubiere sido denegada, fuere claramente abusiva y únicamente esté preordenada a dilatar los plazos, el órgano judicial que conozca de la causa podrá computar los plazos en los estrictos términos legalmente previstos, con todas las consecuencias que de ello se derive.

Art. 17. Resolución y notificación.—Para verificar la exactitud y realidad de los datos económicos declarados por el solicitante del derecho a la asistencia jurídica gratuita, la Comisión podrá realizar las comprobaciones y recabar la información que

estime necesarias. En especial, podrá requerir de la Administración Tributaria correspondiente la confirmación de la exactitud de los datos de carácter tributario que consten en la documentación de esta naturaleza presentada con la solicitud. También podrá la Comisión oír a la parte o partes contrarias en el pleito o contra las que se pretenda ejercitar la acción, cuando sean conocidas y se estime que pueden aportar datos para conocer la real situación económica del solicitante.

La Comisión, una vez efectuadas las comprobaciones anteriores, dictará resolución en el plazo máximo de treinta días contados a partir de la recepción del expediente por la Comisión, reconociendo o denegando el derecho a la asistencia jurídica gratuita y, en el caso contemplado en el artículo 5, determinando cuáles de los beneficios son de aplicación a la solicitud. Transcurrido dicho plazo sin que la Comisión haya resuelto expresamente la solicitud, quedarán ratificadas las decisiones previamente adoptadas por el Colegio de Abogados y el Colegio de Procuradores, sin perjuicio de la obligación de resolver de dicho órgano de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La resolución se notificará en el plazo común de tres días al solicitante, al Colegio de Abogados y, en su caso, al Colegio de Procuradores, así como a las partes interesadas y se comunicará al Juzgado o Tribunal que esté conociendo del proceso, o al Juez Decano de la localidad si aquél no se hubiera iniciado.

Si el Colegio de Abogados no hubiera dictado ninguna resolución, el silencio de la Comisión será positivo, procediendo a petición del interesado el Juez o Tribunal que conozca del proceso o si la solicitud se realiza con anterioridad a la iniciación del mismo el Juez Decano competente, a declarar el derecho en su integridad y a requerir a los Colegios profesionales la designación provisional de abogado y procurador, en su caso. Ello sin perjuicio de lo que resulte de las eventuales impugnaciones contra tal estimación presunta.

Art. 18. Efectos de la resolución.—El reconocimiento del derecho implicará la confirmación de las designaciones de abogado y de procurador efectuadas provisionalmente por los Colegios profesionales.

Si, por el contrario, la Comisión desestimara la pretensión, las designaciones que eventualmente se hubieran realizado quedarán sin efecto y el peticionario deberá, en su caso, abonar los honorarios y derechos económicos ocasionados por la intervención de los profesionales designados con carácter provisional, en los mismos términos previstos en el artículo 27 de esta Ley.

Art. 19. Revocación del derecho.—La declaración errónea, el falseamiento u ocultación de datos por los solicitantes de asistencia jurídica gratuita, que hayan sido determinantes para el reconocimiento del derecho, darán lugar, en todo caso, a su revocación por parte de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita que, a estos fines, tendrá potestades de revisión de oficio.

La revocación contemplada en el párrafo anterior llevará consigo la obligación del pago de todos los honorarios de abogado y procurador devengados desde la concesión del derecho, así como la cantidad equivalente al costo de las demás prestaciones obtenidas en razón de dicha concesión, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que, en su caso, correspondan.

Art. 20. Impugnación de la resolución.—Quienes sean titulares de un derecho o de un interés legítimo podrán impugnar las resoluciones que, de modo definitivo, reconozcan o denieguen el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Tal impugnación, para la que no será preceptiva la intervención de letrado, habrá de realizarse por escrito y de forma motivada, en el plazo de cinco días desde la notificación de la resolución o desde que haya sido conocida por cualquiera de los legi-

timados para interponerla, ante el Secretario de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. Este remitirá el escrito de impugnación, junto con el expediente correspondiente a la resolución impugnada y una certificación de ésta, al Juzgado o Tribunal competente o al Juez Decano para su reparto, si el procedimiento no se hubiera iniciado.

Recibido el escrito de impugnación y los documentos y certificación a que alude el párrafo anterior, el Juez o Tribunal citará de comparecencia a las partes y al Abogado del Estado o al Letrado de la Comunidad Autónoma correspondiente cuando de ella dependa la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, dentro de los ocho días siguientes y, tras oírles y practicar la prueba que estime pertinente en el plazo de los cinco días siguientes, dictará auto en el plazo de los cinco días siguientes manteniendo o revocando la resolución impugnada.

El Juez o Tribunal competente para conocer de la impugnación, en el auto por el que resuelva sobre la misma podrá imponer a quien la hubiere promovido de manera temeraria o con abuso de derecho, una sanción pecuniaria de cinco mil a cincuenta mil pesetas.

Contra el auto dictado por el Juez o el Tribunal no cabrá recurso alguno.

Art. 21. *Requerimiento judicial de designación de abogado y procurador.*—Si, conforme a la legislación procesal, el órgano judicial que esté conociendo del proceso estimara que, por las circunstancias o la urgencia del caso, fuera preciso asegurar de forma inmediata los derechos de defensa y representación de las partes, y alguna de ellas manifestara carecer de recursos económicos, dictará una resolución motivada requiriendo de los Colegios profesionales el nombramiento provisional de abogado y de procurador, cuando las designaciones no hubieran sido realizadas con anterioridad.

Dicha resolución se comunicará por el medio más rápido posible a los Colegios de Abogados y de Procuradores, tramitándose a continuación la solicitud según lo previsto en los artículos precedentes.

CAPÍTULO III

ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA LETRADA, DEFENSA Y REPRESENTACIÓN GRATUITAS

Art. 22. *Gestión colegial de los servicios de asistencia letrada, de defensa y de representación gratuitas.*—Los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España y sus respectivos Colegios regularán y organizarán, a través de sus Juntas de Gobierno, los servicios de asistencia letrada y de defensa y representación gratuitas, garantizando, en todo caso, su prestación continuada y atendiendo a criterios de funcionalidad y de eficiencia en la aplicación de los fondos públicos puestos a su disposición.

Los Colegios de Abogados implantarán servicios de asesoramiento a los peticionarios de asistencia jurídica gratuita, con la finalidad de orientar y encauzar sus pretensiones. Dicho asesoramiento tendrá, en todo caso, carácter gratuito para los solicitantes.

Los Colegios de Abogados facilitarán a los solicitantes de asistencia jurídica gratuita la información necesaria en relación al cumplimiento de los requisitos para su concesión, así como el auxilio en la redacción de las solicitudes correspondientes.

Art. 23. *Autonomía profesional y disciplina colegial.*—Los profesionales inscritos en los servicios de justicia gratuita, a los que se refiere esta Ley, desarrollarán su actividad con libertad e independencia de criterio, con sujeción a las normas deonto-

lógicas y a las normas que disciplinan el funcionamiento de los servicios colegiales de justicia gratuita.

Art. 24. *Distribución por turnos.*—Los Colegios profesionales establecerán sistemas de distribución objetiva y equitativa de los distintos turnos y medios para la designación de los profesionales de oficio. Dichos sistemas serán públicos para todos los colegiados y podrán ser consultados por los solicitantes de asistencia jurídica gratuita.

Los Colegios de Abogados, salvo aquéllos en los que por la reducida dimensión de la actividad no sea necesario, constituirán turnos de guardia permanente para la prestación del servicio de asistencia letrada al detenido.

Art. 25. *Formación y especialización.*—El Ministerio de Justicia e Interior, previo informe de los Consejos Generales de la Abogacía y de los Colegios de Procuradores de los Tribunales de España, establecerá los requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa. Dichos requisitos serán de obligado cumplimiento para todos los Colegios profesionales, sin perjuicio de los requisitos complementarios que puedan establecer las Comunidades Autónomas competentes.

Art. 26. *Responsabilidad patrimonial.*—En lo que afecta al funcionamiento de los servicios de asistencia jurídica gratuita, los Colegios de Abogados y de Procuradores estarán sujetos a los mismos principios de responsabilidad patrimonial establecidos para las Administraciones públicas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CAPÍTULO IV

DESIGNACIÓN DE ABOGADO Y DE PROCURADOR DE OFICIO

Art. 27. *Efectos del reconocimiento del derecho.*—El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita llevará consigo la designación de abogado y, cuando sea preciso, de procurador de oficio, sin que en ningún caso puedan actuar simultáneamente un abogado de oficio y un procurador libremente elegido, o viceversa, salvo que el profesional de libre elección renunciara por escrito a percibir sus honorarios o derechos ante el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita y ante el Colegio en el que se halle inscrito.

Si el derecho no fuera reconocido, los profesionales intervinientes podrán percibir de sus defendidos o representados los honorarios correspondientes a las actuaciones practicadas.

Art. 28. *Renuncia a la designación.*—Quiénes tengan derecho en los términos previstos en esta Ley a la asistencia jurídica gratuita podrán, no obstante lo previsto en el artículo anterior, renunciar expresamente a la designación de abogado y procurador de oficio, nombrando libremente a profesionales de su confianza debiendo constar expresamente este extremo en la solicitud y afectando simultáneamente esta renuncia al abogado y procurador.

La renuncia posterior a la designación, que, asimismo, deberá afectar simultáneamente al abogado y procurador designados de oficio, tendrá que ser comunicada expresamente a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y a los correspondientes Colegios Profesionales y no implicará la pérdida de las demás prestaciones reconocidas en la concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita.

Art. 29. Especialidades del orden jurisdiccional penal.—En el orden penal se aplicarán, además de las reglas contenidas en la presente Ley, las garantías previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con objeto de asegurar, en todo caso, el derecho a la defensa desde el mismo momento de la detención.

Art. 30. Aplicación de fondos públicos.—La intervención de profesionales designados de oficio para la asistencia, defensa y representación gratuita sólo podrá ser retribuida con cargo a los fondos públicos contemplados en el artículo 37, cuando exista reconocimiento expreso del derecho a la asistencia jurídica gratuita efectuado en los términos contemplados en esta Ley.

Art. 31. Obligaciones profesionales.—Los abogados y procuradores designados desempeñaran sus funciones de asistencia y representación de forma real y efectiva hasta la terminación del proceso en la instancia judicial de que se trate y, en su caso, la ejecución de las sentencias, si las actuaciones procesales en ésta se produjeran dentro de los dos años siguientes a la resolución judicial dictada en la instancia, sin perjuicio del efecto de las causas de renuncia o excusa que estén previstas en la Ley.

Sólo en el orden penal podrán los abogados designados excusarse de la defensa. Para ello deberá concurrir un motivo personal y justo, que será apreciado por los Decanos de los Colegios.

La excusa deberá formularse en el plazo de tres días desde la notificación de la designación y resolverse en el plazo de cinco días desde su presentación.

Art. 32. Insostenibilidad de la pretensión.—Cuando el abogado designado para un proceso considere insostenible la pretensión que pretende hacerse valer, deberá comunicarlo a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, dentro de los seis días siguientes a su designación, exponiendo los motivos jurídicos en los que fundamenta su decisión. Transcurrido dicho plazo sin que se produzca tal comunicación, o sin que el abogado pida la interrupción del mismo por falta de la documentación necesaria para evaluar la pretensión, éste quedará obligado a asumir la defensa.

Salvo lo dispuesto en el artículo anterior, la defensa del acusado o imputado será obligatoria.

Art. 33. Tramitación.—1. Solicitada por el abogado la interrupción del plazo previsto en el artículo anterior, por falta de la documentación necesaria, la Comisión requerirá al interesado para que la presente en un plazo máximo de diez días.

Transcurrido este plazo sin que el interesado haya presentado dicha documentación, la Comisión archivará la solicitud.

Presentada la documentación, ésta se aportará al abogado, reanudándose el plazo para analizar la viabilidad de la pretensión.

Si la Comisión estima que la documentación con la que cuenta el abogado, en el momento de la solicitud, es suficiente para analizar la viabilidad de la pretensión principal, inadmitirá la solicitud de interrupción, reanudándose el plazo para formulación de la insostenibilidad desde la notificación de la resolución de inadmisión.

2. Formulada la insostenibilidad de la pretensión, la Comisión recabará del Colegio de Abogados un dictamen sobre su viabilidad, que deberá emitirse en el plazo de seis días.

Se solicitará, asimismo, informe fundado del Ministerio Fiscal cuando el dictamen del Colegio de Abogados coincidiera con el del abogado designado. Dicho informe se emitirá en el plazo de seis días.

Art. 34. Nombramiento de segundo abogado.—Si el Colegio de Abogados o el Ministerio Fiscal estimaran defendible la pretensión, se procederá al nombramiento de un segundo abogado. Los dictámenes emitidos por el Colegio de Abogados y por el

Ministerio Fiscal serán aportados al nuevo abogado, para quien será obligatoria la defensa.

En caso de que el Colegio de Abogados y el Ministerio Fiscal estimaran indefendible la pretensión, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita desestimarà la solicitud.

Art. 35. Insostenibilidad en vía de recurso.—El mismo procedimiento previsto en los artículos anteriores se seguirá cuando se trate de interponer recursos contra resoluciones que hayan puesto fin al proceso en la instancia correspondiente, si el abogado del recurrente considerase inviable la pretensión.

El cómputo del plazo para la interposición de los recursos quedará suspendido hasta tanto se resuelve materialmente la viabilidad de la pretensión.

En el orden penal y respecto de los condenados no cabrá formular insostenibilidad de la pretensión.

Art. 36. Reintegro económico.—1. Si en la sentencia que ponga fin al proceso hubiera pronunciamiento sobre costas, a favor de quien obtuvo el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita o de quien lo tuviera legalmente reconocido, deberá la parte contraria abonar las costas causadas en la defensa de aquélla.

2. Cuando en la sentencia que ponga fin al proceso fuera condenado en costas quien hubiera obtenido el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita o quien lo tuviera legalmente reconocido, éste quedará obligado a pagar las causadas en su defensa y las de la parte contraria, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniere a mejor fortuna, quedando mientras tanto interrumpida la prescripción del artículo 1.967 del Código Civil. Se presume que ha venido a mejor fortuna cuando sus ingresos y recursos económicos por todos los conceptos superen el doble del módulo previsto en el artículo 3, o si se hubieran alterado sustancialmente las circunstancias y condiciones tenidas en cuenta para reconocer el derecho conforme a la presente Ley.

3. Cuando la sentencia que ponga fin al proceso no contenga expreso pronunciamiento en costas, venciendo en el pleito el beneficiario de la justicia gratuita, deberá éste pagar las costas causadas en su defensa, siempre que no excedan de la tercera parte de lo que en él haya obtenido. Si excedieren se reducirán a lo que importe dicha tercera parte, atendiéndose a prorrata sus diversas partidas.

4. Cuando se reconozca el derecho a asistencia jurídica gratuita para procesos en los que proceda la petición de *litis expensas* y éstas fueren concedidas en resolución firme a favor de la parte que litiga con el reconocimiento del derecho a asistencia jurídica gratuita, el Letrado y procurador intervinientes podrán exigir a ésta el pago de sus honorarios, hasta el importe total de la partida aprobada judicialmente para este concepto.

5. Obtenido el pago por los profesionales designados de oficio conforme a las reglas contempladas en los apartados anteriores, estarán obligados a devolver las cantidades eventualmente percibidas con cargo a fondos públicos por su intervención en el proceso.

Para el cálculo de sus honorarios y derechos, se estará a las normas sobre honorarios de abogados de cada Colegio, así como a los aranceles de los procuradores vigentes en el momento de la sustanciación del proceso.

CAPÍTULO V

SUBVENCIÓN Y SUPERVISIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Art. 37. Subvención.—El Ministerio de Justicia e Interior subvencionará, con cargo a sus dotaciones presupuestarias, la implantación y prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita por los Colegios de Abogados y de Procuradores.

El importe de la subvención se aplicará fundamentalmente a retribuir las actuaciones profesionales previstas en los apartados 1 a 3 del artículo 6 de esta Ley, cuando tengan por destinatarios a quienes hayan obtenido el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Art. 38. *Gastos de funcionamiento.*—El importe máximo de la subvención que podrá ser destinado por los Colegios profesionales a atender el funcionamiento operativo de los servicios de asistencia jurídica gratuita, de las unidades encargadas del asesoramiento y la orientación previos al proceso a los ciudadanos y de la calificación provisional de las pretensiones solicitadas, no podrá superar en ningún caso el 8 por 100 del crédito total consignado en el presupuesto de cada ejercicio.

Art. 39. *Gestión colegial de la subvención.*—Los Consejos Generales de la Abogacía Española y de los Colegios de los Procuradores de los Tribunales de España distribuirán entre los Colegios de Abogados y de Procuradores el importe de la subvención que corresponda a la actividad desarrollada por cada uno.

Los Consejos Generales y los Colegios, en cuanto entidades colaboradoras para la gestión de la subvención, estarán sometidos a las obligaciones establecidas para dichos sujetos por la Ley General Presupuestaria.

Art. 40. *Retribución por baremo.*—En atención a la tipología de procedimientos en los que intervengan los profesionales designados de oficio, se establecerán, previo informe del Consejo General de la Abogacía Española y del Consejo General de los Colegios de los Procuradores de los Tribunales de España, las bases económicas y módulos de compensación por la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita.

Art. 41. *Quejas y denuncias.*—Las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita darán traslado a los Colegios profesionales correspondientes a su ámbito territorial de las quejas o denuncias formuladas como consecuencia de las actuaciones de los profesionales encargados de los servicios colegiales de asistencia jurídica gratuita, sin perjuicio de aquellas actuaciones judiciales que resultaren procedentes.

Los Colegios estarán obligados a comunicar a las citadas Comisiones las resoluciones y medidas adoptadas como consecuencia de los expedientes disciplinarios que, en su caso, fueran incoados. Dichas resoluciones podrán ser recurridas por las Comisiones.

CAPÍTULO VI

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Art. 42. *Correcciones disciplinarias.*—El régimen disciplinario de los abogados y procuradores de los servicios de asistencia jurídica gratuita se regirá por las mismas reglas establecidas con carácter general para el desempeño de dichas profesiones, con las siguientes especialidades:

a) La indebida percepción de honorarios, derechos o beneficios económicos tendrá siempre la consideración de falta muy grave.

b) La imposición de sanciones por infracciones graves o muy graves, relacionadas con las actuaciones desarrolladas en aplicación de lo establecido en esta Ley, llevará aparejada, en todo caso, la exclusión del profesional de los servicios de asistencia jurídica gratuita.

Art. 43. *Separación cautelar.*—Abierto un expediente disciplinario por un Colegio profesional como consecuencia de quejas o denuncias formuladas por los usua-

rios de los servicios de asistencia jurídica gratuita, y cuando la gravedad de los hechos denunciados así lo aconseje, podrá acordarse la separación cautelar del servicio del profesional presuntamente responsable de aquellos hechos, por un período máximo de seis meses hasta tanto se resuelva el expediente disciplinario incoado al efecto.

CAPÍTULO VII

APLICACIÓN EN ESPAÑA DE TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Art. 44. Autoridad central.—El Ministerio de Justicia e Interior, a través de la Autoridad Central receptora de la aplicación en España del Convenio Europeo relativo a la transmisión de solicitudes de asistencia jurídica gratuita de 27 de enero de 1977 y del Convenio de La Haya de acceso internacional a la Justicia de 25 de octubre de 1980, formulará ante las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita las solicitudes de justicia gratuita formuladas al amparo de dichos Convenios.

Art. 45. Tramitación.—La tramitación de las solicitudes de justicia gratuita a que se refiere el artículo anterior, se ajustará a las reglas de procedimiento establecidas en esta Ley, con las siguientes excepciones:

- a) El plazo para la impugnación prevista en el artículo 20 será de dos meses.
- b) El plazo para la subsanación de deficiencias contemplado en el artículo 14 será de dos meses, contados a partir de la fecha en que la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita notifique la insuficiencia documental.
- c) Los documentos presentados estarán redactados o traducidos al castellano, quedando dispensados de cualquier formalidad de legalización o apostilla.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. 1. El capítulo I, los artículos 9, 10.1, 12 y 16 a 21 del capítulo II, los artículos 27 a 29 y 31 a 36 del capítulo IV, el capítulo VII, las disposiciones adicionales tercera, cuarta y quinta, y la disposición derogatoria, se dictan al amparo de las competencias que al Estado atribuye el artículo 149.1.3.^a, 5.^a y 6.^a de la Constitución Española, sobre «Relaciones Internacionales», «Administración de Justicia» y «Legislación procesal», respectivamente.

2. Los artículos 25 y 26 del capítulo III y el capítulo VI, se dictan en virtud de la competencia del Estado reconocida en el artículo 149.1.18.^a de la Constitución Española, conforme al cual corresponde a éste dictar las «Bases del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas».

3. Los restantes preceptos serán de aplicación en defecto de normativa específica de las Comunidades Autónomas que hayan asumido el ejercicio efectivo de las competencias en materia de provisión de medios para la Administración de Justicia.

Segunda. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2, la Cruz Roja Española tendrá reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar.

Igual derecho asistirá a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, en los términos previstos en el artículo 2.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Tercera. Los artículos que a continuación se relacionan de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la siguiente redacción:

1. El artículo 844 tendrá la siguiente redacción:

«Cuando el apelante tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, se le tendrá por personado en tiempo ante el Tribunal superior, si dentro del término del emplazamiento compareciere ante el mismo por sí o por medio de otra persona, solicitando la designación de abogado y procurador de oficio.

La misma pretensión podrá deducir al hacerle el emplazamiento, en cuyo caso lo consignará el Secretario en la diligencia.

En estos casos, la designación se efectuará conforme a lo previsto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y se entenderán con el Procurador nombrado de oficio todas las actuaciones en representación del apelante.»

2. El artículo 1.701 tendrá la siguiente redacción:

«Si la parte recurrente en queja tuviere reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, la designación de abogado y procurador que le defiendan y representen se efectuará conforme a lo previsto en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita y el plazo de presentación del escrito de interposición del recurso se computará a partir de la comunicación de las designaciones, siempre que haya mediado solicitud de la parte dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia.»

3. El primer párrafo de la regla 6.^a del artículo 1.708, tendrá la siguiente redacción:

«En los casos en que el recurso de casación fuere interpuesto por el Letrado designado en turno de oficio, tendrá siempre un plazo no inferior a los veinte días, contados desde el siguiente a aquel en que se disponga de las actuaciones para hacerlo, interrumpiéndose, si es necesario, a tal fin, el plazo de los cuarenta días fijados en el emplazamiento.»

Cuarta. Los artículos y rúbricas que a continuación se relacionan de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrán la siguiente redacción:

1. El Título V del Libro I se denominará «Del derecho de defensa y de la asistencia jurídica gratuita en los juicios criminales».

2. El artículo 121 tendrá la siguiente redacción:

«Todos los que sean parte en una causa, si no se les hubiere reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, tendrán obligación de satisfacer los derechos de los procuradores que les representen, los honorarios de los abogados que les defiendan, los de los peritos que informen a su instancia y las indemnizaciones de los testigos que presentaren, cuando los peritos y testigos, al declarar, hubiesen formulado su reclamación y el Juez o Tribunal la estimaren.

Ni durante la causa ni después de terminada tendrán la obligación de satisfacer las demás costas procesales, a no ser que a ello fueren condenados.

El procurador que, nombrado por los que fueren parte en una causa, haya aceptado su representación tendrá la obligación de pagar los honorarios a los Letrados de que se valiesen los clientes para su defensa.

Los que tuvieren reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, podrán valerse de abogado y procurador de su elección; pero en este caso estarán obligados a abonarles sus honorarios y derechos, como se dispone respecto de los que no tengan reconocido dicho derecho, salvo que los profesionales de libre elección renunciaran a la percepción de honorarios o derechos en los términos previstos en el artículo 27 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.»

3. El último párrafo del artículo 875 tendrá la siguiente redacción:

«Si el recurrente tuviese reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita o apareciese declarado insolvente total o parcial, quedará obligado a responder de la cantidad referida, si viniere a mejor fortuna, en la forma que dispone el artículo 857.»

Quinta. El artículo 21 de la Ley de Procedimiento Laboral, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, tendrá la siguiente redacción:

«1. La defensa por abogado tendrá carácter facultativo en la instancia, con excepción de lo previsto en el artículo siguiente, pero podrá utilizarla cualquiera de los litigantes, en cuyo caso será de su cuenta el pago de los honorarios o derechos respectivos, con las excepciones fijadas en el artículo 2, d), de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

2. Si el demandante pretendiese comparecer en el juicio asistido de abogado o representado por procurador o graduado social colegiado, lo hará constar en la demanda. Asimismo, el demandado pondrá esta circunstancia en conocimiento del Juzgado o Tribunal por escrito, dentro de los dos días siguientes al de su citación para el juicio, con objeto de que, trasladada tal intención al actor, pueda éste estar representado por procurador o graduado social colegiado, designar abogado en otro plazo igual o solicitar su designación a través del turno de oficio. La falta de cumplimiento de estos requisitos supone la renuncia de la parte al derecho de valerse en el acto de juicio de abogado, procurador o graduado social colegiado.

3. Si en cualquier otra actuación, diversa al acto de juicio, cualquiera de las partes pretendiese actuar asistido de Letrado, el Juez o Tribunal adoptará las medidas oportunas para garantizar la igualdad de las partes.

4. La solicitud de designación de abogado por el turno de oficio por los trabajadores y los beneficiarios del Sistema de Seguridad Social comportará la suspensión de los plazos de caducidad o la interrupción de la prescripción de acciones.»

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única. Las solicitudes de justicia gratuita, presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por la normativa vigente en el momento de efectuar la solicitud.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Única. Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley, y en particular:

a) De la Ley de Enjuiciamiento Civil:

- El inciso primero del número 4.º del artículo 4, cuando dice «justicia gratuita».
- Los artículos 13 a 50, ambos inclusive.
- Las reglas 3.ª, 4.ª y 5.ª del artículo 1.708.
- El artículo 1.719.

b) De la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

- El artículo 119.

- El artículo 120.
 - Los artículos 123 a 140, ambos inclusive.
 - Los apartados 2, 4 y 5 del artículo 788.
 - El último párrafo del artículo 874.
 - Los tres primeros párrafos del artículo 876.
- c) Del Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral:
- Los artículos 25 y 26.
- d) De la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956:
- El artículo 132.
- e) El artículo 6.3 del Real Decreto-ley 18/1982, de 24 de septiembre, de régimen de los fondos de Garantía de Depósitos de Bancos Privados, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito.
- f) El artículo 59.3 del Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. En el plazo de seis meses desde la publicación de la presente Ley, el Gobierno, en el ámbito de sus competencias, dictará el Reglamento General de desarrollo de la misma, en el que se contendrán necesariamente los siguientes extremos:

- a) Las normas de organización y funcionamiento de la Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita.
- b) Normalización de los documentos a presentar por los solicitantes de asistencia jurídica gratuita.
- c) El procedimiento para la aplicación de la subvención.
- d) El sistema de determinación de las bases económicas y módulos de compensación con cargo a fondos públicos por la prestación de los servicios de asistencia jurídica gratuita.
- e) El sistema de provisión de la asistencia pericial gratuita prevista en el apartado 6 del artículo 6.

Segunda. La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Real Decreto 385/1996, de 1 de marzo, por el que se establece el régimen retributivo e indemnizatorio del desempeño de las funciones del jurado

(BOE de 14 de marzo de 1996)

El artículo 125 de la Constitución Española de 1978 configura el Tribunal del Jurado como una institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia. En cumplimiento del precepto constitucional, la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, modificada por la Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, desarrolla dicha institución, definiendo en su artículo 6 la función

de jurado como un derecho ejercitable por aquellos en los que no concurra motivo que lo impida y su desempeño como un deber para quienes no estén incurso en causa de incompatibilidad o prohibición ni puedan excusarse conforme a dicha Ley.

A su vez, en el artículo 7 se dispone que el desempeño de la función del jurado será retribuido e indemnizado en la forma y cuantía que reglamentariamente se determine, y tendrá, a los efectos del ordenamiento laboral y funcionarial, la consideración de un deber inexcusable de carácter público y personal.

En cumplimiento de este mandato el presente Real Decreto regula el régimen de retribuciones e indemnizaciones de aquellos ciudadanos que intervengan en el Tribunal del Jurado.

En su virtud, a propuesta de los Ministros de Justicia e Interior, con informe del Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 1 de marzo de 1996, dispongo:

Artículo 1.º *Ámbito de aplicación.*—El presente Real Decreto será de aplicación a los jurados, tanto titulares como suplentes, durante el tiempo que desempeñen su función como tales, así como a los candidatos a jurados designados para cada causa que, previa citación, concurran al proceso de selección contemplado en los artículos 38 y siguientes de la Ley Orgánica 5/1995.

Art. 2.º *Conceptos.*—Las cantidades a percibir por los candidatos a jurados y por los jurados responderán a los conceptos de retribuciones e indemnizaciones.

Art. 3.º *Retribuciones.*—1. El desempeño de la función de jurado será retribuido por el importe diario especificado en el anexo I del presente Real Decreto.

2. Los candidatos que no sean seleccionados como jurados titulares o suplentes percibirán, por una sola vez, la retribución equivalente a media jornada establecida en el anexo I.

3. La retribución contemplada en el apartado anterior será también percibida por los jurados titulares y suplentes en el caso de que el comienzo del juicio oral no se realice el mismo día en que tenga lugar el proceso de selección.

Art. 4.º *Indemnizaciones.*—Las indemnizaciones corresponderán a los conceptos de gastos de viaje, alojamiento y manutención, de acuerdo a lo desarrollado en los artículos siguientes y en la cuantía que en cada momento se halle reglamentariamente establecida.

Art. 5.º *Gastos de viaje.*—1. Los desplazamientos a la capital de la provincia podrán efectuarse en líneas de transporte de viajeros, tanto regulares como discrecionales, o mediante la utilización de vehículos particulares.

2. Los gastos de viaje, cuando éste se efectúe en línea regulares de transporte colectivo, serán los correspondientes al importe del billete o pasaje utilizado dentro de la tarifa correspondiente a la clase segunda o turista.

3. Si se tratare de desplazamientos interinsulares se abonará el importe del billete de avión en clase turista o el del medio de transporte colectivo utilizado.

4. Si se utiliza para el desplazamiento de vehículo particular u otra forma de desplazamientos distinta de las contempladas en los apartados 2 y 3 anteriores, se abonará exclusivamente la cantidad reglamentariamente establecida por kilómetro recorrido, teniendo en cuenta la distancia entre el municipio de residencia habitual y el municipio sede de la capital de la provincia. Dicha cantidad se fija inicialmente en las cuantías recogidas en el anexo II del presente Real Decreto. A dichas cantidades se añadirá el importe de los peajes de autopista debidamente acreditados.

5. Excepcionalmente y cuando las Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia e Interior autoricen, previamente su utilización, se abonarán a los candidatos

como gastos de viaje los desplazamientos acreditados que se efectúen en taxi entre la sede del Tribunal y las estaciones de ferrocarril, autobuses, puertos y aeropuertos.

6. Si los candidatos a jurados al realizar su desplazamiento tuvieren que desembolsar una cantidad elevada con arreglo a su situación económica, preferentemente en desplazamientos interinsulares, podrán solicitar a través del órgano jurisdiccional, al tiempo de la devolución del cuestionario a que hace referencia el artículo 20 de la Ley Orgánica 5/1995, que le sea facilitado el desplazamiento.

7. A estos efectos, las Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia e Interior podrán hacer entrega del correspondiente título de transporte.

8. En ningún supuesto se abonarán gastos de viaje a los candidatos a jurados y jurados vecinos del municipio sede de la capital de la provincia.

Art. 6.º Gastos de alojamiento y manutención.—1. El Ministerio de Justicia e Interior, a través de su Gerencias Territoriales, facilitará el alojamiento y la manutención de los candidatos a jurados y de los jurados durante el desempeño de su función.

2. Con esta finalidad, los gastos de alojamiento y manutención serán gestionados a través de empresas de servicios por el Ministerio de Justicia e Interior.

3. A estos efectos, las cuantías diarias máximas por cada candidato a jurado o jurados serán las establecidas en el anexo III del presente Real Decreto.

4. Excepcionalmente podrá autorizarse la elevación de la cuantía de los gastos de alojamiento en aquellas capitales de provincia en que las condiciones de la oferta hotelera así lo exijan, no pudiendo, en ningún caso, sobrepasarse la cantidad diaria resultante de la suma de las cuantías máximas que para gastos de alojamiento y manutención se recogen en el anexo III.

5. El alojamiento de los candidatos a jurado únicamente procederá en los supuestos en los que, a juicio del Magistrado-Presidente, se entienda justificado pernoctar fuera del municipio en que radique la residencia habitual.

6. En ningún caso se facilitará el alojamiento a los candidatos a jurados vecinos del municipio sede de la capital de la provincia.

7. Durante la celebración del juicio oral, se estará a lo que el Magistrado-Presidente disponga en cuanto a la necesidad de facilitar alojamiento a los jurados.

Igualmente se facilitará dicho alojamiento a los jurados cuando, a la vista de la duración de la deliberación, el Magistrado-Presidente así lo acuerde, a efectos de garantizar la incomunicación prevista en el artículo 56 de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado.

Art. 7.º Imputación presupuestaria de los gastos por retribuciones e indemnizaciones.—Las retribuciones e indemnizaciones contempladas en el presente Real Decreto se imputarán a los créditos presupuestarios que se destinen a la atención de los gastos de funcionamiento del Tribunal del Jurado por el Ministerio de Justicia e Interior en la forma que reglamentariamente se disponga.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. *Modificación normativa.*—Se añade un nuevo apartado al artículo 4 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el artículo 1 del Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre, con el siguiente contenido:

«Ocho. Tendrán la consideración de dietas exceptuadas de gravamen las cantidades percibidas por los candidatos a jurado y por los jurados titulares y suplentes como consecuencia del cumplimiento de sus funciones.»

Segunda. *Aplicación normativa.*—El presente Real Decreto será de directa aplicación en todo el territorio nacional en virtud de las competencias estatales previstas en

el artículo 149.1.1.^a y 5.^a de la Constitución, salvo lo establecido en los apartados 5 y 7 del artículo 5, en los apartados 1 y 2 del artículo 6 y en el artículo 7, que lo será en defecto de regulación específica por parte de las Comunidades Autónomas que hayan asumido el ejercicio efectivo de las competencias en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia. En estos casos, las referencias a órganos del Ministerio de Justicia e Interior se entenderán hechas a los órganos correspondientes de dichas Comunidades Autónomas.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. *Facultad de ejecución.*—Se faculta a los Ministros de Justicia e Interior y de Economía y Hacienda para establecer mediante Orden ministerial el procedimiento de ejecución del presente Real Decreto, así como para adoptar en el ámbito de su competencia cuantas medidas exija dicha ejecución.

Segunda. *Habilitación de créditos.*—Por el Ministerio de Economía y Hacienda se realizarán las habilitaciones de créditos necesarias para el cumplimiento de lo previsto en el presente Real Decreto.

Tercera. *Revisión periódica de retribuciones e indemnizaciones.*—Las cuantías de las retribuciones e indemnizaciones contempladas en el presente Real Decreto serán revisadas periódicamente mediante Acuerdo de Consejo de Ministros que será publicado en el *Boletín Oficial del Estado*.

Cuarta. *Entrada en vigor.*—El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

Dado en Madrid a 1 de marzo de 1996.

ANEXO I

Retribuciones

Retribución diaria de los jurados: 9.300 pesetas.

Retribución única de los candidatos no seleccionados como jurados: 4.650 pesetas.

ANEXO II

Gastos de viaje con utilización de vehículo particular

Nueve pesetas por kilómetro, por el uso de motocicletas.

Veinticuatro pesetas por kilómetro, por el uso de automóviles o vehículos de cualquier otra clase.

ANEXO III

Gastos de alojamiento y manutención

(Cuantías diarias máximas)

Gastos de alojamiento, incluido desayuno: 7.500 pesetas.

Gastos de manutención:

Comida: 2.750 pesetas.

Cena: 2.750 pesetas.

Instrumento de ratificación del Convenio Europeo número 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970

(BOE de 30 de marzo de 1996)

Por cuanto el día 30 de mayo de 1984, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Toledo el Convenio Europeo número 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970.

Vistos y examinados el preámbulo, los sesenta y ocho artículos y los tres anejos, *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 la 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, con las siguientes reservas y declaración:

1.ª reserva:

«En aplicación del párrafo 2.º del artículo 19, España se reserva la facultad de exigir que las peticiones de ejecución y los documentos anejos vengan acompañados por una traducción en español.»

2.ª reserva:

«En aplicación del párrafo 4.º del artículo 44, España se reserva el derecho a ejecutar una sanción privativa de libertad de la misma naturaleza que la de la impuesta en el Estado requirente, incluso cuando la duración de ésta exceda del máximo previsto por su ley para una sanción de esta naturaleza. Sin embargo, dicha norma solamente será aplicada en los casos en que la ley española permita imponer por el mismo delito una sanción que tenga, al menos, la misma duración que la de la impuesta en el Estado requirente pero que sea de naturaleza más severa. La sanción aplicada podrá cumplirse, si su duración y su finalidad así lo exigieran, en un establecimiento penitenciario destinado al cumplimiento de sanciones de otra naturaleza.»

3.ª reserva:

«En aplicación del artículo 61, párrafo 1.º, España se reserva el derecho de:

- a) denegar la ejecución si estimare que la condena se refiere a una infracción de orden fiscal o religiosa;
- b) denegar la ejecución de una sanción dictada por razón de un acto que, con arreglo a su ley, hubiere sido competencia exclusiva de una autoridad administrativa;
- c) denegar la ejecución de una sentencia penal europea dictada por las autoridades del Estado requirente en una fecha en que la acción penal correspondiente a la infracción que se hubiere sancionado en dicho Estado hubiere quedado excluida en virtud de prescripción con arreglo a su propia ley;
- d) denegar la ejecución de sentencias dictadas en rebeldía;
- e) denegar la aplicación de las disposiciones del artículo 8 en los casos en que hubiere una competencia originaria y solamente reconocer, en dichos casos, la equi-

valencia de los actos realizados en el Estado requirente que tengan como efecto interrumpir o suspender la prescripción.»

Declaración:

«En aplicación del artículo 63, España declara que el Convenio se refiere a las penas impuestas por sentencias de los Tribunales del orden penal y de los Jueces de instrucción y a las medidas de seguridad impuestas en virtud de sentencia o por auto de sobreseimiento en aplicación del artículo 8.1 del Código Penal.»

Dado en Madrid a 9 de agosto de 1994.

CONSEJO DE EUROPA NÚMERO 70

CONVENIO EUROPEO SOBRE LA VALIDEZ INTERNACIONAL DE LAS SENTENCIAS PENALES

Preámbulo

Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Convenio; Considerando que la lucha contra la delincuencia, que cada vez tiene mayor carácter internacional, exige el empleo de medios modernos y eficaces a escala internacional;

Convencidos de la necesidad de seguir una política penal común que tenga como fin la protección de la sociedad;

Conscientes de la necesidad de respetar la dignidad humana y de favorecer la rehabilitación de los delincuentes;

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus miembros,

Han convenido en lo siguiente:

TÍTULO PRIMERO

Definiciones

Artículo 1.º A efectos del presente Convenio, por:

a) «sentencia penal europea» se entenderá cualquier resolución definitiva dictada por un tribunal penal de un Estado Contratante como consecuencia de actuaciones penales;

b) por «infracción» se entenderán, además de los hechos constitutivos de infracciones penales, aquellos a que se refieren las disposiciones legales enumeradas en el anejo II del presente Convenio a condición de que, cuando en esas disposiciones se dé competencia a una autoridad administrativa, el interesado tenga la posibilidad de acudir a una instancia jurisdiccional;

c) por «condena» se entenderá la imposición de una sanción;

d) por «sanción» se entenderá cualquier pena o medida aplicada a una persona por causa de una infracción y dictada expresamente en una sentencia penal europea o en una «ordonnance pénale»;

e) por «inhabilitación» se entenderá cualquier privación o suspensión de un derecho o cualquier interdicción o incapacidad;

f) por «sentencia en rebeldía» se entenderá cualquier resolución considerada como tal en virtud del apartado 2 del artículo 21;

g) por «ordonnance pénale» se entenderá cualquiera de las resoluciones dictadas en otro Estado Contratante y enumeradas en el anejo III del presente Convenio.

TÍTULO II

Ejecución de las sentencias penales europeas

SECCIÓN 1.^a DISPOSICIONES GENERALES

a) *Condiciones generales de la ejecución*

Art. 2.^º El presente título será aplicable:

- a) a las sanciones privativas de libertad;
- b) a las multas o a las confiscaciones;
- c) a las inhabilitaciones.

Art. 3.^º 1. En los casos y condiciones previstos en el presente Convenio, cada Estado Contratante tendrá competencia para proceder a la ejecución de una sanción impuesta en uno de los demás Estados Contratantes y que sea ejecutiva en dicho Estado.

2. Dicha competencia solamente podrá ejercerse como consecuencia de una solicitud de ejecución presentada por el otro Estado Contratante.

Art. 4.^º 1. La sanción no podrá ser ejecutada por otro Estado Contratante a menos que, según su propia ley, el hecho por el que se haya impuesto la sanción constituirá una infracción de haberse cometido en su territorio y la persona a quien se haya impuesto la sanción habría incurrido en pena de haberlo cometido en dicho territorio.

2. Si la condena se refiere a varias infracciones, algunas de las cuales no reúnen las condiciones previstas en el apartado 1, el Estado de condena indicará la parte de la sanción aplicable a las infracciones que reúnan estas condiciones.

Art. 5.^º El Estado de condena solamente podrá pedir de otro Estado Contratante la ejecución de la sanción si se cumplen una o más de las condiciones siguientes:

- a) si el condenado tiene su residencia habitual en el otro Estado;
- b) si la ejecución de la sanción en el otro Estado pudiese mejorar las posibilidades de rehabilitación social del condenado;
- c) si se trata de una sanción privativa de libertad que pudiera ejecutarse en el otro Estado como consecuencia de otra sanción privativa de libertad que el condenado sufra o deba sufrir en dicho Estado;
- d) si el otro Estado es el Estado de origen del condenado y ya se ha declarado dispuesto a encargarse de la ejecución;
- e) si estima que no está en condiciones de ejecutar el mismo la sanción, aunque recurra la extradición, y que el otro Estado sí lo está.

Art. 6.^º La ejecución requerida en las condiciones fijadas en las disposiciones anteriores solamente podrá denegarse parcial o totalmente en uno de los casos siguientes:

- a) si la ejecución fuese contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado requerido;

- b) si el Estado requerido estima que la infracción penada con la condena reviste un carácter político o que se trata de una infracción puramente militar;
- c) si el Estado requerido estima que existen razones serias para creer que la condena ha sido provocada o agravada por razones de raza, religión, nacionalidad u opinión política,
- d) si la ejecución es contraria a los compromisos internacionales del Estado requerido;
- e) si el hecho está siendo objeto de actuaciones en el Estado requerido o si éste decide entablar actuaciones respecto del mismo;
- f) si las autoridades competentes del Estado requerido han resuelto no entablar procedimiento alguno o poner fin al ya entablado por el mismo hecho;
- g) si el hecho se hubiere cometido fuera del territorio del Estado requirente;
- h) si el Estado requerido no está en condiciones de ejecutar la sanción;
- i) si la solicitud está fundada en la letra e) del artículo 5 y no se cumple ninguna de las demás condiciones previstas en dicho artículo;
- j) si el Estado requerido estima que el Estado requirente está en condiciones de ejecutar él mismo la sanción;
- k) si, por razón de su edad en el momento de cometer el hecho, el condenado no pudiese ser procesado en el Estado requerido;
- l) si la sanción ya ha prescrito con arreglo a ley del Estado requerido;
- m) en la medida en que la sentencia imponga una inhabilitación.

Art. 7.^º No se podrá dar curso a una solicitud de ejecución si dicha ejecución fuere contraria a los principios reconocidos en las disposiciones de la sección 1.^a del título III del presente Convenio.

b) *Efectos de la transmisión de la ejecución*

Art. 8.^º Para la aplicación del párrafo 1) del artículo 6 y de la reserva mencionada en la letra c) del anexo I del presente Convenio, los actos que interrumpan o suspendan la prescripción válidamente realizados por las autoridades del Estado de condena se considerará que han producido en el Estado requerido el mismo efecto para la apreciación de la prescripción con arreglo al derecho de dicho Estado.

Art. 9.^º 1. El condenado detenido en el Estado requirente que haya sido entregado al Estado requerido a efectos de la ejecución correspondiente no será procesado, juzgado ni detenido para la ejecución de una pena o de una medida de seguridad, ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad individual por cualquier hecho anterior a la entrega distinto de aquel que haya motivado la condena que se haya de ejecutar, salvo en los casos siguientes:

- a) cuando el Estado que lo haya entregado consienta en ello. A tal efecto presentará una solicitud acompañada de toda la documentación pertinente y de un acta judicial en la que figure cualquier declaración hecha por el condenado. Se dará dicho consentimiento cuando la infracción para la cual se solicite el mismo pudiera dar lugar a extradición con arreglo a la ley del Estado que requiera la ejecución o cuando solamente se excluya la extradición por razón de la cuantía de la pena;
- b) cuando el condenado, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado al cual hubiere sido entregado, no lo hubiere hecho dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a su liberación definitiva o si hubiese regresado a él después de haberlo abandonado.

2. No obstante, el Estado al que se requiera la ejecución de la condena podrá tomar las medidas necesarias para expulsar a esa persona de su territorio o para interrumpir la prescripción con arreglo a su legislación, incluso mediante un procedimiento en rebeldía.

Art. 10. 1. La ejecución se regirá por la ley del Estado requerido y solamente ese Estado será competente para tomar todas las decisiones convenientes, en particular en lo que se refiere a la libertad condicional.

2. Sólo el Estado requirente tendrá derecho a decidir acerca de cualquier recurso de revisión interpuesto contra la condena.

3. Cada uno de los Estados podrá ejercer el derecho de amnistía o de indulto.

Art. 11. 1. Desde el momento en que el Estado de condena haya presentado la solicitud de ejecución ya no podrá ejecutar la sanción que ha sido objeto de dicha solicitud. No obstante, el Estado de condena podrá iniciar la ejecución de una sanción privativa de libertad cuando el condenado ya estuviera detenido en el territorio de dicho Estado en el momento de la presentación de la solicitud.

2. El Estado requirente recuperará su derecho a la ejecución:

a) si retira su solicitud antes de que el Estado requerido le haya informado de su intención de dar curso a la misma;

b) si el Estado requerido le informa de su negativa a dar curso a la solicitud;

c) si el Estado requerido renuncia expresamente a su derecho de ejecución. Esta renuncia sólo podrá tener lugar si los dos Estados interesados consienten en ello o si ya no es posible la ejecución en el Estado requerido. En este último caso, la renuncia será obligatoria si el Estado requirente la solicita.

Art. 12. 1. Las autoridades competentes del Estado requerido deberán poner fin a la ejecución desde el momento en que tengan noticia de un indulto, de una amnistía, de un recurso de revisión o de cualquier otra decisión que tenga como efecto privar a la sanción de su carácter ejecutivo. Se aplicará la misma norma en lo que respecta a la ejecución de una multa cuando el condenado la haya pagado a la autoridad competente del Estado requirente.

2. El Estado requirente informará sin demora al Estado requerido de cualquier decisión o medida procesal tomada en su territorio que, con arreglo al apartado anterior, ponga fin al derecho de ejecución.

c) Disposiciones diversas

Art. 13. 1. El tránsito por el territorio de un Estado Contratante de una persona que esté detenida y tenga que ser trasladada a un tercer Estado Contratante en virtud del presente Convenio se concederá a solicitud del Estado en que dicha persona esté detenido. El Estado de tránsito podrá exigir que se le facilite cualquier documentación pertinente antes de decidir acerca de la solicitud. La persona trasladada deberá permanecer detenida en el territorio del Estado de tránsito a menos que el Estado del cual sea trasladada solicite su puesta en libertad.

2. Salvo en los casos en que se requiera el traslado en virtud del artículo 34, cualquier Estado Contratante podrá negarse a conceder el tránsito:

a) por uno de los motivos previstos en las letras b) y c) del artículo 6;

b) si la persona de que se trata es uno de sus nacionales.

3. En el caso de que se utilice la vía aérea se aplicarán las disposiciones siguientes:

a) cuando no esté previsto ningún aterrizaje, el Estado del cual deba trasladarse a la persona podrá notificar al Estado cuyo territorio vaya a sobrevalorarse que a esa persona se la traslada en aplicación del presente Convenio. En caso de aterrizaje fortuito, dicha notificación producirá los efectos de la solicitud de arresto provisional a que se refiere el apartado 2 del artículo 32, y deberá presentarse una solicitud regular de tránsito.

b) cuando se prevea un aterrizaje, deberá presentarse una solicitud regular de tránsito.

Art. 14. Los Estados Contratantes renunciarán mutuamente a reclamarse el reembolso de los gastos derivados de la aplicación del presente Convenio.

SECCIÓN 2.^a SOLICITUDES DE EJECUCIÓN

Art. 15. 1. Las solicitudes previstas en el presente Convenio se harán por escrito. Serán dirigidas, así como todas las comunicaciones necesarias para la aplicación del presente Convenio, por el Ministerio de Justicia del Estado requirente al Ministerio de Justicia al Estado requerido o bien, en virtud de un acuerdo entre los Estados Contratantes interesados, directamente por las autoridades del Estado requirente a las del Estado requerido y serán devueltas por el mismo conducto.

2. En caso de urgencia, las solicitudes y comunicaciones podrán enviarse por medio de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL).

3. Cualquier Estado Contratante, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, podrá hacer saber su intención de atenerse a otras normas por lo que respecta a las comunicaciones a que se refiere el apartado 1 del presente artículo.

Art. 16. La solicitud de ejecución se acompañará del original o de una copia certificada conforme de la resolución cuya ejecución se solicita, así como de toda la documentación pertinente. El original o una copia certificada conforme de la totalidad o parte de la causa penal se enviará al Estado requerido a solicitud del mismo. La autoridad competente del Estado requirente certificará el carácter ejecutivo de la sanción.

Art. 17. Si el Estado requerido estimase que las informaciones proporcionadas por el Estado requirente son insuficientes para poder aplicar el presente Convenio, solicitará las informaciones complementarias necesarias. Podrá fijar un plazo para la obtención de dichas informaciones.

Art. 18. 1. Las autoridades del Estado requerido informarán sin demora a las del Estado requirente del curso que se haya dado a la solicitud de ejecución.

2. En su caso, las autoridades del Estado requerido enviarán a las del Estado requirente un documento acreditativo de que se ha ejecutado la sanción.

Art. 19. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, no podrá exigirse la traducción de las solicitudes y de los documentos anejos.

2. En el momento de la firma o del depósito del instrumento de ratificación, de aceptación o de adhesión, cualquier Estado Contratante podrá, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, reservarse la facultad de exigir que se le dirijan las solicitudes y documentos anejos acompañados de una traducción a su propia lengua o a una cualquiera de las lenguas oficiales del Consejo de Europa o a aquella de dichas lenguas que indique. Los demás Estados podrán aplicar la regla de reciprocidad.

3. El presente artículo no afectará a las disposiciones relativas a la traducción de las solicitudes y documentos anejos contenidas en los acuerdos o arreglos ya en vigor o que puedan concertarse entre dos o más Estados Contratantes.

Art. 20. Las pruebas y documentos remitidos en aplicación del presente Convenio quedarán dispensados de cualesquiera formalidades de legalización.

SECCIÓN 3.^a SENTENCIAS EN REBELDÍA Y «ORDONNANCES PÉNALES»

Art. 21. 1. Salvo disposición en contrario del presente Convenio, la ejecución de las sentencias en rebeldía y de las «ordonnances pénales» estará sometida a las mismas reglas que la de las demás sentencias.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, se considerará sentencia en rebeldía a efectos del presente Convenio cualquier resolución dictada por cualquier tribunal penal de un Estado Contratante como consecuencia de un procedimiento penal en cuya vista no haya comparecido el condenado personalmente.

3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 25, en el apartado 2 del artículo 26 y en el artículo 29, se considerará dictada previa audiencia del acusado:

- a) toda sentencia en rebeldía y toda «ordonnance pénale» que haya sido confirmada o dictada previa oposición del condenado en el Estado de condena;
- b) toda sentencia en rebeldía dictada en apelación siempre y cuando el condenado haya apelado contra la sentencia dictada en primera instancia.

Art. 22. La sentencia en rebeldía y la «ordonnance pénale» que no hayan sido todavía objeto de oposición o de otro recurso podrán enviarse al Estado requerido tan pronto como se dicten para su notificación y eventual ejecución.

Art. 23. 1. Si el Estado requerido estimase que procede dar curso a la solicitud de ejecución de una sentencia en rebeldía o de una «ordonnance pénale», hará que se notifique al condenado personalmente la resolución dictada en el Estado requirente.

2. En la notificación enviada al condenado se le informará:

- a) de que se ha presentado una solicitud de ejecución con arreglo al presente Convenio;
- b) de que el único recurso disponible es la oposición prevista en el artículo 24;
- c) de que la declaración de oposición deberá hacerse ante la autoridad que se le designe y que dicha declaración estará sometida, para que pueda ser aceptada, a las condiciones exigidas por el artículo 24 y que podrá pedir ser juzgado por las autoridades del Estado de condena;
- d) de que si no hay oposición en el plazo establecido, la resolución se considerará dictada con audiencia del acusado a todos los efectos del presente Convenio.

3. Se enviará sin demora una copia de la notificación a la autoridad que haya requerido la ejecución.

Art. 24. 1. Una vez que se haya notificado la resolución conforme al artículo 23, el único recurso abierto al condenado será la oposición. Dicha oposición será examinada, a elección del condenado, por el tribunal competente del Estado requirente o por el del Estado requerido. Si el condenado no ejerce su derecho a elección, la oposición será examinada por el tribunal competente del Estado requerido.

2. En los dos casos expresados en el apartado anterior, se admitirá la oposición si se formula mediante declaración dirigida a la autoridad competente del Estado requerido dentro de un plazo de treinta días a partir de la fecha de la notificación. El plazo se calculará con arreglo a las normas correspondientes de la ley del Estado

requerido. La autoridad competente de dicho Estado notificará sin demora alguna a la autoridad que haya solicitado la ejecución.

Art. 25. 1. Si se examina la oposición en el Estado requirente, se citará al condenado para que comparezca en dicho Estado en la nueva vista de la causa. Se le notificará personalmente dicha citación con una antelación mínima de veintiún días antes de esa nueva vista. Dicho plazo podrá abreviarse con el consentimiento del condenado. La nueva vista tendrá lugar ante el tribunal que sea competente en el Estado requirente y de conformidad con las normas procesales de dicho Estado.

2. Si el condenado no comparece personalmente o no se hace representar conforme a la ley del Estado requirente, el tribunal declarará nula y sin efecto la oposición y su resolución se comunicará a la autoridad competente del Estado requerido. Se seguirá el mismo procedimiento si el tribunal declara inadmisibles la oposición. En uno y otro caso, la sentencia en rebeldía o la «*ordonnance pénale*» se considerará dictada previa audiencia del acusado a todos los efectos del presente Convenio.

3. Si el condenado comparece en persona o se hace representar conforme a la ley del Estado requirente y se admite la oposición, la solicitud de ejecución se considerará nula y sin efecto.

Art. 26. 1. Si la oposición se examina en el Estado requerido, se citará al condenado para que comparezca en dicho Estado en la nueva vista de la causa. Dicha citación se notificará personalmente al menos veintiún días antes de la nueva vista. Dicho plazo podrá abreviarse con el consentimiento del condenado. La nueva vista se celebrará ante el tribunal competente del Estado requerido y de conformidad con las normas procesales de dicho Estado.

2. Si el condenado no comparece personalmente o no se hace representar conforme a la ley del Estado requerido, el tribunal declarará la oposición nula y sin efecto. En este caso, y cuando el tribunal declare inadmisibles la oposición, la sentencia en rebeldía o la «*ordonnance pénale*» se considerará dictada previa audiencia del acusado a todos los efectos del presente Convenio.

3. Si el condenado comparece en persona o se hace representar conforme a la ley del Estado requerido y se admite la oposición, el hecho será juzgado como si hubiera sido cometido en dicho Estado. Sin embargo, no podrá examinarse si se ha producido la prescripción de la acción penal. La sentencia dictada en el Estado requirente se considerará nula y sin efecto.

4. Cualquier acto que tenga como fin la práctica de diligencias e instrucciones, realizado en el Estado de condena de conformidad con las leyes y reglamentos vigentes en el mismo, tendrá la misma validez en el Estado requerido que si se hubiera realizado por las autoridades de dicho Estado sin que esa asimilación confiera a dicho acto mayor fuerza probatoria de la que tendría en el Estado requirente.

Art. 27. A efectos de la formulación de la oposición y del procedimiento consiguiente, el condenado en rebeldía o por una «*ordonnance pénale*» tendrá derecho a que se le nombre de oficio defensor en los casos y condiciones previstos por la ley del Estado requerido y, en su caso, del Estado requirente.

Art. 28. Las resoluciones judiciales dictadas en virtud del apartado 3 del artículo 26 y su ejecución se regirán únicamente por la ley del Estado requerido.

Art. 29. Si el condenado en rebeldía o por una «*ordonnance pénale*» no formula oposición, la resolución se considerará dictada previa audiencia del acusado a todos los efectos del presente Convenio.

Art. 30. Se aplicarán las disposiciones de las legislaciones nacionales relativas a la restitución «*in integrum*» cuando, por causas ajenas a su voluntad, el condenado

haya omitido la observancia de los plazos a que se refieren los artículos 24, 25 y 26 o no comparezca personalmente a la vista señalada para el nuevo examen de la causa.

SECCIÓN 4.^a MEDIDAS PROVISIONALES

Art. 31. Si el condenado estuviera presente en el Estado requirente después de haberse recibido la notificación de la aceptación de la solicitud de dicho Estado con vistas a la ejecución de una sentencia que implique privación de libertad, dicho Estado podrá, si lo estima necesario para garantizar la ejecución, detener a esa persona con el fin de trasladarla conforme a lo dispuesto en el artículo 43.

Art. 32. 1. Cuando el Estado requirente haya solicitado la ejecución, el Estado requerido podrá proceder a la detención del condenado:

a) si la ley del Estado requerido autoriza la detención preventiva por razón de la infracción, y

b) si existe peligro de huida o, en caso de una condena en rebeldía, riesgo de ocultación de pruebas.

2. Cuando el Estado requirente manifieste su intención de solicitar la ejecución, el Estado requerido podrá, a petición del Estado requirente, proceder a la detención del condenado siempre y cuando se cumplan las condiciones mencionadas en las letras a) y b) del apartado anterior. En dicha solicitud deberá hacerse constar la infracción que ha dado lugar a la condena, el tiempo y lugar de su comisión, y una descripción lo más exacta posible del condenado. Deberá, asimismo, figurar en ella una sucinta exposición de los hechos en que se basa la condena.

Art. 33. 1. La detención se regirá por la ley del Estado requerido, la cual determinará asimismo las condiciones en que la persona detenida pueda recobrar la libertad.

2. En todo caso se pondrá fin a la detención:

a) transcurrido un período igual al de privación de libertad impuesta en la sentencia;

b) si se ha procedido a la detención en aplicación del apartado 2 del artículo 32 y si el Estado requerido no ha recibido en los dieciocho días siguientes a partir de la fecha de la detención la solicitud acompañada de los documentos a que se refiere el artículo 16.

Art. 34. 1. La persona detenida en el Estado requerido en virtud del artículo 32 y la citada para comparecer ante el tribunal competente del Estado requirente conforme al artículo 25, como consecuencia de la oposición que haya formulado, será trasladada a tal efecto al territorio de dicho Estado.

2. El Estado requirente no mantendrá la detención de la persona trasladada en los casos a que se refiere el apartado 2.a) del artículo 33 o si dicho Estado requirente no solicita la ejecución de la nueva condena. La persona trasladada será devuelta en el plazo más breve posible al Estado requerido, a menos que se la ponga en libertad.

Art. 35. 1. La persona citada ante un tribunal competente del Estado requirente de resultados de la oposición que haya formulado no será procesada, juzgada ni detenida con vistas a la ejecución de una pena o de una medida de seguridad, ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal por cualquier hecho o infracción que hubiera tenido lugar con anterioridad a su salida del territorio del Estado requerido y al que no se refiera la citación, a no ser que dicha persona consienta en ello expresamente por escrito. En el caso previsto en el apartado 1 del artículo 34, se enviará una copia de la declaración de consentimiento al Estado al cual se haya trasladado a la referida persona.

2. Los efectos previstos en el apartado anterior cesarán cuando la persona citada, habiendo tenido la posibilidad de hacerlo, no hubiera abandonado el territorio del Estado requirente en el término de quince días después de la fecha de la resolución que haya seguido a la audiencia en que haya comparecido o si vuelve a ese territorio sin que se la cite de nuevo después de haberlo abandonado.

Art. 36. 1. Cuando el Estado requirente haya solicitado la ejecución de una confiscación, el Estado requerido podrá proceder al embargo provisional si su propia ley prevé dicha medida por hechos análogos.

2. El embargo se regirá por la ley del Estado requerido, la cual determinará asimismo las condiciones en que aquél puede levantarse.

SECCIÓN 5.^a EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES

a) *Cláusulas generales*

Art. 37. Una sanción impuesta en el Estado requirente no podrá ejecutarse en el Estado requerido salvo en virtud de una resolución del tribunal de este segundo Estado. Sin embargo, cualquier Estado Contratante podrá facultar a otras autoridades para que dicten dichas resoluciones si se trata solamente de la ejecución de una multa o de una confiscación y si dichas resoluciones pueden ser objeto de recurso judicial.

Art. 38. La causa se someterá al tribunal o a la autoridad facultada en virtud del artículo 37 si el Estado requerido estima que procede dar curso a la solicitud de ejecución.

Art. 39. 1. Antes de dictar una resolución acerca de la solicitud de ejecución, el tribunal concederá al condenado la posibilidad de exponer su punto de vista. Si el condenado lo solicita, se le oirá mediante comisión rogatoria o en persona ante el tribunal. Se le concederá la audiencia personal cuando el condenado así lo solicite expresamente.

2. No obstante, si el condenado que hubiere solicitado comparecer personalmente se encuentra detenido en el Estado requirente, el tribunal podrá resolver en su ausencia acerca de la aceptación de la solicitud de ejecución. En ese caso, la decisión relativa a la sustitución de la sanción a que se refiere el artículo 44 se aplazará hasta que el condenado, después de su traslado al Estado requerido, tenga la posibilidad de comparecer ante el tribunal.

Art. 40. 1. El tribunal que entienda en la causa o, en los casos previstos en el artículo 37, la autoridad designada en virtud de lo dispuesto en dicho artículo, se cerciorará:

- a) de que la sanción cuya ejecución se solicita fue impuesta mediante una sentencia penal europea;
- b) de que se han cumplido las condiciones previstas en el artículo 4;
- c) de que la condición prevista en la letra a) del artículo 6 no se ha cumplido o no constituye un obstáculo para la ejecución;
- d) de que la ejecución no es contraria al artículo 7;
- e) de que, en caso de condena en rebeldía o de «ordonnance pénale», se cumplen las condiciones exigidas en la sección 3.^a del presente título.

2. Cualquier Estado Contratante podrá confiar al tribunal o a la autoridad designada en virtud del artículo 37 el examen de las demás condiciones de ejecución previstas en el presente Convenio.

Art. 41. Podrá recurrirse contra las resoluciones judiciales dictadas con arreglo a lo dispuesto en la presente sección con respecto a la ejecución solicitada o contra las dictadas en apelación contra una resolución de la autoridad administrativa designada en virtud del artículo 37.

Art. 42. El Estado requerido quedará vinculado por los hechos declarados probados en la medida en que éstos se expongan en la resolución o en la medida en que ésta se base implícitamente en ellos.

b) *Cláusulas particulares relativas a la ejecución de sanciones privativas de libertad*

Art. 43. Si el condenado se encuentra detenido en el Estado requirente, deberá ser trasladado, salvo disposición en contrario de la ley de dicho Estado, al Estado requerido en cuanto se haya informado al Estado requirente de la aceptación de las solicitudes de ejecución.

Art. 44. 1. Cuando se acepte la solicitud de ejecución, el tribunal sustituirá la sanción privativa de libertad impuesta en el Estado requirente por una sanción prevista en su propia ley para la misma infracción. Dicha sanción, dentro de los límites establecidos en el apartado 2, podrá ser de naturaleza o duración distinta de la impuesta en el Estado requirente. Si esta última sanción fuese inferior al mínimo que la ley del Estado requerido permite imponer, el tribunal no quedará vinculado por dicho mínimo y aplicará una sanción correspondiente a la impuesta en el Estado requirente.

2. Cuando determine la sanción, el tribunal no podrá agravar la situación penal del condenado resultante de la resolución dictada en el Estado requirente.

3. Cualquier parte de la sanción impuesta en el Estado requirente y cualquier período de detención provisional sufridos por el condenado después de la condena se abonarán en su totalidad para el cumplimiento de ésta. La misma norma se aplicará por lo que respecta a la prisión preventiva sufrida por el condenado en el Estado requirente antes de su condena en la medida en que la ley de dicho Estado así lo exija.

4. Cualquier Estado Contratante podrá, en cualquier momento, depositar en poder del Secretario general del Consejo de Europa una declaración que le confiera, en virtud del presente Convenio, el derecho de ejecutar una sanción privativa de libertad de la misma naturaleza que la impuesta en el Estado requirente, incluso aunque la duración de ésta exceda del máximo previsto por su ley nacional para una sanción de esa naturaleza. Sin embargo, dicha norma solamente podrá aplicarse en los casos en que la ley nacional de ese Estado permita imponer por la misma infracción una sanción que tenga al menos la misma duración que la impuesta en el Estado requirente, pero que sea de naturaleza más severa. La sanción aplicada conforme al presente apartado podrá cumplirse, si su duración y finalidad así lo exigieren, en una institución penitenciaria destinada al cumplimiento de sanciones de otra naturaleza.

c) *Cláusulas particulares relativas a la ejecución de multas o de confiscaciones*

Art. 45. 1. Cuando se acepte la solicitud de ejecución de una multa o de una confiscación de una cantidad de dinero, el tribunal o la autoridad facultada en virtud del artículo 37 convertirá el importe de la misma en unidades monetarias del Estado requerido, aplicando el tipo de cambio vigente en el momento en que se dicte la resolución. Se fijará así el importe de la multa o de la cantidad objeto de la confiscación sin poder exceder, sin embargo, del máximo fijado por la ley de dicho Estado para la misma infracción o, en defecto de máximo legal, del máximo del importe habitualmente impuesto por dicho Estado por una infracción análoga.

2. No obstante, el tribunal o la autoridad facultada en virtud del artículo 37 podrá mantener hasta la cuantía impuesta en el Estado requirente la condena a una multa o confiscación cuando dicha sanción no esté prevista por la ley del Estado requerido para la misma infracción, pero dicha ley permita la imposición de sanciones más graves. Se aplicará la misma norma cuando la sanción impuesta en el Estado requirente exceda del máximo impuesto por la ley del Estado requerido para la misma infracción, pero esta ley permita la imposición de sanciones más graves.

3. El Estado requerido respetará todas las facilidades de pago referentes tanto al momento del pago como al escalonamiento de los plazos del mismo concedidas por el Estado requirente.

Art. 46. 1. Cuando la solicitud de ejecución se refiera a la confiscación de un objeto determinado, el tribunal o la autoridad facultada en virtud del artículo 37 solamente podrá ordenar la confiscación de dicho objeto en caso de que la misma esté autorizada por la ley del Estado requerido para la misma infracción.

2. No obstante, el tribunal o la autoridad facultada en virtud del artículo 37 podrá mantener la confiscación ordenada en el Estado requirente cuando dicha sanción no esté prevista en la ley del Estado requerido para la misma infracción, pero dicha ley permita la imposición de sanciones más graves.

Art. 47. 1. El producto de las multas y confiscaciones se ingresará en el tesoro del Estado requerido sin perjuicio de los derechos de terceros.

2. Los objetos confiscados que presenten un interés particular podrán entregarse al Estado requirente a petición del mismo.

Art. 48. Cuando resulte imposible la ejecución de una multa, un tribunal del Estado requerido podrá imponer una sanción sustitutoria privativa de libertad en la medida en que las leyes de ambos Estados la prevean para tales casos, a menos que el Estado requirente haya limitado expresamente su solicitud a la ejecución de la multa. Si el tribunal decide imponer una sanción sustitutoria privativa de libertad, se aplicarán las normas siguientes:

a) Cuando la conversión de la multa en una sanción privativa de libertad se encuentre ya establecida en la condena dictada en el Estado requirente o directamente en la ley de dicho Estado, el tribunal del Estado requerido determinará la clase y duración de la misma con arreglo a las normas previstas por la ley de dicho Estado. Si la sanción privativa de libertad ya establecida en el Estado requirente es inferior al mínimo que la ley del Estado requerido permite imponer, el tribunal no quedará vinculado por dicho mínimo e impondrá una sanción correspondiente a la prescrita en el Estado requirente. Al determinar la sanción, el tribunal no podrá agravar la situación penal del condenado resultante de la resolución dictada en el Estado requirente.

b) En todos los demás casos, el tribunal del Estado requerido convertirá en multa de conformidad con su propia ley, respetando los límites previstos por la ley del Estado requirente.

d) *Cláusulas relativas a la ejecución de inhabilitaciones*

Art. 49. 1. Cuando se formule una solicitud de ejecución de una inhabilitación, la inhabilitación impuesta en el Estado requirente sólo podrá surtir efecto en el Estado requerido si la ley de este último Estado permite imponer la inhabilitación por esa infracción.

2. El tribunal que entienda en la causa apreciará la oportunidad de ejecutar la inhabilitación en el territorio de su propio Estado.

Art. 50. 1. Si el tribunal ordena la ejecución de la inhabilitación, determinará su duración dentro de los límites establecidos por su propia ley, pero sin poder exceder de los establecidos en la condena impuesta en el Estado requirente.

2. El tribunal podrá limitar la inhabilitación a una parte de los derechos cuya privación o suspensión se haya impuesto.

Art. 51. El artículo 11 no será aplicable a las inhabilitaciones.

Art. 52. El Estado requerido tendrá derecho a reponer al condenado en los derechos de que se le hubiera privado en virtud de una resolución dictada en aplicación de la presente sección.

TÍTULO III

Efectos internacionales de las sentencias penales europeas

SECCIÓN 1.^a «NE BIS IN IDEM»

Art. 53. 1. La persona sobre la cual haya recaído una sentencia penal europea no podrá ser procesada, condenada ni sometida al cumplimiento de una sanción por el mismo hecho en otro Estado Contratante:

- a) cuando haya sido absuelta;
- b) cuando la sanción impuesta:
 - i) se haya cumplido en su totalidad o esté en curso de ejecución, o
 - ii) haya sido objeto de un indulto o amnistía que se refiera a la totalidad de la sanción o a la parte no cumplida de la misma, o
 - iii) no pueda ya ejecutarse por razón de la prescripción;
- c) cuando el tribunal haya declarado culpable al autor de la infracción sin imponerle una sanción.

2. No obstante, un Estado Contratante no estará obligado, a menos que sea el mismo que haya solicitado el procesamiento, a reconocer el efecto «ne bis in idem» si el hecho que haya dado lugar a la sentencia hubiese sido cometido contra una persona, institución o bien que tenga carácter público en dicho Estado, o si la persona sobre la cual haya recaído la sentencia tuviera ella misma un carácter público en dicho Estado.

3. Asimismo, cualquier Estado Contratante en el cual se haya cometido la infracción o se considere haberlo sido con arreglo a la ley de dicho Estado no estará obligado a reconocer el efecto «ne bis in idem» a menos que ese mismo Estado haya solicitado el procesamiento.

Art. 54. Si se entablan nuevas actuaciones penales contra una persona que haya sido condenada por el mismo hecho en otro Estado Contratante, se le abonará para el cumplimiento de la sanción que pueda imponérsele cualquier período de privación de libertad que haya sufrido en cumplimiento de la condena impuesta.

Art. 55. La presente sección no obstará a la aplicación de disposiciones nacionales más amplias relativas al efecto «ne bis in idem» inherente a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero.

SECCIÓN 2.^a APRECIACIÓN DE OTRAS SENTENCIAS

Art. 56. Todo Estado Contratante adoptará las medidas legislativas que estime oportunas con el fin de permitir a sus tribunales, al dictar una sentencia, tener en cuen-

ta cualquier sentencia penal europea dictada anteriormente con audiencia del acusado por razón de otra infracción con el fin de dotar a esta sentencia de todos o parte de los efectos que su ley prevea para las sentencias dictadas en su territorio. Determinará las condiciones en que se tendrá en cuenta dicha sentencia.

Art. 57. Todo Estado Contratante adoptará las medidas legislativas que estime oportunas con el fin de permitir tener en cuenta cualquier sentencia penal europea dictada con audiencia del acusado con el fin de hacer aplicable la totalidad o parte de las inhabilitaciones que su ley atribuye a las sentencias dictadas en su territorio. Determinará las condiciones en que se tendrá en cuenta dicha sentencia.

TÍTULO IV

Disposiciones finales

Art. 58. 1. El presente Convenio quedará abierto a la firma de los Estados miembros representados en el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Será objeto de ratificación o aceptación. Los instrumentos de ratificación o de aceptación serán depositados en poder del Secretario general del Consejo de Europa.

2. El Convenio entrará en vigor tres meses después de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación o de aceptación.

3. Entrará en vigor, respecto de cualquier Estado signatario que lo ratifique o acepte posteriormente, tres meses después de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de aceptación.

Art. 59. 1. Después de la entrada en vigor del presente Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá invitar a cualquier Estado no miembro del Consejo a que se adhiera al presente Convenio, siempre que cuando la decisión relativa a dicha invitación cuente con el acuerdo unánime de los miembros del Consejo que hayan ratificado el Convenio.

2. Dicha adhesión se efectuará mediante el depósito en poder del Secretario general del Consejo de Europa de un instrumento de adhesión, que surtirá efecto tres meses después de la fecha de su depósito.

Art. 60. 1. Cualquier Estado Contratante, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o adhesión, podrá designar el territorio o territorios a que se aplicará el presente Convenio.

2. Cualquier Estado Contratante, en el momento del depósito del instrumento de ratificación, de aceptación o de adhesión o en cualquier otro momento posterior, podrá hacer extensiva la aplicación del presente Convenio mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, a cualquier otro territorio expresado en la declaración y de cuyas relaciones internacionales sea responsable o en cuyo nombre esté facultado para obligarse.

3. Cualquier declaración hecha en virtud del apartado anterior podrá retirarse, respecto de cualquier territorio expresado en la misma, en las condiciones previstas en el artículo 66 del presente Convenio.

Art. 61. 1. Cualquier Estado Contratante, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o adhesión, podrá declarar que se acoge a una o más de las reservas previstas en el anexo I del presente Convenio.

2. Cualquier Estado Contratante podrá retirar en todo o en parte una reserva formulada por él en virtud del apartado anterior mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, que surtirá efecto desde la fecha de su recepción.

3. El Estado Contratante que haya formulado una reserva con respecto a alguna disposición del presente Convenio no podrá exigir la aplicación de dicha disposición

por otro Estado; no obstante si la reserva es parcial o condicional, podrá exigir la aplicación de dicha disposición en la medida en que la haya aceptado.

Art. 62. 1. Cualquier Estado Contratante podrá en cualquier momento indicar, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, las disposiciones legales que deban incluirse en los anejos II o III del presente Convenio.

2. Cualquier modificación de las disposiciones nacionales enumeradas en los anejos II o III deberá notificarse al Secretario general del Consejo de Europa si, a consecuencia de dicha modificación, la información facilitada en dichos anejos dejara de ser exacta.

3. Las modificaciones introducidas en los anejos II o III en aplicación de los apartados anteriores surtirán efecto, para cada Estado Contratante, un mes después de la fecha de su notificación por el Secretario general del Consejo de Europa.

Art. 63. 1. Cualquier Estado Contratante deberá facilitar al Secretario general del Consejo de Europa, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o adhesión, cualesquiera informaciones relativas a las sanciones aplicables en dicho Estado y a la ejecución de las mismas a efectos de la aplicación del presente Convenio.

2. Cualquier modificación posterior a consecuencia de la cual dejasen de ser exactas las informaciones facilitadas en virtud del apartado anterior deberá comunicarse asimismo al Secretario general del Consejo de Europa.

Art. 64. 1. El presente Convenio no afectará a los derechos y obligaciones derivados de los tratados de extradición y de los Convenios internacionales multilaterales relativos a materias especiales ni a las disposiciones referentes a las materias que constituyen el objeto del presente Convenio y que figuren en otros Convenios existentes entre Estados Contratantes.

2. Los Estados Contratantes no podrán concertar entre sí acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a las materias reguladas por el presente Convenio más que para complementar las disposiciones de este último o para facilitar la aplicación de los principios contenidos en él.

3. No obstante, si dos o más Estados Contratantes hubieren establecido o llegaren a establecer sus relaciones sobre la base de una legislación uniforme o de un régimen particular, estarán facultados para regular sus relaciones mutuas en la materia basándose exclusivamente en esos sistemas, no obstante lo dispuesto en el presente Convenio.

4. Los Estados Contratantes que dejen de aplicar el presente Convenio a sus relaciones mutuas, de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, dirigirán a tal efecto una notificación al Secretario general del Consejo de Europa.

Art. 65. El Comité Europeo de Problemas Penales del Consejo de Europa se mantendrá informado sobre la aplicación del presente Convenio y hará todo lo necesario para facilitar la solución amistosa de cualquier controversia a que dé lugar aquélla.

Art. 66. 1. El presente Convenio permanecerá en vigor por tiempo ilimitado.

2. Cualquier Estado Contratante podrá, en lo que le respecta, denunciar el presente Convenio mediante notificación dirigida al Secretario general del Consejo de Europa.

3. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario general.

Art. 67. El Secretario general del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros representados en el Comité de Ministros del Consejo y a cualquier Estado que se haya adherido al presente Convenio:

- a) cualquier firma;
- b) el depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación o adhesión;
- c) cualquier fecha de entrada en vigor del presente Convenio de conformidad con su artículo 58;

- d) cualquier declaración recibida en aplicación del apartado 2 del artículo 19;
- e) cualquier declaración recibida en aplicación del apartado 4 del artículo 44;
- f) cualquier declaración recibida en aplicación del artículo 60;
- g) cualquier reserva formulada al amparo de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 66 o la retirada de dicha reserva;
- h) cualquier declaración recibida en aplicación del apartado 1 del artículo 62 y cualquier notificación posterior recibida en aplicación del apartado 2 de dicho artículo;
- i) cualquier información recibida en aplicación del apartado 1 del artículo 63 y cualquier notificación posterior recibida en aplicación del apartado 2 de dicho artículo;
- j) cualquier notificación relativa a los acuerdos bilaterales o multilaterales concertados en aplicación del apartado 2 del artículo 64 o relativa a la legislación uniforme introducida en aplicación del apartado 3 del artículo 64;
- k) cualquier notificación recibida en aplicación de las disposiciones del artículo 66 y la fecha en que la denuncia surtirá efecto.

Art. 68. El presente Convenio y las declaraciones y notificaciones que autorice se aplicarán solamente a la ejecución de las resoluciones dictadas después de la entrada en vigor del Convenio entre los Estados Contratantes interesados.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados al efecto, firman el presente Convenio.

Hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970, en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente fehacientes, en un solo ejemplar que se depositará en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario general del Consejo de Europa remitirá copia certificada conforme del mismo a cada uno de los Estados signatarios y adherentes.

ANEJO I

Cada uno de los Estados Contratantes podrá declarar que se reserva el derecho a:

- a) denegar la ejecución si estima que la condena se refiere a un infracción de carácter fiscal o religioso;
- b) denegar la ejecución de una sanción impuesta por razón de un hecho que, de conformidad con su ley, habría sido de la competencia exclusiva de una autoridad administrativa;
- c) denegar la ejecución de una sentencia penal europea dictada por las autoridades del Estado requirente en una fecha en que la acción penal por la infracción sancionada en aquélla habría quedado excluida por prescripción con arreglo a su propia ley;
- d) denegar la ejecución de sentencias en rebeldía y de «ordonnances pénales» o de una de dichas categorías de resoluciones solamente;
- e) denegar la aplicación de las disposiciones del artículo 8 en los casos en que dicho Estado tenga una competencia originaria y reconocer solamente, en esos casos, la equivalencia de los actos realizados en el Estado requirente y que tengan como efecto interrumpir o suspender la prescripción;
- f) aceptar la aplicación del título III únicamente en lo que respecta a una de sus dos secciones.

ANEJO II

Lista de infracciones distintas de las infracciones penales

Las siguientes infracciones se asimilarán a las castigadas por la ley penal:

- En Francia: Cualquier conducta ilegal sancionada por una «contravention de grande voirie».

– En la República Federal de Alemania: Cualquier conducta ilegal para la que esté previsto el procedimiento establecido en la ley relativa a la infracción de disposiciones reglamentarias («Gesetz über Ordnungswidrigkeiten») de 24 de mayo de 1968 (BGBl 1968, I 481).

– En Italia: Cualquier conducta ilegal a la que sea aplicable la Ley número 317, de 3 de marzo de 1967.

ANEJO III

Lista de «Ordonnances Pénales»

Austria:

Strafverfügung (artículos 460-62 del Código de Procedimiento Penal).

Dinamarca:

Bødeforelaeg o *Udenretlig bødevedtagelse* (artículo 931 de la Ley sobre Administración de Justicia).

Francia:

1. *Amende de composition* (artículos 524-528 del Código de Procedimiento Penal, complementado por los artículos R 42 - R 50).

2. *Ordonnance pénale* aplicada únicamente en los departamentos de Bas-Rhin, Haut-Rhin y Moselle.

República Federal de Alemania:

1. *Strafbefehl* (artículos 407-412 del Código de Procedimiento Penal).

2. *Strafverfügung* (artículo 413 del Código de Procedimiento Penal).

3. *Bussgeldbescheid* (artículos 65-66 de la Ley de 24 de mayo de 1968, BGBl 1968, I, 481).

Italia:

1. *Decreto penale* (artículos 506-10 del Código de Procedimiento Penal).

2. *Decreto penale* en materia fiscal (Ley de 7 de enero de 1929, número 4).

3. *Decreto penale* en materia de navegación (artículos 1.242-43 del Código de Navegación).

4. Decisión dictada en virtud de la Ley número 317, de 3 de marzo de 1967.

Luxemburgo:

1. *Ordonnance pénale* (Ley de 31 de julio de 1924, relativa a la organización de las «ordonnances pénales»).

2. *Ordonnance pénale* (artículo 16 de la Ley de 14 de febrero de 1995 sobre Circulación por las Vías Públicas).

Noruega:

1. *Forelegg* (artículos 287-290 de la Ley sobre Procedimiento Judicial en Materia Penal).

2. *Forenklet forelegg* (artículo 31 B del Código de la Circulación de 18 de junio de 1965).

Suecia:

1. *Strafföreläggande* (capítulo 48 del Código de Procedimiento).

2. *Föreläggande av ordningsbot* (capítulo 48 del Código de Procedimiento).

Suiza:

1. *Strafbefehl* (Argovia, Basilea comarca, Basilea ciudad, Schaffhausen, Schwyz, Uri, Zug, Zurich).

Ordonnance Pénale (Friburgo, Valais).

2. *Strafantrag* (Bajo Unterwalden).

3. *Strafbescheid* (Saint Gall).

4. *Strafmandat* (Berna, Grisones, Solothurn, Alto Unterwalden).

5. *Strafverfügung* (Appenzell Ausser Rhoden, Glaris, Schaffhausen, Turgovia).

6. *Abwandlungserkenntnis* (Lucerna).

7. *Bussenentscheid* (Appenzell Inner Rhoden).

8. *Ordonnance de condamnation* (Vaud).

9. *Mandat de répression* (Neuchâtel).

10. *Avis de Contravention* (Ginebra, Vaud).

11. *Prononcé préfectoral* (Vaud).

12. *Prononcé de contravention* (Valais).

13. *Decreto di accusa* (Tesino).

Turquía:

Ceza Kararnamesi (artículos 386-91 del Código de Procedimiento Penal) y todas las demás resoluciones en virtud de las cuales las autoridades administrativas imponen sanciones.

ESTADOS PARTE

	Fecha firma	Fecha depósito Instrumento	Entrada en vigor
Alemania, República			
Federal de	28-5-1970	—	—
Austria	28-5-1970	1- 4-1980 R (R/D)	1- 7-1980
Bélgica	28-5-1970	—	—
Chipre	3-3-1972	25- 4-1974 R (R)	26- 7-1974
Dinamarca	28-5-1970	3- 3-1971 R (D/T)	4- 6-1971
España	30-5-1984	2- 9-1994 R (R/D)	3-12-1994
Grecia	27-8-1979	—	—
Islandia	19-9-1989	6- 8-1993 R (D)	7-11-1993
Italia	4-2-1971	—	—
Lituania	10-7-1995	—	—
Luxemburgo	8-4-1976	—	—
Noruega	28-5-1970	19- 9-1974 R (R/D/T)	20-12-1974
Países Bajos	28-5-1970	30- 9-1987 Ac (R/D/T)	1- 1-1988
Portugal	10-5-1979	—	—
Suecia	28-5-1970	21- 6-1973 R (R/D)	26- 7-1974
Turquía	26-6-1974	27-10-1978 R (R/D)	28- 1-1979

R: Ratificación.

Ac: Aceptación.

R: Reservas.

D: Declaraciones.

T: Declaración territorial.

Austria:

Declaración realizada en el momento de la firma, el 28 de mayo de 1970.

En el momento de la firma del citado Convenio, el Ministro de Justicia de la República de Austria declaró que su Gobierno deseaba acogerse a las reservas previstas en las letras *a)*, *b)* y *c)* del anejo I del Convenio.

Declaraciones y reservas contenidas en el instrumento de ratificación, depositado el 1 de abril de 1980

Declaraciones:

Artículo 6, letra *m)*.

Austria denegará la ejecución en los casos y en la medida en que la sentencia imponga una inhabilitación.

Artículo 19, apartado 2.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19, apartado 3, las solicitudes de ejecución y documentos anejos que no estén redactados en alemán, francés o inglés deberán acompañarse de una traducción a una de dichas lenguas.

Reservas:

a) Austria denegará la ejecución si estima que la sentencia se refiere a una infracción de carácter fiscal. Austria considera como tal cualquier quebrantamiento de los reglamentos en materia de impuestos, tributos, derechos, monopolios y cambio de divisas, o de los reglamentos en materia de exportación, importación, tránsito y racionamiento de bienes [anejo I, letra *a)*].

b) Austria denegará la ejecución de cualquier sanción impuesta por razón de un hecho que, de conformidad con el derecho austriaco, habría sido de la competencia exclusiva de las autoridades administrativas [anejo I, letra *b)*].

c) Austria denegará la ejecución de cualquier sentencia penal europea dictada por las autoridades del Estado requirente en una fecha en que la acción penal por la infracción sancionada en aquélla habría quedado excluida por prescripción con arreglo al derecho austriaco [anejo I, letra *c)*].

d) Austria denegará la ejecución de sentencias en rebeldía y de «ordonnances pénales» [anejo I, letra *d)*].

e) Austria denegará la aplicación de las disposiciones del artículo 8 en los casos en que Austria tenga una competencia originaria, y reconocerá solamente, en esos casos, la equivalencia de los actos realizados en el Estado requirente y que tengan como efecto interrumpir o suspender la prescripción [anejo I, letra *e)*].

Chipre:

Reservas formuladas en el momento de la firma, el 3 de marzo de 1972.

El Gobierno de Chipre desea acogerse a las reservas previstas en las letras *a)*, *b)* y *d)* del anejo I del Convenio.

Dinamarca:

I. Declaraciones.

Artículo 19 (2).

Dinamarca exige que las solicitudes y documentos anejos se acompañen de una traducción al danés o al inglés.

Artículo 60 (1).

Por el momento, el Convenio no se aplicará a las Islas Faroe (*) ni a Groenlandia.

Artículo 64.

En lo que se refiere a la ejecución de las sanciones de multa, prisión atenuada, prisión y confiscación, el Convenio no se aplicará entre Dinamarca y Finlandia, Noruega y Suecia, ya que estas cuestiones han sido ya reguladas mediante legislación uniforme en los cuatro países.

II. Información.

Artículo 48.

Con arreglo al Derecho danés, una multa no puede sustituirse por una sanción privativa de libertad sobre la base de que resulta imposible la ejecución de la multa.

Artículo 63.

Lista de sanciones aplicadas y ejecutadas en Dinamarca:

1. Multas.
2. Confiscación.
3. Penas privativas de libertad.

a) prisión, que puede imponerse de por vida o por un tiempo determinado, y que normalmente oscila entre los treinta días y los dieciséis años; en los casos en que sea igual o superior a tres meses, la condena se cumple generalmente en una de las grandes prisiones estatales; en caso contrario, en una de las prisiones locales de menor tamaño;

b) prisión juvenil, que, si se estima oportuno, podrá imponerse a las personas entre los quince y los veintiún años de edad, o, en los casos pertinentes, hasta los veintitrés años, en lugar de la prisión ordinaria; la pena de prisión juvenil es de duración indeterminada; como regla general, la puesta en libertad se producirá transcurridos al menos doce meses, siendo la duración máxima normalmente de tres años; estas penas se cumplen en prisiones juveniles especiales;

c) detención simple, impuesta normalmente por un plazo que oscila entre los siete días y los seis meses.

El Código Penal danés prevé la aplicación de las siguientes medidas en lugar de castigo a los multirreincidentes:

d) centros de trabajo, que, con arreglo a las condiciones especificadas en el artículo 62 del Código Penal, podrán aplicarse en lugar de la prisión; las condenas de internamiento en un centro de trabajo son por tiempo indeterminado; la puesta en libertad se producirá transcurridos al menos doce meses, siendo la duración máxima normalmente de cuatro años; esta pena se cumple en una institución especial;

e) detención preventiva, que, según las condiciones especificadas en el artículo 65 del Código Penal, podrá aplicarse en lugar de la prisión a los delincuentes profesionales o habituales, si se estima necesario por razones de seguridad pública; la condena es de duración indeterminada; la puesta en libertad sólo podrá producirse transcurridos cuatro años; la detención preventiva se cumple en una institución especial.

Por último, el capítulo IX del Código Penal establece medidas aplicables a las personas exentas de cualquier castigo debido a su falta de responsabilidad, o a las personas que, a causa de una anomalía psíquica de otra naturaleza, se consideran inmunes a cualquier influencia a través del castigo. En tales casos, los tribunales podrán decidir, en particular, que el infractor en cuestión sea internado en:

- f) un centro psiquiátrico;
- g) una institución para deficientes mentales, o
- h) uno de los centros especiales de detención creados para delincuentes psicopáticos no aptos para recibir castigo. Estas medidas son de duración indeterminada; será necesaria para su cancelación una orden judicial.

4. Efectos preceptivos o colaterales de las sentencias penales de privación o restricción de la libertad, dictadas por los tribunales penales:

El artículo 78 del Código Penal prevé de forma explícita que una infracción punible no conllevará la suspensión de los derechos civiles, incluido el derecho a desarrollar un oficio o actividad comercial al amparo de una licencia. Sin embargo, se podrá prohibir a la persona condenada por una infracción punible el ejercicio de una actividad comercial que requiera una autorización o permiso público especial, si la infracción implica un riesgo evidente de abuso de esa posición. La denegación de la solicitud de dicha autorización o permiso corresponderá a la autoridad que normalmente lo expide; sin embargo, a instancia de la persona interesada, podrá dirimirse la cuestión ante los tribunales.

En virtud del artículo 79 del Código Penal, el contenido de una condena podrá disponer la retirada o limitación del derecho a seguir ejerciendo un oficio o actividad comercial al amparo de permiso o autorización pública, si el delito cometido implica un riesgo evidente de abuso de dicha posición. En caso de concurrir circunstancias especiales, esto podrá también aplicarse a las actividades comerciales que no requieran permiso o autorización pública. La privación de este derecho se podrá realizar por un período que oscila entre los doce meses y los cinco años, o sin plazo fijo, en cuyo caso deberá reconsiderarse la cuestión transcurridos cinco años.

De las disposiciones anteriores se desprende que no es necesario que las condenas impidan en todos los casos la concesión de un permiso o autorización pública o el ejercicio de una profesión, incluida la actividad académica. La disposición facultativa de privar a una persona condenada del derecho a realizar determinada actividad comercial depende de la existencia de un riesgo evidente de abuso.

La persona que, debido a la ingestión de bebidas alcohólicas, no haya sido capaz de conducir un vehículo de motor de un modo completamente seguro, será privada normalmente del derecho a conducir un vehículo de motor. Lo mismo se aplicará cuando se haya conducido el vehículo de forma evidentemente irresponsable o cuando, de acuerdo con la naturaleza de la infracción y con las pruebas disponibles sobre la conducta del infractor como conductor de vehículos de motor, no se considere aconsejable, en aras de la seguridad en la carretera, que dicha persona conduzca un vehículo de motor. El permiso se retirará por un plazo determinado, que nunca podrá ser inferior a los seis meses, o bien de forma definitiva; en el caso de conducir bajo la influencia del alcohol, el plazo mínimo será de doce meses.

Declaración:

Con referencia a las reservas formuladas en relación con la ratificación por Dinamarca del Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales, artículo 60 (1), tengo el honor de informarle, siguiendo instrucciones, de que tras las modificaciones realizadas en la legislación danesa pertinente, puede extender-

se ya la aplicación del Convenio a las Islas Faroe, al amparo del artículo 60 (1) del mismo.

Islandia:

I. Declaraciones.

Artículo 19, apartado 2.

Islandia exige que las solicitudes y documentos anejos se acompañen de una traducción al islandés o al inglés.

Artículo 62, apartado 1.

Con arreglo a la legislación islandesa, por «Ordonnances pénales» se entenderán «Lögreglustjórasettir» (artículo 115 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Artículo 64, apartado 3.

El Convenio no se aplicará a las relaciones entre Islandia y los demás países nórdicos que sean Partes en el Convenio, excepto en los casos en los que la ejecución de una sentencia penal no esté sometida a la legislación nórdica en esa materia.

II. Información.

Artículo 63.

Lista de sanciones aplicadas y ejecutadas en Islandia:

1. Multas:

Las multas son impuestas directamente por los tribunales por importes fijos.

2. Confiscación:

Cualquier objeto conseguido mediante una infracción o utilizado para cometer ésta podrá ser confiscado por el tribunal salvo si pertenece a una persona que no tenga nada que ver con dicha infracción. Lo mismo se aplicará en relación con cualquier objeto del que parezca probable que vaya a ser utilizado con fines delictivos, si se estima necesario en aras de la seguridad procesal. También podrá confiscarse el objeto o ganancia obtenida por medio de una infracción, o el valor de dicha ganancia, cuando nadie tenga derecho legítimo a la misma.

3. Inhabilitación:

Una condena penal no implicará la inhabilitación, salvo si se establece expresamente en la sentencia. La inhabilitación podrá consistir en la pérdida del derecho a ocupar un cargo público, cuando se estime que la persona en cuestión no sea digna o competente para dicho cargo. La inhabilitación también podrá consistir en la pérdida del derecho a realizar determinadas actividades, cuando el derecho citado dependa de un permiso o autorización pública, o de su constitución o examen público, siempre que la infracción apunte a un riesgo importante de abuso de dicha posición. Si la infracción es de carácter grave, podrá ordenarse la inhabilitación cuando se estime que la persona en cuestión no es digna de realizar dichas actividades o de disfrutar de dichos derechos.

La persona que, debido a la ingestión de bebidas alcohólicas, no haya sido capaz de conducir un vehículo de motor de forma segura, será privada normalmente del derecho a conducir un vehículo de motor. Lo mismo se aplicará cuando se haya conducido el vehículo de forma evidentemente irresponsable o cuando, de acuerdo con la naturaleza de la infracción o con la conducta del infractor como conductor de vehículos de motor, no se considere aconsejable, en aras de la seguridad en la carretera, que dicha persona conduzca un vehículo de motor. El permiso podrá retirarse por un plazo determinado, nunca inferior a un mes, o de forma definitiva.

4. Penas privativas de libertad:

a) La prisión podrá imponerse de por vida o por un tiempo determinado, de acuerdo con las disposiciones relativas a la infracción de que se trate. Las disposiciones generales sobre duración mínima y máxima de la pena de prisión establecen que ésta no podrá imponerse por un tiempo inferior a treinta días o superior a dieciséis años.

Un penado que esté cumpliendo una condena de prisión de duración determinada podrá ser puesto en libertad condicional una vez extinguidos los dos tercios del período de condena o, cuando las circunstancias del caso así lo justifiquen, tras haber cumplido la mitad de la misma. No podrá concederse la libertad condicional a no ser que el penado haya cumplido al menos dos meses del tiempo de condena, ni tampoco si le quedan menos de treinta días por cumplir o si su puesta en libertad se considera desaconsejable en virtud de sus circunstancias personales. No existe ninguna disposición sobre la libertad condicional de un penado condenado a cadena perpetua.

La legislación relativa a establecimientos penitenciarios y cumplimiento de penas de prisión establece que, para decidir en qué institución penal deberá cumplirse una pena de prisión, habrá de tenerse en cuenta la edad y el sexo del prisionero, su lugar de residencia y sus antecedentes penales.

b) La detención simple se impone por un tiempo determinado que oscila entre los cinco días y los dos años. Son aplicables las mismas reglas que en la pena de prisión en lo que se refiere a la libertad condicional.

c) Se podrán imponer en determinadas circunstancias medidas de seguridad a los autores de una infracción que sufran alguna anomalía y estén exentos de cualquier castigo debido a su falta de responsabilidad, y a las personas que, a causa de alguna anomalía psíquica, se consideren inmunes a cualquier influencia a través del castigo. Las condenas que impongan medidas de seguridad y que impliquen la privación de libertad son de duración indeterminada y se cumplen en un hospital o institución especial. Para poner fin a la misma se requiere una orden judicial.

Países Bajos:

Declaraciones y reservas contenidas en el Instrumento de aceptación, depositado el 30 de septiembre de 1987

El Reino de los Países Bajos acepta el Convenio citado, con sus anejos, para los territorios del Reino en Europa.

Se cumplirán las disposiciones (...), con arreglo a las siguientes reservas, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 61 del Convenio:

a) El Reino de los Países Bajos declara que se reserva el derecho a denegar la ejecución de una «ordonnance pénale» (orden penal) o de una sentencia en rebeldía dictadas por las autoridades del Estado requirente en una fecha en que la acción penal

por la infracción sancionada en dicha «ordonnance pénale» o sentencia habría quedado excluida por prescripción con arreglo al derecho penal holandés.

b) El Reino de los Países Bajos acepta la aplicación de la parte III del Convenio únicamente con respecto a la sección I de la misma.

Declaraciones:

1. Con respecto a los artículos 37 y 41 del Convenio: El Gobierno de los Países Bajos no cree que puedan interpretarse en el sentido de que una persona condenada en el extranjero goce de un derecho de recurrir más amplio que el que sería aplicable con arreglo al derecho holandés en el caso de las personas enjuiciadas y condenadas en primera instancia en los Países Bajos.

2. Con respecto al artículo 45, apartado 1, del Convenio: Las multas o confiscaciones de sumas de dinero impuestas en una moneda cuyo tipo de cambio en relación con el florín holandés no se registre diariamente en la Bolsa de Valores de Amsterdam, se expresarán en términos de derechos especiales de giro de la moneda en cuestión en el último día laborable del mes en el que el Estado requirente impuso la sanción que deba ejecutarse.

3. Con respecto al artículo 19, apartado 2, del Convenio: Los documentos sometidos al Reino de los Países Bajos, cuando no estén redactados en holandés, francés, inglés o alemán, deberán ir acompañados de una traducción a una de las cuatro lenguas citadas.

4. Con respecto al artículo 64, apartado 4, del Convenio: Una vez que el Convenio sobre Ejecución de las Sentencias Penales, concluido en Bruselas el 26 de septiembre de 1968 entre el Reino de los Países Bajos, el Reino de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo haya entrado en vigor, excluirá la aplicación del presente Convenio Europeo en lo que se refiere a las relaciones entre los tres países citados.

Declaración:

Artículo 62, apartado 1.

El Reino de los Países Bajos indica las siguientes disposiciones legales para su inclusión en el anexo II del Convenio:

En los Países Bajos: Cualquier conducta ilegal a la que sea aplicable la Ley (de ejecución administrativa) de Circulación (*Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften*), de 3 de julio de 1989 (Boletín de Legislación, Ordenes y Decretos, 300).

Noruega:

Reserva contenida en el Instrumento de ratificación, depositado el 19 de septiembre de 1974

Por la presente, aprobamos, ratificamos y confirmamos el citado Convenio, con la salvedad de que el título III, sección I, del mismo no será aplicable en la medida en que las disposiciones de dicha Sección excluyen las actuaciones penales en Noruega por una infracción cometida por una persona que, en el momento de dicha comisión, sea ciudadano noruego o tenga su residencia habitual en Noruega.

Declaraciones:

Artículo 19, apartado 2.

Noruega exige que las solicitudes y documentos anejos se acompañen de una traducción al noruego o al inglés.

Artículo 60, apartado 1.

El Convenio será también aplicable a la Isla Bouvet, a la Isla de Pedro I y a la Tierra de la Reina Maud.

Artículo 64, apartado 3 (véase artículo 67).

El Convenio no se aplicará a las relaciones entre Noruega y los demás Estados nórdicos que sean Partes en el Convenio, salvo en los casos en que la ejecución de una sentencia penal no esté regulada por la legislación nórdica en esa materia.

En relación con el artículo 63, apartado 1, tengo también el honor de facilitar la siguiente información sobre las sanciones aplicables en Noruega y su ejecución:

Artículo 63, apartado 1.

Lista de sanciones aplicadas y ejecutadas en Noruega:

1. Multas:

Las multas son impuestas directamente por los tribunales, por importes fijos. No existe un máximo legal para las multas.

2. Confiscación:

Podrá confiscarse cualquier beneficio obtenido a través de una infracción o cualquier producto que sea el resultado de una infracción o el valor de dicho producto, así como cualquier objeto que haya sido la causa de una infracción. También podrán confiscarse los objetos que, por su naturaleza y otras circunstancias pertinentes, lleven implícito el riesgo de ser utilizados para cometer una infracción.

3. Inhabilitación:

Una condena penal no implica la inhabilitación salvo si se establece expresamente en la sentencia. La inhabilitación podrá comprender la pérdida de un cargo u otro puesto en la Administración central o local, la pérdida de un empleo civil, la pérdida del derecho a realizar determinadas actividades, la pérdida del derecho a cumplir el servicio militar, o la pérdida del derecho de voto en asuntos públicos.

La suspensión o revocación del permiso de conducción y de determinados otros permisos es una cuestión administrativa que generalmente no tratan los tribunales penales.

4. Penas privativas de libertad:

Son las siguientes: Prisión, medidas de seguridad, arresto y encarcelamiento:

a) La prisión puede imponerse de por vida o por un tiempo determinado, de conformidad con las disposiciones relativas a la infracción de que se trate. Las disposiciones generales sobre la duración máxima y mínima de la pena de prisión establecen que ésta no podrá imponerse por un tiempo inferior a veintidós días o superior a quince años, o, en el caso de infracciones concurrentes, a veinte años.

Un penado que esté cumpliendo una condena de prisión de duración determinada podrá ser puesto en libertad provisional una vez extinguidos los dos tercios del período de condena o, cuando las circunstancias del caso así lo justifiquen, tras haber cumplido la mitad de la misma. En ningún caso podrá ser puesto en libertad antes de haber transcurrido cuatro meses del período de condena.

Un penado condenado a cadena perpetua podrá ser puesto en libertad condicional tras haber cumplido doce años de la pena.

El Rey podrá conceder ulteriores reducciones del tiempo de prisión, mediante indulto.

b) Las medidas de seguridad podrán imponerse a los infractores que sufran alguna anormalidad y a las personas exentas de castigo debido a la falta de responsabilidad. Las condenas que impongan medidas de seguridad y que impliquen la privación de libertad se cumplirán en un hospital, en una institución dependiente de la administración de prisiones o en una prisión ordinaria.

c) El arresto podrá imponerse a los miembros del ejército condenados por una infracción militar. Podrá ordenarse el arresto por un plazo de entre uno y sesenta días y, en caso de concurrencia, de hasta noventa días.

d) El encarcelamiento podrá imponerse por delitos políticos, pero está prácticamente en desuso.

Suecia:

Reserva contenida en el Instrumento de ratificación, depositado el 21 de junio de 1973. Orig. en francés

Suecia no acepta la aplicación de la sección I del título III del Convenio en la medida en que las disposiciones de dicha sección excluyen las actuaciones penales en Suecia por una infracción castigada con arreglo al derecho sueco con una pena mínima de, al menos, cuatro años de prisión, y en la medida en que excluyen la ejecución en Suecia de una sanción impuesta por una infracción cometida en Suecia.

Declaraciones:

Artículo 15 (3).

Las solicitudes de ejecución y las comunicaciones necesarias para la aplicación del Convenio se harán por conducto diplomático.

Artículo 19 (2).

Cuando la solicitud de ejecución o los documentos anejos estén redactados en una lengua distinta del danés, noruego o sueco, deberán acompañarse de una traducción al sueco o al inglés.

Artículo 64 (3).

El Convenio no será aplicable a las relaciones entre Suecia y los demás países nórdicos que sean Partes en el Convenio, excepto cuando la ejecución de una sentencia penal no esté regida por la legislación nórdica en esa materia.

Información:

Lista de sanciones cuya ejecución puede ser solicitada por una autoridad sueca en el territorio de otro Estado signatario del Convenio Europeo sobre la Validez

Internacional de las Sentencias Penales, junto con información relativa a la ejecución de penas privativas de libertad.

1. Penas privativas de libertad:

1.1 Prisión (capítulo 26 del Código Penal sueco y Ley de 6 de mayo de 1964 sobre tratamiento en las instituciones penitenciarias):

La prisión se impone de por vida o por un tiempo determinado, de conformidad con las disposiciones relativas a la infracción de que se trate. Las disposiciones generales sobre duración máxima y mínima de la pena de prisión establecen que ésta no puede imponerse por un tiempo inferior a un mes o superior a diez años. En el caso de penas acumuladas por infracciones distintas, la duración máxima podrá ampliarse a doce años.

Un penado que esté cumpliendo una condena de duración determinada podrá ser puesto en libertad condicional una vez extinguidos los dos tercios del período de condena o, cuando las circunstancias del caso así lo justifiquen, tras haber cumplido la mitad de la misma. En ningún caso podrá ser puesto en libertad antes de haber transcurrido cuatro meses del período de condena.

La cadena perpetua se conmuta habitualmente mediante indulto, por un período fijo de doce a quince años de duración. En ese caso, pasan a ser aplicables las disposiciones relativas a la libertad condicional, y el condenado a cadena perpetua es generalmente puesto en libertad condicional tras cumplir entre ocho y diez años de la pena.

Una persona condenada a un período de prisión no superior a los tres meses es habitualmente internada en una institución abierta. Los condenados a períodos más prolongados son reclusos primeramente en una institución cerrada y más tarde transferidos a otra abierta. Las instituciones cerradas están, por lo general, rodeadas de altos muros y cuentan con diversas medidas de seguridad para prevenir posibles fugas y contactos con el exterior. Las instituciones abiertas no están rodeadas de muros y, en muchos casos, ni siquiera de vallas.

1.2 Centros reconocidos (capítulo 29 del Código Penal y Ley de 1964 sobre tratamiento en las instituciones penitenciarias):

Cualquier persona mayor de dieciocho años y menor de veintiuno podrá ser enviada a un centro reconocido, si se estima pertinente a la vista de su evolución personal, su conducta y sus antecedentes en general. De forma excepcional, podrá ordenarse el ingreso en dichos centros de los menores de dieciocho años o mayores de veintiún años, siempre que no hayan cumplido los veintitrés años de edad.

El internamiento en un centro reconocido no se realiza por un tiempo determinado. Sin embargo, las personas ingresadas en los mismos suelen ser puestas en libertad al cabo de un año, y normalmente no deberán ser retenidas más de tres. Su puesta en libertad es condicional y están sometidas a vigilancia durante un plazo de, al menos, dos años. Si su comportamiento no es satisfactorio, pueden ser devueltas de nuevo a una institución.

Los centros reconocidos pueden ser instituciones abiertas o cerradas.

1.3 Tratamiento preventivo (capítulo 30 del Código Penal y Ley de 1964 sobre tratamiento en las instituciones penitenciarias):

El tratamiento preventivo se impone a los delinquentes habituales con el fin de proteger a la sociedad de los graves delitos que podrían seguir cometiendo si no se les impusieran restricciones.

La detención preventiva es de duración indeterminada. El tiempo mínimo de internamiento en una institución se fija por el tribunal por un plazo nunca inferior al

año y nunca superior a los doce años. Sin autorización específica del tribunal, no se podrá mantener a los internos en dichas instituciones durante más de tres años por encima de la duración mínima o, si la duración mínima se fijó en tres o más años, durante cinco años más. Si el detenido no ha cometido nuevas infracciones o si su comportamiento no es flagrantemente censurable, es habitualmente puesto en libertad al final del plazo mínimo. A continuación se le somete a vigilancia durante al menos tres años.

La detención tiene lugar en instituciones de alta seguridad. En todos los casos, los detenidos ingresan primero en instituciones cerradas, para luego ser transferidos a instituciones abiertas.

2. Multas (capítulo 25 del Código Penal):

Las multas se imponen, bien directamente, por un importe global, o como días-multa. La pena de días-multa tiene dos aspectos: El número de días-multa, fijado con arreglo a la gravedad de la infracción, y el importe de la multa diaria, basado en los ingresos medios del autor de la infracción.

3. Confiscación (capítulo 36 del Código Penal):

La confiscación podrá ordenarse en el caso de ganancias obtenidas a través de una infracción que no conlleve daños a las personas físicas o de cualquier objeto o pago dado o recibido para cometer una infracción o del valor de cualquier beneficio obtenido mediante dicha infracción.

Además, podrá declararse confiscado cualquier objeto utilizado como instrumento de una infracción o que constituya la ganancia de dicha infracción, así como cualquier objeto cuya utilización constituya una infracción o a través del cual se haya realizado una actividad que implique una infracción. A falta del objeto se podrá confiscar el valor del mismo.

Por último, podrán confiscarse los objetos que, por su particular naturaleza y por las circunstancias en general, puedan ser utilizados con fines delictivos.

Una condena penal no implica la pérdida de los derechos civiles.

Puede dar lugar a la pérdida de un puesto en la administración central o local, si el funcionario condenado ha demostrado claramente en virtud de la infracción que no está capacitado para ese trabajo. Del mismo modo, podrá retirarse el permiso requerido para la práctica de determinadas profesiones, como la profesión médica, si el profesional en cuestión ha sido condenado por una infracción de cierta gravedad.

La retirada del permiso de conducción es la modalidad de inhabilitación más corriente. Normalmente se retira el permiso de conducción a las personas culpables de conducir bajo los efectos del alcohol, o de negligencia grave en carretera. El permiso se retira por un período indeterminado, y no podrá devolverse antes de haber transcurrido al menos un año, en el primer caso, o de dos años, en el segundo. En ciertos casos excepcionales el permiso es devuelto tras un período más breve.

Turquía:

Reservas y declaraciones

Reservas:

De conformidad con el artículo 61, apartado 1, Turquía declara que se acoge a las reservas a) y e) previstas en el anejo I del Convenio.

Declaraciones:

De conformidad con el artículo 15, apartado 3, la solicitud de ejecución y las comunicaciones necesarias para la aplicación del Convenio se enviarán por conducto diplomático.

De conformidad con el artículo 19, apartado 2, Turquía declara que se reserva la facultad de exigir que las solicitudes y documentos anejos se acompañen de una traducción al turco.

De conformidad con el artículo 44, apartado 4, Turquía declara que se reserva el derecho de ejecutar una sanción privativa de libertad de la misma naturaleza que la impuesta en el Estado requirente, incluso aunque la duración de ésta exceda del máximo previsto por el derecho turco para una sanción de esa naturaleza.

Información sobre las sanciones aplicables en Turquía y la ejecución de las mismas (facilitada de conformidad con el artículo 63 del Convenio):

El artículo 11 del Código Penal turco (Ley número 765, de 1 de marzo de 1926), contiene la lista de sanciones aplicables a las infracciones graves y leves:

Por infracciones graves, pena de muerte, confinamiento, prisión, multas de elevada cuantía, inhabilitación para ocupar cargos públicos.

Por infracciones leves, detención, multas de baja cuantía, inhabilitación temporal para desempeñar una profesión u oficio.

Desde el punto de vista de su ejecución, con arreglo al artículo 1 de la Ley 647, de 13 de julio de 1965, sobre la ejecución de las penas, las sanciones penales se subdividen en tres categorías:

1. Pena de muerte.
2. Penas de privación de libertad de larga duración o de corta duración.
3. Multas.

La pena de muerte no se ejecuta en público; está sujeta a confirmación por el Tribunal de Casación, seguida de una resolución de la Gran Asamblea Nacional de Turquía.

Las penas de privación de libertad de larga duración son de por vida o temporales.

Las penas temporales de privación de libertad son aquellas cuya duración excede de seis meses.

Las penas de privación de libertad durante un tiempo igual o inferior a seis meses se consideran de corta duración (artículo 3).

Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de un infractor y las circunstancias y el modo en que se cometió la infracción, podrán sustituir una pena de privación de libertad de corta duración por una multa u otra medida (como la obligación de asistir a una institución de reeducación o a un centro de detención por un período de tiempo determinado) (artículo 4).

Cuando se imponga una pena de privación de libertad de corta duración a personas que, en el momento de cometerse la infracción, no hayan cumplido los dieciocho años, se sustituye aquélla por una multa u otra medida.

Al amparo del artículo 6 de la Ley sobre la ejecución de las penas y del artículo 89 del Código Penal podrá suspenderse la ejecución de la pena de multa, de confinamiento de hasta seis meses o de prisión de hasta un año. La suspensión de la pena se aplica en términos aún más favorables al amparo de la legislación turca a las personas condenadas que, en el momento de cometer la infracción, fueran menores de quince o de dieciocho años, según el caso, o mayores de setenta.

Podrán acogerse automáticamente a la libertad condicional las personas condenadas a una pena de privación de libertad que hayan cumplido las dos terceras partes de la condena observando buena conducta, así como las personas condenadas a confinamiento de por vida que hayan cumplido veinticuatro años de su condena observando buena conducta.

Reserva:

El Gobierno de Turquía, a la vez que ratifica el Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales, declara que no se considera obligado a aplicar las disposiciones del citado Convenio en relación con la Administración greco-chipriota, que no goza de legitimidad constitucional para ser el representante único de la República de Chipre.

El presente Convenio entró en vigor de forma general el 26 de julio de 1974, y para España el 3 de diciembre de 1994.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia Constitucional publicada en diciembre 1995-julio 1996 y con aplicación en materia penal

ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA

Universidad Autónoma de Madrid

I. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Artículo 14

PRINCIPIO DE IGUALDAD

(*Vid.* Sentencia núm. 14/1996, de 29 de enero, sobre *Prohibición de acordar fianza para decretar la libertad* –art. 234 LPM–)

Artículo 15

DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA

Es en relación con la doctrina expuesta como hay que analizar si se ha producido la denunciada vulneración del derecho a la integridad física protegido por el artículo 15 CE, al haber sido sometido el actor a sesiones de rayos X. Este derecho, en efecto, podría verse afectado por actuaciones coactivas que, con justificación en las normas de seguridad penitenciaria, puedan determinar un riesgo inmediato o futuro para la salud, puesto que también el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal, el cual, como señalábamos en la STC 120/1990, resultará afectado incluso en el caso de que «se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad» y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá

limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional». Este riesgo es el que ha determinado las previas quejas del interno y finalmente el recurso de amparo, en cuanto la lesión del derecho a la integridad física podría resultar eventualmente de la aplicación reiterada, o técnicamente incontrolada, de sesiones de rayos X.

Que ese riesgo general no es meramente teórico resulta del propio informe médico emitido en el expediente para acreditar la inocuidad de las aplicaciones efectuadas que si certificaba de ello es precisamente porque según el mismo se aplicaron del modo y con los medios adecuados para prevenir tales riesgos. Puede, por consiguiente, afirmarse que aquel peligro para la salud y la integridad física existe si las radiaciones utilizadas como medida de seguridad penitenciaria tuviesen lugar con excesiva intensidad, las sesiones fuesen excesivamente frecuentes y no separadas por el tiempo adecuado y se practicasen en forma técnicamente inapropiada o sin observar las garantías científicamente exigibles.

Dentro de esta perspectiva de protección del derecho fundamental a la integridad física del interno han de examinarse, pues, prácticas como las que aquí se cuestionan, que, en garantía de que los efectos dañosos para la salud no vayan a producirse, habrán de llevarse a cabo con todas las prevenciones necesarias a tal efecto, determinando previamente si la práctica era necesaria y adecuada al fin de seguridad pretendido y previniendo razonablemente que el riesgo queda cortado mediante la observancia de las precauciones precisas para la inocuidad de aquélla, tales como la utilización de aparatos idóneos, que el nivel de radiación sea adecuado y controlado, los intervalos de aplicación suficientes, etc., según las técnicas internacionalmente experimentadas y admitidas. Puesto que, como señalábamos en la STC 57/1994, «es preciso considerar, además, si tal actuación es conforme con la garantía constitucional de la intimidad personal en razón de los medios utilizados (STC 120/1990, fundamento jurídico 12), pues a la hora de elegir éstos es necesario emplear aquellos que en menor medida lesionen o restrinjan los derechos fundamentales de la persona (STC 137/1990, fundamento jurídico 7.^º). A cuyo fin han de tenerse en cuenta las concretas circunstancias relativas a la práctica de la medida aquí impugnada».

En el caso, y según los hechos que en las resoluciones judiciales se declaran probados (y que por consiguiente nosotros no podemos revisar), el dictamen facultativo no reveló que las técnicas de aplicación y la periodicidad de los exámenes hubieran superado el nivel de riesgo exigible para temer o considerar daños futuros a la salud y consiguiente vulneración del derecho a la integridad física. Y así, las circunstancias concretas por las cuales el hoy recurrente se vio sometido a las exploraciones con rayos X son explicadas razonadamente, utilizando como criterio las normas establecidas por la Organización Mundial de la Salud, tanto en el Auto dictado por el Juez de Vigilancia Penitenciaria como en el de la Audiencia Provincial al resolver el recurso de apelación. En ellos se espe-

cífica que la utilización aislada y esporádica, bajo control médico, de un aparato de rayos X que se encontraba en perfecto estado y cuyas radiaciones no suponen peligro alguno para la salud y que incluso en las últimas exploraciones se disminuyó el nivel de radiación (a pesar de especificarse que la radiología utilizada era de menor intensidad que los máximos permitidos por la Organización Mundial de la Salud) no supone vulneración del derecho a la integridad física.

A ello se agrega que el fin perseguido era el de garantizar la seguridad del establecimiento, y aunque tales razones de seguridad no puedan constituir con carácter general el único soporte de dichas exploraciones radiológicas, en el caso concurren con el historial del interno, quien según explica el Juez de Vigilancia Penitenciaria en el Auto de 11 de diciembre de 1991, tiene acreditado en su expediente penitenciario intentos de agresión, destrozo de celda, intentos de fuga, y se le han ocupado en diversas ocasiones objetos prohibidos, incluso una sierra, que revelan su peligrosidad. De ahí que aparezcan justificados aquellos fines de seguridad en relación con la práctica de las observaciones radiológicas denunciadas, adecuadas a la exigencia que se dijo en nuestra STC 57/1994 (fundamento jurídico 6.^º) de que «lo relevante a los fines de justificar una medida que limita el derecho constitucional reconocido» (en aquel caso por el art. 18.1 CE) «es que se hubiera constatado por la Administración Penitenciaria que tal medida era necesaria para velar por el orden y la seguridad del establecimiento en atención a la concreta situación de éste o el previo comportamiento del recluso».

(Sentencia núm. 35/1996, de 11 de marzo. RA 2955/1992, BOE de 17 de abril de 1996. Ponente: Don José Gabaldón Pérez.)

Artículo 16

DERECHO A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA

La alegación relativa al artículo 16 CE tiene como piedra angular la consideración de que el comportamiento típico del artículo 2.3 de la LO 8/1984 constituye una manifestación de la libertad ideológica y de que la sanción que se le anuda constituye, por desproporcionada, una restricción inconstitucional de dicha libertad.

Este alegato no puede ser compartido ya que el derecho a la libertad ideológica no puede ser aducido como motivo para eludir la prestación social sustitutoria. Frente a esta prestación, amparada por la previsión contenida en el artículo 30.2 CE, no puede oponerse la objeción de conciencia prevista por la Constitución en relación con el servicio militar, como pretenden los Autos de cuestionamiento. Esto es así, en primer lugar, porque ni la organización ni los servicios relativos a la prestación social sustitutoria —relacionados con protección civil, medio ambiente, servicios sociales, sanitarios, etc.—, suponen en sí mismos considerados la realización de acti-

vidades que puedan violentar las convicciones personales de quienes se oponen al servicio militar. Como ha dicho este Tribunal en varias ocasiones, ambos servicios son distintos tanto en su contenido como en la forma de realizarse, careciendo la prestación social sustitutoria por su propia finalidad de naturaleza militar (STC 160/1987, fundamentos jurídicos 5.º y 6.º). Y, en segundo lugar, porque, aunque no puede negarse que entre ambas prestaciones existe una evidente relación, reconocida por el Preámbulo de la Ley 48/1984, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, y por este Tribunal (STC 160/1987, fundamento jurídico, 5.º), no puede alegarse esa relación para justificar por motivos de objeción de conciencia al servicio militar el incumplimiento de una prestación social sustitutoria que, además, como acabamos de recordar, deriva de una previsión constitucional (art. 30.2 CE).

Ciertamente los Autos de los Tribunales Superiores afirman que la negativa a cumplir esta prestación responde a los mismos motivos ideológicos que los que fundan la objeción de conciencia al servicio militar. Esta negativa sería, al decir de los referidos Autos, «una forma de disenso ideológico radical al servicio militar (...); el objetor que se niega a cumplir el servicio civil sustitutorio lleva su oposición ideológica al servicio militar, más allá de su coherencia personal que le impide integrarse en una organización militar que rechaza, a retar lo que considera es una «militarización de la sociedad», como un intento de conseguir la quiebra del mismo modelo e incluso, como perspectiva final, la supresión de los ejércitos». Late, sin embargo, en este planteamiento una confusión que no podemos aceptar entre la concreta y personal afectación a las convicciones íntimas que genera el cumplimiento del deber general de prestar el servicio militar, conflicto a cuya solución sirve el reconocimiento de la eficacia eximente de la objeción de conciencia a dicho servicio, y la oposición ideológica a las normas que regulan este deber y el del cumplimiento de otras prestaciones sustitutorias, cuyo cauce natural de desarrollo se encuentra en un Estado democrático en las libertades públicas constitucionalmente proclamadas y, muy especialmente, en las de expresión, participación política y asociación. Dicho de otra forma, los objetores de conciencia al servicio militar tienen reconocido el derecho a no realizar el servicio militar o, más técnicamente, según ha establecido este Tribunal, a que se les exima del deber de prestar ese servicio (SSTC 15/1982, fundamento jurídico 7.º y 160/1987, fundamento jurídico 3.º), pero la Constitución no les reconoce ningún derecho a negarse a realizar la prestación social sustitutoria como medio para imponer sus particulares opciones políticas acerca de la organización de las Fuerzas Armadas o de su radical supresión.

Esta doctrina converge con lo dicho por la Comisión Europea de Derechos Humanos, que afirma que el Convenio de Roma y, en concreto, su artículo 9 –según el cual «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (...)»– no garantizan un derecho a la exclusión del servicio civil sustitutivo del militar obligatorio

(Decisión de 5 de julio de 1977, caso X contra la República Federal de Alemania, fundamento jurídico 1.º; Decisión de 14 de octubre de 1985, caso Johansen contra Noruega, fundamento jurídico 4.º).

En suma, como hemos reiterado en otras resoluciones, so pena de vaciar de contenido los mandatos legales, el derecho a la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 CE no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos (SSTC 15/1982, 101/1983, 160/1987, 161/1987, 321/1994 y ATC 1.227/1988).

Lo dicho no supone desconocer que una determinada regulación de la prestación social sustitutoria, que excediese los límites de lo razonable en cuanto a su duración o a las condiciones en las que deba realizarse, pueda vulnerar el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar si, por su rigor, equivaliese al establecimiento de un obstáculo prácticamente insalvable para el efectivo ejercicio de ese derecho. Pero las cuestiones aquí enjuiciadas no se refieren a este problema sino al de las sanciones impuestas por el incumplimiento de la prestación social y ésta es una cuestión frente a la que aisladamente, como hemos razonado, no puede oponerse el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar ni otras concreciones de la libertad ideológica con ella conectadas directa o indirectamente.

Todo ello nos conduce a nuevas conclusiones relativas al ámbito legítimo de intervención penal. En la medida en que determinados comportamientos no sean expresión lícita de la libertad ideológica ni queden amparados por la objeción de conciencia legal o constitucionalmente estatuida, pueden ser, en principio, objeto de tipificación penal. Con independencia de que la índole del móvil propio de una determinada clase de conductas pueda y, según los supuestos, si incide en el mayor o menor desvalor de las mismas, deba tenerse en cuenta en la configuración de la pena, lo cierto y evidente es que, salvo que se pretenda diluir la eficacia de las normas y menoscabar el orden jurídico y social que conforman legítimamente, no puede negarse la punibilidad de un comportamiento por el mero hecho de su coherencia con las convicciones de su autor.

(Sentencia núm. 55/1996, de 28 de marzo. CI 961/1994, 1.125/1995, 2.736/1995 (acumuladas). *BOE* de 27 de abril de 1996. Ponente: Don Carlos Vives Pi-Sunyer.)

Artículo 17

DERECHO A LA LIBERTAD PROVISIONAL

El demandante de amparo formula ante nosotros dos quejas distintas, respecto del derecho fundamental a la libertad personal. La primera, que la detención decretada contra él carecía de fundamento legal, contra lo dispuesto por el apartado 1 del artículo 17 CE. La segunda queja critica el modo de llevar a efecto la detención, y especialmente su duración, que el

demandante considera excesiva (con quebrantamiento de las «formas previstas por la ley» a que alude el artículo 17.1 CE, así como de las garantías enunciadas por sus apartados 2 y 3).

La primera de estas quejas no puede ser aceptada. Los policías le detuvieron en virtud de un mandamiento judicial, dictado con base en uno de los supuestos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con independencia del encaje de dicha detención en uno u otro de dichos supuestos. En efecto, el Sr. Sola, que se encontraba personado en la causa penal en su condición de Abogado, fue causante de la paralización de las actuaciones judiciales mediante una deliberada táctica dilatoria. Durante la instrucción de las diligencias previas había recibido sin problemas todas las comunicaciones del Juzgado, en estrados. Sin embargo, a partir del momento en que fue incoado procedimiento abreviado, donde él aparecía como imputado, y que el Fiscal formuló acusación contra él, dejó de comparecer en Secretaría.

Ello obligó al Juzgado a practicar las notificaciones en el domicilio que había designado expresamente con ese fin, pero sin éxito. Los reiterados intentos de notificarle las resoluciones judiciales, y especialmente el auto de apertura del juicio oral, fueron infructuosos. No se pudo practicar ninguna de las reiteradas notificaciones intentadas en su domicilio, señalado por él mismo en cumplimiento del deber que a todo Letrado impone el artículo 788.3 LECrim. Finalmente, el Agente judicial le citó en persona, en el vestíbulo de un establecimiento hotelero donde lo había encontrado. Pero entonces el actor, tras leer los documentos judiciales, rechazó la notificación, exigiendo que se practicara en su domicilio. Finalmente, el Juzgado intentó llevar a cabo la notificación mediante correo certificado, que fue rehusado.

El Juzgado de Instrucción, primero, y la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, después, han declarado que esa actitud deliberada de obstruccionismo procesal del Sr. Sola, materializada en la imposibilidad de localizarle a él o a nadie que diera razón de su paradero, era lo bastante grave como para justificar el temor racional de que fuera a hurtarse a la acción de la justicia. Esta apreciación judicial ha sido efectuada por los Tribunales penales competentes, mediante autos con una motivación suficiente y razonables. Por lo que, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, no ha sido vulnerado, por esta causa, el derecho constitucional a la libertad del actor (STC 128/1995, fundamento jurídico 4.^o).

La queja relativa al modo de ejecución de la orden de detención merece, en cambio, una valoración distinta. La detención se prolongó aparentemente más allá de lo estrictamente necesario, pudiendo haber vulnerado así el derecho fundamental a la libertad del recurrente de amparo.

Con carácter previo, sin embargo, hay que hacer constar que son irrelevantes en este proceso constitucional las alegaciones del actor acerca del incumplimiento, por parte de los policías que practicaron la detención, de las garantías que imponen los apartados 2 y 3 del artículo 17 CE. El pro-

ceso penal previo a este recurso de amparo fue dirigido exclusivamente contra el Juez que ordenó la detención, por razón de que el mandamiento judicial era ilegal y fue prolongado indebidamente. Por ende, todas las consideraciones del actor acerca de la actuación policial, en sí independientes de la orden judicial que llevaron a ejecución, incumplen los requisitos de admisión establecidos por el artículo 44.1 LOTC, por lo que no pueden ser examinados (SSTC 94/1983, fundamento jurídico 4.º, y 55/1985 fundamento jurídico 5.º)

El Sr. Sola estuvo privado de libertad durante veinticuatro horas y treinta minutos. Fue detenido a las catorce quince horas del día 9 de agosto de 1991 e ingresado un cuarto de hora después, a las catorce treinta horas, en el depósito municipal de detenidos. Allí permaneció a disposición del Juzgado durante toda la noche. Al día siguiente abandonó el depósito y fue conducido por un Cabo de la Policía Municipal hasta la sede del órgano judicial que había decretado su detención, donde quedó en libertad a las catorce cuarenta y cinco horas, tras haber recibido diversas notificaciones y requerimientos. Concretamente, el Secretario le notificó a las catorce treinta horas el Auto de apertura del juicio oral, y otro auto confirmando la denegación de varias diligencias probatorias; le dio traslado de los escritos de acusación, formulados por el Fiscal y la acusación particular, y le requirió para que compareciese mediante Procurador y para que constituyese fianza de 500.000 pesetas. Seguidamente, le notificó el auto de libertad provisional, dictado esa misma mañana, que le permitió quedar en ese momento en libertad.

En las actuaciones sólo consta la hora en que el actor quedó ingresado en el depósito municipal, en el oficio de cumplimiento remitido por el encargado del depósito al Juzgado, cuyo contenido no ha sido controvertido por el demandante de amparo. Las horas exactas en que se produjeron los restantes eventos son las que declara el actor, pues sorprendentemente no han sido hechas constar en las actuaciones por el Secretario o los Oficiales actuantes ni por los Agentes de la policía que auxiliaron al órgano judicial, ni hay prueba en contrario de las afirmaciones de aquél.

Este período aparece como demasiado largo, lo que podría haber vulnerado la libertad personal del Sr. Sola. La finalidad de la detención dirigida exclusivamente a conducir al recurrente a la presencia del Juez de Instrucción pudo seguramente haber sido satisfecha en un período considerablemente inferior a las veinticuatro horas y treinta minutos que fueron empleadas efectivamente en el caso, con la consiguiente probabilidad de que la detención haya sobrepasado el tiempo «estrictamente necesario» que marca el artículo 17 de la Constitución como plazo máximo para toda detención, quebrantando dicho precepto constitucional.

Que la detención enjuiciada no hubiera sido dispuesta para realizar averiguaciones, tendentes al esclarecimiento de los hechos, es indiferente. El artículo 17.2 CE expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad que no puede dejar de inspirar la regulación de cua-

lesquiera «casos» de pérdida de libertad que, diferentes al típico de la detención preventiva, pueden ser dispuestos por el legislador (STC 341/1993, fundamento jurídico 6.º, A).

Es igualmente indiferente el dato de que la situación de privación de libertad no sobrepasara setenta y dos horas. Este dato puede, indudablemente, tener relevancia en la detención policial. Sin embargo, en el plano constitucional esa mera constatación es insuficiente para apreciar si la duración de la detención cumplió o no los márgenes constitucionales. El plazo de setenta y dos horas que establece la Constitución es un límite máximo de carácter absoluto, para la detención policial, cuyo cómputo resulta inequívoco y simple. Pero ese plazo es un límite del límite temporal prescrito con carácter general por el mismo precepto, sobre el cual se superpone, sin reemplazarlo: El tiempo «estrictamente indispensable» para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad (SSTC 341/1993, fundamento jurídico 6.º, A, y 206/1991, fundamento jurídico 4.º). Por ende, el límite máximo de privación provisional de libertad que permite el artículo 17 de la Constitución puede ser sensiblemente inferior a las setenta y dos horas, atendidas las circunstancias del caso, y en especial el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas, y el comportamiento del afectado por la medida (SSTC 41/1982, fundamento jurídico 5.º, 127/1984, fundamento jurídico 3.º, 8/1990, fundamento jurídico 2.º, y 128/1995, fundamento jurídico 3.º).

Desde estos parámetros parece claro que la detención sufrida por el Sr. Sola se alargó excesivamente. El fin perseguido por la detención fundada en el artículo 492.3 LECrim. pudo seguramente haber sido satisfecho mediante una comparecencia ante la autoridad judicial la misma tarde en que el interesado fue detenido. La conducta observada por éste durante el transcurso de la detención no justificaba ninguna demora en su duración. Y la detención se llevó a cabo en una localidad donde los tiempos de desplazamiento son reducidos. No es preciso entrar a dilucidar la influencia que pudieran haber tenido en el retraso los horarios del Juzgado, la conducción del detenido al depósito municipal en vez de ser llevado directamente a la sede del órgano judicial, la falta de coordinación de éste con el Juzgado de Guardia ese día, o cualquier otro posible factor que pudiera guardar relación con lo que duró efectivamente la situación de privación de libertad. Ninguna de estas posibles razones, en el presente caso, podrían justificar un alargamiento, en principio, tan desproporcionado del período de detención sufrido por el demandante de amparo, en perjuicio de su derecho fundamental a la libertad personal.

(Sentencia núm. 31/1996, de 27 de febrero. RA 856/1992, BOE de 2 de abril de 1996. Ponente: Don Pedro Cruz Villalón.)

Artículo 17.1

DERECHO A LA LIBERTAD

La controversia constitucional que plantea el recurrente desde la perspectiva del artículo 17 CE es, así, la siguiente: Todos los autos, objeto de este examen, confirmatorios de la prisión provisional impuesta, incurrir en una incorrecta apreciación de los elementos que necesariamente deben ponderarse al adoptar esta medida cautelar.

De este modo, y al igual que en nuestra reciente STC 128/1995, se nos suscitan con este planteamiento dos suertes de cuestiones: Por una parte, la afección al derecho a la libertad por los defectos en la argumentación de la concurrencia de los elementos fácticos que justifican la prisión provisional y, por otra, la propia competencia de este Tribunal para calibrar la suficiencia y adecuación de dicha motivación.

Y establecimos entonces, para dar respuesta a las mismas, los siguientes cánones de interpretación: *a)* Dijimos que, «más allá de las menciones del apartado segundo del artículo 17 a la autoridad judicial y más allá de la regulación que de los aspectos formales que de la prisión provisional hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe acentuarse la íntima relación que existe entre la motivación judicial (...) y las circunstancias fácticas que legitiman la privación preventiva de libertad, pues sólo en aquélla van a ser cognoscibles y supervisables éstas». Por ello, en el fundamento jurídico 3.º de la presente resolución ya hemos insistido en que, junto al genérico derecho a la obtención de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, en este supuesto de afección judicial al objeto del derecho, la falta de motivación de la resolución que determine la prisión provisional afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al propio derecho a la misma. *b)* En cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal para enjuiciar la suficiencia y adecuación de la motivación, dijimos también, que «en su tarea de protección del derecho fundamental a la libertad, tan sólo le corresponde supervisar la existencia de motivación suficiente –en el doble sentido de resolución fundada y razonada– y su razonabilidad, entendiéndolo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o si se quiere, que esta subsunción no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional». No corresponde, pues, al Tribunal Constitucional determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional, cometido específico de la jurisdicción ordinaria, «sino únicamente el control externo de que esa adopción o mantenimiento se ha acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de

la institución». Y c) Desde esta perspectiva, y dejando aparte la ponderación de la existencia o no de responsabilidad criminal, señalamos, en principio, dos elementos como constitutivos, el canon de razonabilidad respecto de la constatación del peligro de fuga. En primer lugar, «que al constatar ese peligro deberán, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personas del imputado». En segundo lugar, destacamos que los requisitos exigidos en el momento inicial de la adopción de la medida «no son necesariamente los mismos que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento». Y en este sentido, manifestamos que «debe tenerse presente al respecto que el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga». En consecuencia, si «en un primer momento la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional (...), así como los datos de los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena (...), el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y, por ello, en la decisión del mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales así como los del caso concreto» (fundamento jurídico 4.º).

(Sentencia núm. 14/1996, de 29 de enero. RA 2592/1995, BOE de 2 de marzo de 1996. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.)

DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL. PROPORCIONALIDAD

Debemos precisar, en primer lugar, cuál es el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, cuáles son los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma. Esta precisión constituye el *prius* lógico para la determinación de si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, vulnerador del artículo 17.1 CE, al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad; a la par que permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes (STC 111/1993, fundamento jurídico 9.º).

Los órganos cuestionantes utilizan el concepto de bien jurídico y sitúan el de la norma cuestionada, «en una primera aproximación», en «el interés estatal en el cumplimiento de la prestación social sustitutoria», constitutiva ésta de una mera «obligación administrativa» cuyo incumplimiento es asimismo calificado, en la parte conclusiva de los autos, de «administrativo». Más allá de la prestación social sustitutoria, que «no cumple una finalidad en sí misma», lo que se protegería es el servicio

militar obligatorio, asegurando su cumplimiento y controlando la seriedad de la objeción de conciencia frente a él.

Con independencia de cuál sea el bien jurídico protegido por la norma analizada, lo cierto e indiscutido es que la finalidad de protección explícita e inmediata de la misma recae sobre la institución de la prestación social sustitutoria, cuyo «recto cumplimiento» se trata de asegurar (preámbulo de la LO 8/1984). Esta prestación se inspira en la solidaridad social y se dirige «hacia la satisfacción de fines colectivos y socialmente útiles», entre los que el legislador menciona expresamente en el preámbulo de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, el de garantizar a la sociedad de «una fuente de medios personales en caso de necesidad». El carácter solidario del cumplimiento de la obligación de servicio al que nos referimos se ratifica con la reciente decisión legislativa de convalidación del «tiempo prestado como voluntario» —en actividades, por lo tanto, de «interés general» y con carácter «altruista y solidario» (art. 3 de la Ley 6/1996, de 15 de enero, del Voluntariado)— por el tiempo de duración de la prestación social sustitutoria (art. 15.2 de la citada Ley).

Junto a la mencionada finalidad inmediata, no cabe duda que, como ponen de manifiesto tanto los órganos judiciales proponentes como el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal y como reconoce, según ya se ha dicho, el propio preámbulo de la Ley 48/1984 y este mismo Tribunal (STC 160/1989), el precepto objeto de este proceso tiende también a preservar de forma indirecta la efectividad del deber constitucional de contribuir a la defensa de España, proclamado en el artículo 30.1 CE. Razón evidente de ello es el carácter sustitutivo de la prestación cuya denegación sanciona la norma cuestionada y que constituye el contenido de una obligación para aquellos que han quedado exentos del servicio militar obligatorio por razones de conciencia.

A partir de la constatación de estas finalidades no podemos compartir la afirmación de que las mismas sean constitutivas de un mero «interés administrativo», si lo que se quiere designar con ello, de un modo peyorativo en este contexto, es que afectan exclusivamente a la organización de la Administración. Si lo que se quiere reseñar es que la consecución de dichas finalidades constituye un interés del Estado o un interés de la Administración, la alegación no minusvalora en absoluto la entidad de aquéllas, pues, en cierto sentido, la preservación de todo bien jurídico, ya por el hecho de serlo, constituye un interés del Estado y, en esa medida o en la que suponga el que está la Administración involucrada en su garantía, también un interés de ésta.

En todo caso lo que debe afirmarse es la relevancia constitucional de las finalidades perseguidas por la norma cuestionada, que encuentra su encaje en la previsión del artículo 30.2 CE, al tiempo que debe negarse, en consecuencia, el defecto previo de proporcionalidad que implicaría la constatación contraria.

No cuestionada la idoneidad de la medida y no existiendo, en efecto, elementos para dudar de ella en este caso, debemos analizar la necesidad de la misma.

Que la realización del juicio de necesidad compete al legislador es una afirmación que ya hemos reiterado y justificado, al igual que la del amplio margen de libertad del que goza y que deriva, no sólo de la abstracción del principio de proporcionalidad (STC 62/1982, fundamento jurídico 5.º) y de la reseñada complejidad de la tarea, sino también y sobre todo de su naturaleza como «representante en cada momento histórico de la soberanía popular» (SSTC 11/1981, 332/1994).

En rigor, el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza (SSTC 66/1985, fundamento jurídico 1.º; 19/1988, fundamento jurídico 8.º; 50/1995, fundamento jurídico 7.º), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento. Cuando se trata de analizar la actividad del legislador en materia penal desde la perspectiva del criterio de necesidad de la medida, el control constitucional debe partir de pautas valorativas constitucionalmente indiscutibles, atendiendo, en su caso, a la concreción efectuada por el legislador en supuestos análogos, al objeto de comprobar si la pena prevista para un determinado tipo se aparta arbitraria o irrazonablemente de la establecida para dichos supuestos. Sólo a partir de estas premisas cabría afirmar que se ha producido un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho.

Aplicando cuanto antecede al caso que nos ocupa, debemos llegar a la misma conclusión a la que ya llegamos en la STC 160/1987: la norma cuestionada no incurre en el exceso vulnerador del principio de proporcionalidad de la pena. Con independencia del juicio de oportunidad que pueda merecer la pena que se asigna al objeto que se niega a realizar la prestación social sustitutoria –juicio que no compete a este Tribunal y sobre el que, por lo tanto, nada se afirma–, no cabe sostener que atente contra el artículo 17.1 CE, en cuanto desproporcionada por innecesaria, ni la previsión de imposición de una sanción penal consistente en una pena privativa de libertad, ni su cuantía de dos años, cuatro meses y un día a seis años –disminuible en su esencia por la posible concurrencia del beneficio de la libertad condicional y de beneficios penitenciarios– ni, en fin, la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena para aque-

llos que se oponen a la realización de una prestación de carácter social. Debe tenerse en cuenta, como dato para negar la existencia del reseñado exceso, el hecho de que la prestación que elude el infractor se prolonga en la actualidad durante un período de trece meses (art. 50.3 del Reglamento de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutiva, aprobado por Real Decreto 266/1995, de 24 de febrero), que ocupa treinta y cinco o cuarenta horas semanales (art. 52.1 del Reglamento citado) y que supone, por lo tanto, un importante condicionamiento de la vida personal y familiar, y la sujeción a la disciplina propia de la actividad que tenga por contenido. No debe olvidarse tampoco que la prestación frustrada posee carácter sustitutivo del servicio militar obligatorio en los supuestos de objeción de conciencia al mismo y el intenso condicionamiento vital que supone la realización de este servicio.

A la misma conclusión conduce el análisis comparativo con otras opciones del legislador, que refleja que la elección de la sanción no ha sido arbitraria sin que en la norma cuestionada se dé el patente desfase valorativo que veta el principio de proporcionalidad en su dimensión constitucional. Así, el examen de las sanciones que el legislador asigna a ciertos comportamientos que guardan un grado relevante de semejanza con el de la negativa al cumplimiento de la prestación social sustitutiva, muestra, de un lado que, significativamente, merece idéntica pena a la cuestionada la conducta de quien rehúsa el cumplimiento del servicio militar [artículo 135 (bis i) CP]; y, de otro lado, que el incumplimiento de otros deberes generales de los ciudadanos contemplados en la Constitución también resultan sancionados con penas privativas de libertad parecidas a las previstas en el supuesto aquí analizado.

Los Autos de cuestionamiento inciden sobre todo en la vertiente del principio de proporcionalidad que se refiere a la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena (proporcionalidad en sentido estricto). Debe recordarse una vez más que este juicio corresponde al legislador en el ejercicio de su actividad normativa [SSTC 65/1986, fundamento jurídico 3.º; 160/1987, fundamento jurídico 6.º, b); ATC 949/1988, fundamento jurídico 1.º], que se rige, por lo demás, a la hora de delimitar el marco abstracto de la pena que se anuda a un determinado tipo delictivo, por una multiplicidad de criterios que debe conjugar con el que ahora se invoca; no obstante, esta relación de proporcionalidad en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona [SSTC 66/1985, fundamento jurídico 1.º; 65/1986, fundamento jurídico 2.º; 160/1987, fundamento jurídico 6.º, b); 111/1993, fundamento jurídico 9.º; 50/1995, fundamento jurídico 7.º].

Sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la

misma no desborda el marco constitucional. Para su realización también aquí habrá de partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indisculpables y de su concreción en la propia actividad legislativa.

En el presente supuesto es notorio que dicho desequilibrio irrazonable no se da. A pesar de la dureza evidente que comporta toda pena privativa de libertad que, además y debido a su cuantía, no es remisible condicionalmente, no se constata en la finalidad de la norma cuestionada, como sí sucedía en la STC 111/1993, la ausencia de un «interés público esencial» (fundamento jurídico 9.º), ni la sola concurrencia, como pretenden los Autos de cuestionamiento y rebatíamos en el fundamento jurídico 7.º, de un «mero interés administrativo». Concluimos dicho apartado de nuestra argumentación con la afirmación del carácter constitucionalmente relevante de la finalidad de la norma sometida a nuestra jurisdicción, que describíamos como la protección directa de una prestación que, en cuanto social, se dirige a la satisfacción de necesidades colectivas, y que, en cuanto sustitutiva del servicio militar, prevean este servicio y su propia finalidad –la defensa de España–, que pasa así a integrarse en la que ahora sintetizamos. De ahí que, en conclusión, pese a la naturaleza de la pena y a su cuantía, en absoluto desdeñable, la trascendencia de las finalidades a las que sirve impide afirmar desde las estrictas pautas de nuestro control que existe el desequilibrio medio-fin que situaría la norma al margen de la Constitución.

En suma, tampoco desde la perspectiva del criterio de proporcionalidad en sentido estricto cabe concluir con la inconstitucionalidad del precepto cuestionado.

(Sentencia núm. 55/1996, de 28 de marzo. CI 961/1994, 1.125/1995, 2736/1995 (acumuladas), *BOE* de 27 de abril de 1996. Ponente: Don Carlos Vives Pi-Sunyer.)

Artículos 17.1, 17.2 y 17.4

DERECHO A LA LIBERTAD

(*Vid.* Sentencia núm. 37/1996, 11 de marzo, sobre *Prisión provisional*, art. 504 LECrim.)

Artículo 17.1 y 4

DERECHO A LA LIBERTAD

En cuanto a la alegación de violación del artículo 17, apartados 1 y 4, CE, es cierto, tal y como hemos señalado en las SSTC 26/1995 y 62/1995, que la situación de ilegal detención, arresto o internamiento, o sea, de privación de libertad, constituye obligado presupuesto de la solicitud de *habeas corpus*, como ponen reiteradamente de manifiesto los preceptos de su Ley reguladora [artículo 1, párrafos 1.º y 2.º; 2, párrafos 1.º y 3.º; 3, apartado a); 4, apartado b); 5, párrafos 1.º, 7, 1.º y 2.º, de la LO 6/1984]. Y como recuerda la STC 98/1986 (fundamento jurídico 1.º), mediante el

procedimiento de *habeas corpus* la Constitución ha abierto un medio de defensa de los derechos establecidos en el artículo 17 CE que permite hacer cesar de modo inmediato las actuaciones irregulares de privación de libertad y a través del cual se busca la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Es por eso aplicable esta garantía en los supuestos como el que aquí se da, de detención previa al acuerdo de expulsión antes del transcurso de setenta y dos horas, o sea, previa a la situación de internamiento solicitado por la Administración cuya constitucionalidad fue declarada por la STC 115/1987, en los términos que la misma establecía.

(Sentencia núm. 21/1996, de 12 de febrero. RA 1.078/1995, BOE de 18 de marzo de 1996. Ponente: Don José Gabaldón López.)

Artículo 17.4

PRISIÓN PROVISIONAL. PLAZO RAZONABLE. MOTIVACIÓN

El retraso de la policía en dar cuenta del cumplimiento de la requisito-ria es imputable a la Audiencia, en contra de lo que afirma el Ministerio Fiscal. El Tribunal penal, a cuya disposición se encuentra el preso preventivo, ostenta una competencia exclusiva sobre la ordenación y el impulso del proceso (STC 324/1994, fundamento jurídico 4.º) a la que no puede renunciar, dejando su ejercicio en manos de las autoridades que se limitan a auxiliar el ejercicio de la jurisdicción (art. 118 CE). Este Tribunal Constitucional, como ya indicó la STC 2/1994, no tiene por qué entrar a dilucidar quién fue el causante de los retrasos, o si lo fueron todos en algún grado; nos basta con saber que hubo un retraso injustificado, atendiendo al contenido de las comunicaciones y a los modernos medios de comunicación que existen entre Málaga y Madrid, que es imputable total y exclusivamente a la burocracia judicial y policial, esta última actuando en este caso como mera auxiliar de la Audiencia, «cuya despreocupación en este caso fue la causa de que se prolongara indebidamente una situación tan penosa como la estancia en una cárcel» (STC 2/1994, fundamento jurídico 5.º). El órgano judicial no puede quedar exonerado por la remisión de un recordatorio rutinario y tardío, sin cuidarse de adoptar medidas más contundentes y más eficaces (STC 2/1994, fundamento jurídico 4.º).

La conclusión a alcanzar es clara. La fijación de plazo en la requisito-ria, tal y como ordena la Ley, no es solamente garantía de una administración de justicia ordenada y pronta. Cuando existen reos en situación de prisión preventiva, es una garantía esencial para que el Tribunal competente no sacrifique su libertad personal más allá del tiempo imprescindible para constatar la rebeldía del coacusado ausente. Al no formular una ponderación expresa entre la necesidad de llevar a cabo esa constatación de rebeldía con un grado razonable de certidumbre, y el correlativo sacrificio en el derecho fundamental a la libertad del inculcado que se

encontraba en prisión preventiva, y al no fijar el plazo mínimo imprescindible para celebrar nuevo juicio respecto del reo en prisión, la Audiencia Provincial incumplió el deber de celeridad en la justicia penal, especialmente intenso en las causas con preso (STC 8/1990, fundamento jurídico 4.^º). Incumplimiento que, sumado a su pasividad ante el retraso injustificado de la policía en cumplimentar su orden de busca y captura, dio lugar a una vulneración de los artículos 17 y 24.2 CE.

La confusión de identidades, que produjo una segunda suspensión del juicio, es imputable a la Sección de la Audiencia. Sin duda, no es frecuente que coincidan en un mismo establecimiento penitenciario dos personas con el mismo nombre y apellidos. Pero lo cierto es que el Tribunal, al expedir los despachos para hacer posible la conducción del acusado desde la prisión hasta la sala de vistas, lo identificó de manera incompleta. Sólo después de la segunda suspensión del juicio, los despachos dirigidos al Director del centro penitenciario y a la fuerza pública encargada de la conducción detallaron la filiación del reo y el número de su documento nacional de identidad (DNI). Por lo demás, resulta indiferente en este proceso constitucional quién fue el causante de la confusión, o si lo fueron todos en algún grado. Como señalamos antes, nos basta con saber que se tuvo que suspender el juicio, por una confusión que no debía haberse producido, que es imputable total y exclusivamente a las Administraciones judicial y penitenciaria, «cuya despreocupación en este caso fue la causa de que se prolongara indebidamente una situación tan penosa como la estancia en una cárcel» (STC 2/1994, fundamento jurídico 5.^º).

Por consiguiente, la prolongación de la situación de prisión provisional ocasionada por la segunda suspensión del juicio oral vulneró también el derecho del demandante de amparo a no permanecer en prisión más allá de un plazo razonable (STC 206/1991, fundamento jurídico 4.^º), consagrado en el artículo 17.4 CE.

La tercera suspensión del juicio oral, a diferencia de las dos anteriores, no tuvo como efecto prolongar la prisión provisional del demandante de amparo. El mismo día 5 de julio de 1995, en que la Audiencia acordó posponer la vista del juicio al siguiente 9 de octubre, decretó la libertad provisional del encausado. Auto de libertad que fue transmitido con celeridad encomiable al centro penitenciario, que ese mismo día procedió a la soltura del preso. Por consiguiente, no es preciso examinar si la suspensión del juicio pudo estar o no justificada, puesto que no tuvo ninguna repercusión perjudicial en la situación de privación de libertad enjuiciada en este proceso constitucional.

El resultado del anterior examen constitucional resulta inequívoco. El derecho fundamental a la libertad personal del demandante de amparo fue vulnerado, al verse obligado a permanecer en prisión provisional más allá de un plazo razonable, en contradicción con lo dispuesto por el segundo inciso del artículo 17.4 CE. Más concretamente, la situación de prisión sufrió tres demoras contrarias al derecho fundamental del actor. Su apresamiento se

prolongó indebidamente desde el día 1 de diciembre de 1994 hasta el día 25 de enero de 1995, en que finalmente la Audiencia dictó la requisitoria contra el coprocesado ausente. De nuevo se produjo una demora injustificable en la declaración de rebeldía, en los términos expuestos en el fundamento jurídico 6.º de esta Sentencia, que produjo una prolongación irrazonable de la situación de prisión desde, al menos, el día 25 de febrero de 1995 hasta el día 30 de mayo siguiente, en que finalmente fue declarado rebelde el tercer acusado. Finalmente, la suspensión de la segunda vista del juicio, a causa de la confusión en la identidad del reo, dio lugar a una tercera dilación indebida de la prisión del actor, desde el día 22 de junio de 1995 hasta el día en que se produjo su puesta en libertad, el 5 de julio siguiente.

Por añadidura, este Tribunal no puede ignorar que de las actuaciones se desprende una vulneración patente del derecho fundamental a la libertad personal del demandante de amparo, que viene a añadirse a la apreciada anteriormente. En efecto, el día 24 de febrero de 1995 se cumplió un año desde que el señor Cortés Heredia había sido reducido a la situación de prisión provisional, por lo que transcurrió el plazo legal máximo de prisión marcado por el artículo 504 LECrim para la acusación por un delito menos grave (SSTC 32/1987 y 9/1994). El Tribunal penal no prorrogó la situación provisional de prisión antes de que expirara el plazo máximo legal. Por consiguiente, debía haber puesto en libertad al acusado sin más dilación (STC 40/1987).

La vulneración es más grave porque el propio recluso puso en conocimiento de la Sala la expiración del plazo legal máximo, con cita expresa del artículo 504 de la LECrim., el día 12 de marzo 1995. Su petición de libertad fue rechazada mediante una mera providencia, de 22 de marzo de 1995, que no sólo infringe patentemente la Ley, sino también el artículo 17 CE.

Estas vulneraciones no pueden ser reparadas ya por la puesta en libertad del demandante de amparo, lo que acaeció el día 5 de julio de 1995, tras suspenderse por tercera vez el juicio contra él. Por consiguiente, procede reconocer los derechos fundamentales invocados como fundamento de su pretensión, de acuerdo con su contenido constitucionalmente garantizado, tal y como hemos efectuado en ocasiones análogas (SSTC 40/1987 y 2/1994), con las consecuencias de ese reconocimiento, que deben ser hechas valer por las vías procesales adecuadas (SSTC 36/1984, fundamento jurídico 4.º, y 128/1989, fundamento jurídico 2.º, y ATC 275/1992), a fin de obtener las reparaciones que sean procedentes en Derecho.

Finalmente, es obligado señalar que el demandante de amparo también lleva la razón cuando afirma que la Audiencia Provincial estaba obligada a resolver su solicitud de libertad provisional mediante Auto motivado. Así lo hemos indicado en diversas resoluciones, desde la inicial STC 41/1982 (fundamento jurídico 2.º) seguida por otras, como la STC 13/1994, donde afirmamos que «si siempre es necesario explicitar los fundamentos fácticos y jurídicos de la resolución, para entender cumplida la exigencia de que una resolución judicial sea “fundada en Derecho” –como

se desprende del artículo 24.1 CE— con mayor rigor aún se ha de exigir en supuestos como éste en que la resolución es susceptible de vulnerar un derecho fundamental de la trascendencia del regulado en el artículo 17 CE» (fundamento jurídico 6.º *in fine*; en igual sentido SSTC 56/1987, fundamento jurídico 4.º, y 8/1990, fundamento jurídico 4.º).

No puede aceptarse, como sostiene el Ministerio público, que la primera providencia que denegó la libertad provisional solicitada por la defensa del recluso, al hacer suyo el dictamen con el que el Fiscal de la causa se había opuesto a modificar la situación de prisión, debe entenderse motivada por remisión a él. El dictamen del Fiscal no fue trasladado a las partes, por lo que no se cumplió el fin básico de la exigencia constitucional de motivar la decisión sobre la prisión provisional del justiciable: la necesidad de despejar toda duda de arbitrariedad en la decisión, poniendo en conocimiento del imputado las razones por las que se le mantiene privado de libertad, así como posibilitar el control de legalidad y de racionalidad de la decisión, mediante la interposición de los correspondientes recursos, en los que la defensa del recluso pueda hacer valer sus razones contra las que motivan su situación de prisión [SSTC 13/1994, fundamento jurídico 6.º, y 128/1995, fundamento jurídico 4.º a)].

La ausencia de toda motivación de las providencias que fueron dictadas sucesivamente por la Sección supone, por consiguiente, una vulneración adicional de los arts. 17 y 24.1 CE, que debe conducir a su anulación. No así, en cambio, el dato de que revistieran forma de providencia, en vez de auto, porque ese defecto formal —aun cuando infringe la prescripción legal de que las resoluciones sobre prisión y soltura deben adoptar la forma de auto (art. 141 LECrim.)— no causó indefensión al interno, que contaba con asistencia letrada, y que, por ese defecto de forma no se vio privado de la oportunidad real de ser oído, que es lo que garantiza el artículo 24.1 CE (SSTC 56/1987, fundamento jurídico 3.º, y 146/1988, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º).

(Sentencia núm. 41/1996, de 12 de marzo. RA 448/1995, BOE de 17 de abril de 1996. Ponente: Don Alvaro Rodríguez Berejio.)

Artículo 18

DERECHO AL HONOR

(*Vid.* Sentencia núm. 166/95, de 20 de noviembre, sobre *Presunción de inocencia*, art. 24.2 CE.)

DERECHO AL HONOR. CONCEPTO. SUJETO PASIVO

Presenciamos, pues, el choque frontal de dos derechos fundamentales, el que tiene como contenido la libertad de expresión y aquel otro que protege el honor, desde cuya perspectiva unilateral, ahora, en una segunda fase del análisis conviene a nuestro propósito averiguar cuál sea su ámbito. En una primera aproximación no parece ocioso dejar constancia de que

en nuestro ordenamiento no puede encontrarse una definición de tal concepto, que resulta así jurídicamente indeterminado. Hay que buscarla en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino y el Diccionario de la Real Academia (edición 1992) nos lleva del honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma), la cual —como les ocurre a palabras afines, la fama o la honra— consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, éstas, en cambio, intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o la difamación, lo infamante. El denominador común de todos los ataques o intromisiones legítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.

Todo ello nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo. El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y, en definitiva, como hemos dicho en alguna otra ocasión, «dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento» (STC 185/1989). La titularidad de este derecho subjetivo se asigna, en la Ley y en la doctrina legal del Tribunal Supremo, a la persona, en vida o después de su muerte, por transmisión de ese patrimonio moral a sus descendientes. Desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden serlo también como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso, a título de ejemplos. Por ello, pueden, a su vez, como reverso, resultar víctimas de la injuria o la calumnia, como sujetos pasivos de estos delitos contra el honor y así lo dijo el Tribunal Supremo, en el plano de la legalidad y en su ámbito penal, cuando dictó la Sentencia de 20 de diciembre de 1990. Aquí y ahora, es el pueblo judío en su conjunto no obstante su dispersión geográfica, identificable por sus características raciales, religiosas, históricas y sociológicas, desde la diáspora al holocausto, quien recibe como tal grupo humano las invectivas, los improperios y la descalificación global. Parece justo que si se le ataca a título colectivo, pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano. En definitiva, es la solución que, con un planteamiento inverso, desde la perspectiva de la legitimación activa, aceptó este Tribunal Constitucional en su STC 214/1991.

(Sentencia núm. 176/1995, de 11 de diciembre. RA 1421/1992, BOE de 12 de enero de 1996. Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende.)

DERECHO AL HONOR

(Vid. Sentencia núm. 19/96, de 12 de febrero, sobre *Derecho a la libertad de expresión e información*, art. 20.1 CE.)

Artículo 18.1

DERECHO AL HONOR. PERSONAS JURÍDICAS

La cuestión así planteada ya ha sido resuelta –en su estricta dimensión constitucional– por la reciente STC 139/1995, cuyos fundamentos jurídicos deben tenerse ahora por reproducidos, y en la que expresamente se declaró que «el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas» (fundamento jurídico 5.º). La aplicación de la doctrina constitucional expuesta conduce directamente a la desestimación de la queja principal de los actores, puesto que el hecho de que la Sala Primera del Tribunal Supremo admitiese, en la Sentencia cuya impugnación ahora se formula, que las personas jurídicas pueden ser titulares del derecho al honor no supone, como pretenden los recurrentes, el establecimiento de un límite ilegítimo al derecho de información, sino, por el contrario, una interpretación constitucionalmente adecuada del alcance subjetivo del derecho al honor que reconoce el artículo 18.1 CE.

(Sentencia núm. 183/1995, de 11 de diciembre. 1560/1994, BOE de 12 de enero de 1996. Ponente: Don Vicente Gimeno Sendra.)

Artículo 18.2

INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO. DELITO FLAGRANTE

Ambas entradas y registros domiciliarios se practicaron sin mandamiento judicial y sin que mediara el consentimiento expreso de sus respectivas titulares, razón por la cual se hace obligado examinar a continuación si concurren o no en el caso los elementos determinantes de la flagrancia delictiva a la que se refiere el artículo 18.2 CE como tercera y última excepción taxativa al reconocimiento constitucional condicionado del derecho a la inviolabilidad del domicilio (SSTC 22/1984 y 160/1991), por cuanto es evidente que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 18.2 CE, los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para entrar en un domicilio han de procurarse el necesario mandamiento judicial salvo en los estrictos supuestos en que, por concurrir una situación de flagrancia delictiva, el seguimiento del trámite conducente a la obtención de aquella autorización judicial pueda ser susceptible de ocasionar la frustración de los fines que dichos funcionarios están legal y consti-

tucionalmente llamados a desempeñar en la prevención del delito, el aseguramiento de las fuentes de prueba y la detención de las personas presuntamente responsables.

Como la propia recurrente reconoce en su escrito de demanda, aunque este Tribunal no haya definido el concepto constitucional del «delito flagrante», sí ha podido fijar, al menos, los «contornos esenciales que en la Constitución muestra tal figura», labor para la cual hemos admitido que, si bien «no procede asumir o reconocer como definitiva ninguna de las varias formulaciones legales, doctrinales o jurisprudenciales que de la flagrancia se han dado en nuestro ordenamiento», sí resulta inexcusable «reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es «sorprendido» –visto directamente o percibido de otro modo– en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito», declaración ésta de la que hemos inferido que tales «connotaciones de la flagrancia (evidencia del delito y urgencia de la intervención policial) están presentes en el concepto inscrito en el artículo 18.2 de la Norma fundamental» (STC 341/1993, fundamento jurídico 8.º, B).

De ahí que en esta Sentencia declaráramos la inconstitucionalidad del artículo 21.2 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana porque los términos en los que el precepto se manifestaba en torno al presupuesto de la «evidencia» (exigiendo de forma ambigua un «conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer» el delito) no integraban necesariamente «un conocimiento o percepción evidente», el cual, junto con la de la «urgencia» (exigible para impedir la consumación del delito, obtener la aprehensión del presunto delincuente o evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito), se constituyen en las dos notas esenciales o nucleares a la situación constitucional de flagrancia delictiva.

En consecuencia, hemos de reiterar ahora de nuevo que la entrada y registro Policial en un domicilio sin previa autorización judicial y sin que medie el consentimiento expreso de su titular únicamente es admisible desde el punto de vista constitucional (art. 18.2 CE) cuando dicha injerencia se produzca ante el conocimiento o percepción evidente de que en dicho domicilio se está cometiendo un delito, y siempre que la intervención Policial resulte urgente para impedir su consumación, detener a la persona supuestamente responsable del mismo, proteger a la víctima o, por último, para evitar la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.

(Sentencia núm. 94/1996, de 28 de mayo. RA 202/1995, BOE de 21 de junio de 1996. Ponente: Don Vicente Gimeno Sendra.)

Artículo 18.3

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

Para resolver si la motivación del auto analizada que autorizó la intervención telefónica cumple el canon constitucional de proporcionalidad y si es respetuoso con las garantías constitucionales a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, debemos recordar la doctrina de este Tribunal en relación con la exigencia de motivación en aquellas resoluciones judiciales limitativas o restrictivas de un derecho fundamental.

Desde las primeras sentencias, este Tribunal ha venido declarando que «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses por los que se sacrificó. La motivación no es sólo una elemental cortesía sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos (STC 26/1981), y en este mismo sentido afirmamos que toda resolución que limita o restringe el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma que las razones justificativas de tal limitación puedan ser conocidas por el afectado. En esta línea, hemos venido reiterando que la restricción del derecho fundamental debe adoptarse por medio de resolución judicial motivada (SSTC 3/1992 y 13/1994), y que ello se debe a la íntima relación existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman tal restricción, pues sólo a través de aquélla pueden conocerse y ponderarse éstas (STC 128/1995). Asimismo cabe traer a colación la STC 85/1994, dictada en relación con un supuesto de intervenciones telefónicas, en la que recordábamos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –casos *Klass* y *Malone*– ha venido exigiendo una serie de requisitos para estimar conforme a Derecho la interceptación de las comunicaciones telefónicas a un particular. Conforme a tales exigencias del TEDH, este Tribunal declaró que, siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal ha de estar sometida al principio de legalidad, y, en especial, al de proporcionalidad (STC 37/1989) que requiere tanto una específica gravedad de la infracción punible o relevancia social de su bien jurídico para justificar la naturaleza de la medida, como la observancia de las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada con respeto en su realización a los requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones (ATC 344/1990). Y la necesidad de motivación resulta necesaria porque sólo a través de ella se preserva el derecho de defensa y se puede hacer el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece. Pues corresponde al Juez lle-

var a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego y determinar si a la vista de las circunstancias concurrentes debe prevalecer el derecho constitucionalmente protegido (SSTC 160/1994 y 50/1995), ya que la motivación es la única vía de comprobación de que se ha llevado a cabo la ponderación judicial que constituye la esencial garantía de la excepción a la inviolabilidad de las comunicaciones. En esta misma línea, en la reciente STC 181/1995, reiterábamos la anterior doctrina acerca de la necesaria observancia del deber de motivación de aquellas resoluciones en que se acuerde la intervención telefónica, y declarábamos la nulidad de una observación telefónica practicada sin la garantía de una autorización judicial específica y razonada (fundamentos jurídicos 5.º y 6.º) en la que se expusieran las razones que aconsejaban la medida y su necesidad.

Pues bien, aplicando la anterior doctrina expuesta al supuesto ahora examinado, debemos concluir acerca de la ausencia de motivación de la resolución judicial habilitante de la intervención telefónica. En efecto, en ésta no se recogen ni las personas afectadas con la intervención (fácilmente determinables en este caso), ni se determina el hecho punible investigado, ni tampoco se explicitan las razones que determinaron la adopción de tal medida, ni tampoco cuál era la finalidad perseguida con mandamiento judicial.

Únicamente se expresaba en la resolución que ahora examinamos los números de teléfonos intervenidos y como causa para la autorización, la comunicación remitida por el Ministerio del Interior, a cuyas razones se refiere por remisión, como fundamento «bastante» para acordar la medida, añadiendo que así se «permite la mejor y más amplia investigación de los hechos». Tal motivación, genérica y lacónica del auto analizado no cumple el canon de proporcionalidad constitucionalmente exigible, pues sus vagas referencias se limitan, como queda expuesto, a la determinación de los números objeto de la intervención, y a remitirse a la solicitud del Ministerio del Interior, a la que se accede en su integridad; no contiene, sin embargo, ninguna alusión a las personas investigadas, a la especial gravedad o significación social del delito objeto de investigación penal y tampoco se expone el razonamiento sobre la necesidad o imprescindibilidad de la adopción de tal medida para el desarrollo de la investigación, que hubiera justificado la intervención de las comunicaciones. La constatación de la falta de determinación del alcance subjetivo y objetivo de la intervención, esto es, de las personas afectadas y del delito investigado, así como la ausencia de una motivación específica y adecuada en el auto analizado, junto al carácter esencial de la misma para la adopción de tal resolución judicial habilitante de la intromisión en las comunicaciones, determina la infracción del artículo 18.3 CE y, por tanto, la prohibición constitucional de valoración de tal prueba y de cuantas se deriven directa o indirectamente de ella, en cuanto obtenidas con vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones. Así, pues, hemos de concluir en

que los órganos judiciales no debieron haber concedido ninguna eficacia probatoria de la prueba así obtenida.

(Sentencia núm. 54/1996, de 26 de marzo. RA 79/1995, BOE de 27 de abril de 1996. Ponente: Don Vicente Gimeno Sendra.)

SECRETO DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS. INTERVENCIÓN JUDICIAL

A fin de resolver acerca de la validez de la providencia por la que se prorrogó la autorización de la intervención telefónica resulta conveniente recordar la doctrina de este Tribunal en relación con la exigencia de motivación en las resoluciones judiciales limitativas o restrictivas del ejercicio de algún derecho constitucional. Desde las primeras sentencias este Tribunal (STC 26/1981) ha venido declarando que «cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses por los que se sacrificó». La motivación integra un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos, y en este mismo sentido, afirmamos que toda resolución que limita o restringe el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada, de forma que tal decisión determinante pueda ser conocida por el afectado, pues de otro modo se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos (art. 24.1 CE) (SSTC 62/1982, 13/1985). En esta misma línea, este Tribunal ha venido afirmando que la restricción del derecho fundamental debe adoptarse por medio de resolución judicial motivada (SSTC 3/1992, 13/1994), y ello se debe a la íntima relación existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman tal restricción, pues sólo a través de aquélla pueden conocerse y ponderarse éstas.

Asimismo, cabe recordar que en la más reciente STC 85/1994, dictada en relación con un supuesto de intervenciones telefónicas, se recordaba que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —casos *Klass* y *Malone*— ha venido exigiendo una serie de requisitos para estimar conforme a Derecho la interceptación de las comunicaciones telefónicas a un particular. Conforme a tales exigencias este Tribunal ha declarado que, siendo cierto que la observación de las telecomunicaciones supone una grave injerencia en la esfera de intimidad personal constitucionalmente reconocida, como tal ha de estar sometida al principio de legalidad y, en especial, al de proporcionalidad (STC 37/1989) que se refiere no sólo a la gravedad de la infracción punible para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones (ATC 344/1990). Y la necesidad de motivación resulta necesaria

porque sólo a través de ella se preserva el derecho de defensa y se puede hacer el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece (fundamento jurídico 3.^o). Pues corresponde al Juez llevar a cabo la ponderación preventiva de los intereses en juego y determinar si a la vista de las circunstancias concurrentes debe prevalecer el derecho constitucionalmente protegido (SSTC 160/1994, 50/1995).

En conclusión, este Tribunal ha venido afirmando que toda restricción del derecho fundamental ha de adoptarse por medio de resolución judicial motivada (SSTC 3/1992, 13/1994), obedeciendo ello a la íntima relación existente entre la motivación judicial y las circunstancias fácticas que legitiman tal restricción, pues sólo a través de aquéllas pueden conocerse y supervisarse éstos. De esta manera, además del genérico derecho a la tutela judicial efectiva, la falta de motivación de la resolución limitadora del derecho fundamental, afecta, por la vía de uno de los elementos esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la restricción del derecho fundamental (STC 128/1995).

A la luz de la anterior doctrina, cabe concluir que en el presente supuesto la providencia que acordó la prórroga de la intervención telefónica no respeta las referidas exigencias constitucionales por carecer de la más mínima motivación, y que la observación telefónica practicada, a partir de tal momento, constituyó una injerencia ilegítima en el derecho al secreto de las comunicaciones. No resulta admisible la justificación ofrecida por la Audiencia Provincial que otorgó validez a la prórroga así acordada, que se basa, en síntesis, en que la medida cuestionada había sido autorizada con anterioridad mediante auto motivado referido al mismo sujeto pasivo. De esta manera, el órgano judicial considera legítimo el instrumento procesal de la providencia, por cuanto, estima que «seguían vigentes los motivos recogidos en la autorización judicial inicial». Se trataría así de una especie de integración de la providencia con el auto, extendiéndose la motivación contenida en éste para autorizar la medida a la posterior decisión de prórroga, de manera que, al tratarse del mismo sujeto pasivo subsistirían, de manera implícita y por remisión, los mismos motivos que en su día se expusieron para adoptar tal medida limitativa del derecho fundamental.

Como hemos apuntado, tal argumentación no es respetuosa con las exigencias antes expuestas en la limitación de un derecho fundamental que no pueden estimarse cumplidas con una motivación ofrecida en el momento inicial de la adopción de la medida restrictiva —que tampoco en el presente caso contiene una causalización y especificación de las circunstancias concurrentes—, sino que tales garantías deben ser observadas en todas aquellas resoluciones en las que se acuerde la continuación o modificación de la limitación del ejercicio del derecho, expresándose en todo momento las razones que llevan al órgano judicial a estimar procedente lo acordado. No puede aceptarse, pues, al estar en juego el ejercicio

de un derecho fundamental, la validez de la decisión de prórroga en cuanto pudiera contener una remisión implícita a los motivos y fundamentos manejados para autorizar inicialmente la intervención telefónica, entre otras razones porque la motivación ha de atender a las circunstancias concretas concurrentes en cada momento que legitiman la restricción del derecho, aun cuando sólo sea para poner de manifiesto la persistencia de las mismas razones que, en su día, determinaron la decisión, pues sólo así pueden ser conocidas y supervisadas. Así, la resolución que ahora se examina, como ya se ha visto, se limita a acordar la prórroga sin ofrecer motivo o fundamento alguno acerca de las razones y circunstancias que aconsejaban la continuidad de la medida, ni la necesidad de la misma. La ausencia de toda justificación en modo alguno puede quedar subsanada por una supuesta remisión tácita, o por la presunta integración de la providencia con la motivación del Auto anterior, puesto que tales razones entonces expuestas, con independencia de que pudieran o no justificar la posterior restricción del derecho, no se tradujeron ni se reflejaron en la decisión que determina la continuación de la intervención telefónica, ni siquiera a través de una mínima referencia expresa. Por todo ello, la ausencia de toda motivación, al afectar a un derecho fundamental provocado, por ello mismo, la inconstitucionalidad de dicha medida.

Las sentencias impugnadas, en cuanto otorgan validez a la providencia que concedió la prórroga, vinieron a desconocer las exigencias de motivación que resultan necesarias conforme a la reiterada doctrina de este Tribunal respecto de las garantías necesarias para la válida restricción de un derecho fundamental. En definitiva, la intervención telefónica así practicada, esto es, sin las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada, determinó que la intervención realizada a partir de la prórroga (16 de abril de 1988), no puede considerarse válida.

Sentado lo anterior, resulta innecesario entrar a analizar los demás argumentos esgrimidos relativos a esta intervención telefónica, pues el anterior defecto observado, por cuanto supone la ausencia de uno de los requisitos formales esenciales, afecta a la propia existencia del supuesto habilitante de la restricción del derecho al secreto de las comunicaciones y, por consiguiente, genera, por sí mismo, la prohibición de valoración de la prueba al haber sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

De todo ello cabe concluir que, como se declaró en la STC 85/1994, ninguna eficacia probatoria pudo concedérsele a la referida prueba por los órganos judiciales, quienes debieron prescindir de la misma dada su nulidad derivada de la vulneración de un derecho fundamental de los reconocidos en el capítulo segundo, título I de la Constitución como de lo dispuesto en el artículo 11.1 LOPJ.

(Sentencia núm. 181/1998, de 11 de diciembre. RA 3.206/1993, *BOE* de 12 de enero de 1996. Ponente: Don Pedro Cruz Villalón.)

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

El artículo 18.3 CE establece: «Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.» Por su parte, el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, realiza una detallada regulación de los derechos a la vida privada, la familia, el domicilio y la correspondencia, destinada a salvaguardar y eliminar cualquier ingerencia en el ámbito de estos derechos fundamentales:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.»

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido ocasión de aplicar el transcrito precepto en numerosas Sentencias. Entre las más significativas, la Sentencia de 6 de septiembre de 1978 (caso *Klass*), en la que estimó que «las comunicaciones telefónicas se encuentran comprendidas en las nociones de vida privada y de correspondencia»; la Sentencia de 2 de agosto de 1984 (caso *Malone*) declaró también que «la interceptación de la conversación telefónica en el caso referido implicaba una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de un derecho que el apartado 2.º del artículo 8 del Convenio garantizaba al demandante»; las Sentencias de 24 de abril de 1990 (referentes a los casos *Huvig* y *Kruslin*) trataron el tema de las escuchas telefónicas practicadas por orden de un Juez instructor, declarando que «las escuchas y los demás procedimientos para interceptar las conversaciones telefónicas son un grave ataque a la vida privada y a la correspondencia», que deben fundarse en una «Ley de una singular precisión: Es indispensable que las normas que las regulen sean claras y detalladas»; la citada Sentencia de 2 de agosto de 1984 exige, para considerar legítima la injerencia, que, además de hallarse prevista por la Ley, «persiga uno o varios objetos legítimos a la vista del párrafo 2.º del artículo 8 del mencionado Convenio», y, además, que sea «necesaria en una sociedad democrática» para alcanzarlos.

En sintonía con esa doctrina del TEDH, y en la línea de nuestra propia jurisprudencia, recientemente hemos afirmado (STC 86/1995) que «el derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede ser limitado mediante una resolución suficientemente motivada. La existencia de un mandamiento judicial autorizando la intervención, junto con la estricta observancia del principio de proporcionalidad en la ejecución de esta diligen-

cia de investigación, constituyen exigencias constitucionalmente inexcusables que afectan al núcleo esencial del derecho al secreto de las comunicaciones, de tal modo que la ausencia de autorización judicial o la falta de motivación determinan, irremediablemente, la lesión del derecho constitucional, y, por tanto, la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de las conversaciones intervenidas, no sólo del resultado mismo de la intervención, sino de cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios» (fundamento jurídico 3.^o).

En resumen:

A) Estricta observancia, pues, de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad «se refiere no sólo a la gravedad de la infracción punible, para justificar la naturaleza de la medida, sino también a las garantías exigibles de autorización judicial específica y razonada y de respeto en su realización de requisitos similares a los existentes en otro tipo de control de comunicaciones» (ATC 344/1990).

B) La motivación resulta necesaria porque sólo a través de ella se preserva el derecho de defensa y se puede hacer el necesario juicio de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho fundamental y la causa a la que obedece (SSTC 160/1994, 50/1995, 181/1995).

C) La legitimidad de la medida de intervención telefónica se condiciona, en suma, a la consideración por el Juez autorizante de su necesidad para la investigación de unos hechos determinados y con una específica tipificación penal, la resolución en que se acuerde debe mencionar expresamente las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, manifestar cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona y, en función de esos indicios, proceder a su encaje en alguno de los tipos delictivos justificantes de la medida. Es imprescindible que la resolución judicial determine el objeto de la intervención: número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que en principio deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quienes hayan de llevarlas a cabo y cómo, y los períodos en que haya de darse cuenta al Juez para controlar su ejecución.

El control judicial efectivo, en el desarrollo y cese de la medida, es indispensable para el mantenimiento de la restricción del derecho fundamental, dentro de los límites constitucionales. El Juez que la autorice debe, en primer término, conocer los resultados obtenidos con la intervención, y en el supuesto de que se produzca una divergencia entre el delito objeto de investigación y el que de hecho se investiga, debe adoptar la resolución que proceda, puesto que en otro caso (Sentencia TEDH, caso Klass, de 6 de septiembre de 1978; caso Malone, de 2 de agosto de 1984,

y caso *Kruslin*, de 24 de abril de 1990), las intervenciones constituirían una injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho del afectado al respeto de su correspondencia y de su vida privada. Si un Tribunal sentenciador fundamenta su resolución condenatoria en pruebas obtenidas con violaciones de derechos fundamentales (sea por la Policía, sea por los Jueces de instrucción) la presunción de inocencia no ha de destruirse, como derecho fundamental que es, con semejante material probatorio.

Conviene hacer hincapié en otras circunstancias que rodearon las intervenciones telefónicas antes referidas: la ausencia de control por el Juez instructor de la ejecución de la medida de intervención telefónica provocó la vulneración del principio de proporcionalidad, en cuanto criterio de interpretación inferido de los preceptos constitucionales en juego, toda vez que, al desconocer los hechos que realmente se estaban investigando, no pudo efectuar ponderación alguna entre el sacrificio del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (*ex* artículo 18.3 CE) que la medida de intervención telefónica suponía, y la finalidad perseguida con la misma; no pudo considerar el Juez si resultaba adecuada a la naturaleza de los hechos.

Por tanto, al amparo de una autorización judicial para la investigación de un presunto delito contra la salud pública, mediante la intervención del teléfono de una determinada persona, Ramón Solano Deirós, se estuvo investigando durante un largo período a otras personas, Monserrat Santaularia y Lorenzo Bravo Morcillo, mediante la intervención de sus conversaciones telefónicas, sin poner en conocimiento del Juez que autorizó la primera intervención telefónica los nuevos hechos descubiertos, presuntamente constitutivos de delito de cohecho, ocultando la policía igualmente, a los sucesivos Jueces que intervinieron, estos hechos y la fuente de conocimiento de los mismos, lo cual, además de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de los imputados, constituyó asimismo violación del derecho a un proceso con todas las garantías *ex* artículo 24.2 CE

En este sentido, las dos Sentencias del TEDH de 24 de abril de 1990 (casos *Huvig* y *Kruslin*) declararon que «el Tribunal no quita importancia en absoluto a varias de las garantías (de las garantías en las escuchas y otras formas de intervención de las conversaciones telefónicas), especialmente a la necesidad de una resolución de un Juez de instrucción, Magistrado independiente; a la inspección que efectúa sobre los miembros de la policía judicial y a la que puede sufrir, a su vez, él mismo por parte de la Sala de acusación, de los tribunales competentes para juzgar y, en su caso, del Tribunal de casación; a la exclusión de cualquier “ardid” o “engaño” que no consista en la mera intervención, sino en una “añagaza efectiva”, una “trampa” o una “provocación”; y a la obligación de respetar el carácter reservado de las relaciones entre el Abogado y el sospechoso o acusado».

Lo que ocurre —concluye el TEDH— es que «el Derecho francés, escrito o no escrito, no establece con suficiente claridad el alcance y los pro-

cedimientos de ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades públicas en esta materia», o, en otros términos, que «el sistema no proporciona hasta el momento la protección adecuada contra los posibles abusos». Por ello, en los casos Huvig y Krusling se consideró que había sido violado el artículo 8 del Convenio. La misma estimación merece el asunto que estamos ahora enjuiciando.

(Sentencia núm. 49/1996, de 26 de marzo. RA 534/1994, BOE de 27 de abril de 1996. Ponente: Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.)

Artículos 20.1 y 18.1

COLISIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE INFORMACIÓN CON DERECHO AL HONOR

En tal línea discursiva, cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, como ahora es el caso, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuera la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión «como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva» del uno o del «otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle» (STC 171/1990). De ahí que la vía de amparo no ya permita sino imponga, en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador, desde la sola perspectiva de la Constitución y limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado (art. 41.3 LOTC).

Ahora bien, cualquiera que fuere la condición de las personas involucradas como autores o víctimas en una información o en una crítica periódica, existe un límite insalvable impunemente. «No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el artículo 10.1 del texto fundamental» (STC 105/1990). En tal línea discursiva se hace obligado verificar si en este caso, partiendo sin vacilación alguna de la más amplia y deseable libertad de expresión, se extravasó el perímetro de tal derecho fundamental o, por el contrario, si su ejercicio ha podido legitimar de algún modo la conducta que por la Audiencia Provincial fue calificada, en el plano de la legalidad que es el suyo propio, como un delito de injurias graves, con escrito y con publicidad (arts. 457, 458.3 y 4 y 459 CP), donde se castiga cualquier «expresión proferida o acción ejecutada

en deshonra, descrédito o menosprecio de una persona», cuya antijuridicidad material protege el honor de las personas. Al efecto tenemos un dato, el bien jurídico protegido por esta norma y una incógnita, si las palabras y las imágenes utilizadas en relación con las víctimas del holocausto lo lesionan ilegítimamente.

La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución. Un uso de ella que niegue la dignidad humana, núcleo irreductible del derecho al honor en nuestros días, se sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional (SSTC 170/1994 y 76/1995). Un «cómico» como este, que convierte una tragedia histórica en una farsa burlesca, ha de ser calificado como libelo, por buscar deliberadamente y sin escrúpulo alguno el vilipendio del pueblo judío, con menosprecio de sus cualidades para conseguir así el desmerecimiento en la consideración ajena, elemento determinante de la infamia o la deshonra. Es claro, por lo dicho, que la Audiencia Provincial de Barcelona aplicó el tipo delictivo desde la perspectiva constitucional adecuada.

(Sentencia núm. 716/1995, de 11 de diciembre. RA 1.421/1992, BOE de 12 de enero de 1996. Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende.)

Artículo 20.1

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A COMUNICAR Y RECIBIR INFORMACIÓN

Una disección analítica de las normas de la Constitución antes invocadas, dentro de este contexto, pone de manifiesto que en ellas se albergan dos derechos distintos por su objeto y a veces por sus titulares. En efecto, en un primer aspecto, se configura la libertad de pensamiento o ideológica, libertad de expresión o de opinión, mientras en otro, se construye el derecho de información con un doble sentido, comunicarla y recibirla. El objeto allí es la idea y aquí la noticia o el dato. Esta distinción, fácil en el nivel de lo abstracto, no es tan nítida en el plano de la realidad donde —como otras semejantes, por ejemplo hecho y derecho— se mezclan hasta confundirse, aun cuando en éste no haya ocurrido así.

En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal Constitucional desde antiguo y ha intentado delimitar ambas libertades, a pesar de las dificultades que en ocasiones conlleva la distinción entre información de hechos y valoración de conductas personales, por la íntima conexión de una y otra, ya que «esto no empece a que cada una tenga matices peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico, impidiendo el confundirlas indiscriminadamente». Años después, insistíamos en la tesis de que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio en el cual deben incluirse también los juicios de valor. El

derecho a comunicar y recibir libremente información versa en cambio sobre hechos noticiables y aun cuando no sea fácil separar en la vida real aquélla y éste, pues la expresión de ideas necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, ésta incluye no pocas veces elementos valorativos, lo esencial a la hora de ponderar el peso relativo del derecho al honor y cualquiera de estas dos libertades contenidas en el artículo 20 de la Constitución es detectar el elemento preponderante en el texto concreto que se enjuicie en cada paso para situarlo en un contexto ideológico o informativo (STC 6/1988).

Es evidente que estos dos derechos o libertades no tienen carácter absoluto aun cuando ofrezcan una cierta vocación expansiva. Un primer límite inmanente es su coexistencia con otros derechos fundamentales, tal y como se configuran constitucionalmente y en las leyes que los desarrollan, entre ellos —muy especialmente— a título enunciativo y nunca *numerus clausus*, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Así se expresa el párrafo cuarto del artículo 20 de nuestra Constitución. Aquí la colisión se predica del derecho al honor, aun cuando como premisa mayor del razonamiento jurídico haya que esclarecer cuál de ambas libertades, trenzadas a veces inextricablemente, haya sido la protagonista, porque las consecuencias son muy diferentes en cada caso si se recuerda que además de los límites extrínsecos, ya indicados atrás y comunes para una y otra, la que tiene como objeto la información está sujeta a una exigencia específica.

Los titulares de este derecho subjetivo en que se traduce al lenguaje jurídico la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones, derecho fundamental además con una más intensa protección por tal naturaleza, sus sujetos activos, somos todos los ciudadanos, sin ceder a la tentación de identificar el fin y los medios, la función y sus servidores. Ahora bien, existen algunos cualificados, como son, en principio, los periodistas que prestan un trabajo habitual y retribuido, profesional, por tanto, en los medios de comunicación, como síntesis de la definición que encabeza el proyecto de Carta Europea. En tal sentido ha dicho este Tribunal que la protección constitucional de la libertad de expresión «alcanza un máximo nivel cuando... es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción» (STC 165/1987), donde se incluyen sus modalidades cinematográfica, radiofónica o televisiva, cuya actividad hemos calificado también como «función constitucional» (STC 76/1995) por formar parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia, según dijeron en 1812 las Cortes de Cádiz, para prevenir «la arbitrariedad de los que nos gobiernan».

Periodistas han de ser también los Directores de las publicaciones periódicas o agencias informativas, con derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico, tanto de redacción como de administración y publicidad, reverso negativo de la misión de mantener la orientación que se le asigna (arts. 34 y 37 Ley de Prensa). Pero no ter-

mina aquí el elenco. Viene a continuación el editor, que saca a la luz pública una obra, ajena por lo regular, valiéndose de la imprenta o cualquier otra modalidad de las artes gráficas, con un talante empresarial (arts. 16 y 5 Ley de Prensa), cuya facultad más importante, inherente a su condición, consiste en seleccionar los textos para publicarlos. Este grupo de personajes, más el impresor, son a su vez los eventuales autores de los delitos que se cometan por medio de la imprenta, grabado u otra forma mecánica de reproducción según indica el Código Penal vigente a la sazón (arts. 13 y 15), cuya constitucionalidad no hemos puesto nunca en entredicho.

(Sentencia núm. 176/1995, de 11 de diciembre. RA 1.421/1992, BOE de 12 de enero de 1996. Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende.)

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. DERECHO AL HONOR

Cuando con motivo del ejercicio de la libertad de expresión e información resulta afectado el derecho al honor, el órgano judicial está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias del caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente pudiera estar justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información, de suerte que si falta tal ponderación o resulta manifiestamente carente de fundamento se ha de entender lesionadas aquellas libertades (SSTC 104/1986, 107/1988, 51/1989, 201/1990, 214/1991 y 123/1992, y AATC 480/1986, 76/1987 y 350/1989).

En este contexto, y teniendo en cuenta, además, la distinta posición política de las partes dentro del Ayuntamiento, ha de analizarse si las expresiones vertidas en las declaraciones periodísticas por el actor han vulnerado o no el derecho al honor.

Según los criterios que se han ido perfilando en la jurisprudencia constitucional, la confrontación de los derechos entre la libre comunicación de información y la libertad de expresión, por una parte, y el derecho al honor por otra, ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la especial posición que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 CE ostentan los derechos a libertad de expresión e información del artículo 20.1 de la CE, en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública (SSTC 104/1986, 171/1990, 172/1990, 40/1992, 85/1992, 78/1995, 132/1995 y 176/1995) y alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información (SSTC 107/1988 y 240/1992).

Si bien la legislación penal otorga una amplia protección a la buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipi-

ficación de los delitos de injuria, calumnia y desacato, este Tribunal ha declarado reiteradamente (SSTC 159/1986, 107/1988, 51/1989, 20/1990, 15/1993, 336/1993, 136/1994, 42/1995, 78/1995 y 173/1995, entre otras) que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha matizado la problemática de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en que la conducta que incide en este derecho haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniurandi*, tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos. Y ello entraña que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que no se trata de establecer si el ejercicio de las libertades de información y de expresión ha ocasionado una lesión al derecho al honor penalmente sancionable, sino de determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la tipicidad o antijuridicidad; ello sólo se producirá, lógicamente, si el ejercicio de esas libertades se ha llevado a cabo dentro del ámbito delimitado por la Constitución y, más aún –y ello es de singular importancia en el caso enjuiciado– si su finalidad tiende a un mejor funcionamiento de los poderes públicos y a evitar irregularidades o disfunciones cuyo conocimiento pueda impedir conductas lesivas para la sociedad.

Pues bien, a la luz de la doctrina expuesta y de las consideraciones señaladas, aunque los órganos judiciales hayan efectuado una ponderación entre las libertades de expresión e información y otros bienes jurídicamente protegidos, como el honor y el principio de autoridad, ello no exime a este Tribunal de realizar su propia valoración respecto a la misma para comprobar si ha sido realizada de acuerdo con el valor que corresponde a cada uno de ellos. De ahí que, al encontramos ante una lesión de significación pública, haya de ponderarse frente a otros intereses públicos en juego, como es, necesariamente, el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [artículo 20.1 d) CE]. Libertad que, en el presente caso, debe prevalecer en tanto que la información transmitida no sea gratuita o notoriamente infundada y esté referida a asuntos públicos que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, puesto que las personas que ejercen funciones públicas, o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, deben soportar un cierto mayor riesgo de injerencia en sus derechos de la personalidad que las personas privadas (SSTC 107/1988, 171/1990, 15/1993, 136/1994 y 132/1995). Ello es así porque en la base de toda sociedad democrática está la formación de una opinión pública libre y plural que, en principio y salvo excepcionales limitaciones, puede tener acceso a la información que afecta al funcionamiento de las instituciones públicas. Y es precisamente en este plano del irregular funcionamiento de las instituciones públicas en el que se producen las declaraciones a la prensa del recurrente quien, como Concejal de la oposición, hizo hincapié en lo desfavorable del contrato para el Ayuntamiento, insinuando beneficios correlativos para los querellantes.

(Sentencia núm. 19/1996, de 12 de febrero. RA 3.327/1993, BOE de 18 de marzo de 1996. Ponente: Don Fernando García-Mon y González-Regueral.)

Artículo 20.1.d)

DERECHO A UNA INFORMACIÓN VERAZ

En efecto, reiteradamente ha declarado este Tribunal que la exigencia constitucional de la veracidad de la información, a que se refiere el artículo 20.1 d) CE, significa que el informador tiene un especial deber de contrastar las fuentes de la información en orden a comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones debidamente contrastadas, y empleando la diligencia media exigible a un profesional (por todas, SSTC 6/1988 y 105/1990). En el caso presente, el contenido literario del reportaje se ilustró con una fotografía en la que se identificaba con toda claridad la fachada del local en el que desempeña su actividad la mercantil «Luxury, S. A.», la cual –según reconocen los recurrentes– no estaba directamente implicada en la información, siendo un pretexto gráfico para acompañar el contenido de lo relatado por escrito. En la Sentencia del Tribunal Supremo (cuyos antecedentes de hecho no podemos revisar, sino tan solo el «juicio de ponderación»), tras el análisis detenido de los distintos materiales obrantes en autos, se razona que esa publicación conjunta de texto e imagen provoca en el receptor de la información la convicción de que la entidad objeto de tal fotografía es la protagonista de los hechos relatados en el reportaje por lo que, aunque estos fueren ciertos con carácter general, la información se convierte en inveraz al asociarse con la imagen de la entidad fotografiada.

Partiendo, pues, de la declaración de hechos probados efectuada por el juzgador de instancia, hemos de confirmar el juicio de ponderación entre el derecho «a comunicar información veraz» del artículo 20.1 d) CE y el derecho al honor de los artículos 18.1 y 20.4 CE efectuada por la Sentencia del Tribunal Supremo recurrida, pues, si bien el contenido de lo que se afirmaba en el reportaje no vulneró los límites constitucionales de la libertad de información (ya que, en términos generales, fue veraz y relevante), no podemos afirmar otro tanto en todo lo referente a la incorporación de la fotografía al reportaje, la cual al asociar el contenido de una información, en sí misma neutral, a una persona determinada, provoca en el lector la convicción de que la parte recurrida es autora de los hechos narrados, convirtiendo, así, en inveraz la noticia en todo lo referente a dicha autoría y ocasionando un ilegítimo sacrificio del derecho al honor de la demandada, toda vez que dicho elemento gráfico del reportaje con la perfecta y clara identificación del nombre de la discoteca no era necesario para la difusión de una información en la que se trataba de denunciar el consumo y tráfico de droga en locales frecuentados por la juventud y que, además, la falta de diligencia en la selección del mismo ocasionó

una intromisión ilegítima en el honor ajeno, susceptible de ser reparada por la vía de la LO 1/1982. Esta ponderación de los derechos fundamentales en conflicto realizada por el Tribunal Supremo, no puede considerarse contraria al contenido constitucionalmente declarado de los citados derechos fundamentales, por lo que, también en cuanto a este particular, la presente demanda de amparo ha de ser desestimada.

(Sentencia núm. 183/1995, de 11 de diciembre. RA 1.560/1994, BOE de 12 de enero de 1996. Ponente: Don Vicente Gimeno Sendra.)

DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN. VERACIDAD.

El sintético relato de las distintas argumentaciones que en este amparo se mantienen pone de relieve cómo la cuestión del presente recurso se ciñe a determinar si la publicación ahora objeto de litigio, puede considerarse «veraz» en los términos del artículo 20.1 d) CE. Desde la STC 6/1988, la «veracidad» se ha venido considerando un límite interno de la libertad de información (ATC 4/1993). Esta misma sentencia ha establecido la línea fundamental, seguida por nuestra jurisprudencia posterior, respecto de lo que por «veracidad» deba entenderse; y lo expresamos entonces del siguiente modo: «Cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a quien comunique como hechos simples rumores, o peor aún meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara en su conjunto la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible» (fundamento jurídico 5.º).

Así, pues, en un caso como el presente, el esfuerzo interpretativo, dadas las circunstancias, debe remitirse al concepto «deber de diligencia del informador». Deber de diligencia que la jurisprudencia constitucional ha ido dotando de unas pautas para su concreción en las que se combinan dos criterios distintos: Por un lado, el carácter de la información publicada; de otro, la concreta conducta del sujeto informador en relación con la fuente de la información (SSTC 172/1990, 219/1992, 240/1992, 178/1993, 15/1993, 336/1993, 41/1994 ó 22/1995).

En efecto, y por lo que hace a lo primero, los recurrentes sostienen que en el reportaje se da un tratamiento neutral a la información, bien en el sentido de que el periodista no hace suyas las manifestaciones del tercero, bien en el de que en el mismo se identifica, en todo momento, la fuente informativa. Frente a ello, la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial

mantiene que el artículo no posee tal carácter, dado que el periodista, por el modo en que ha expuesto la noticia, ha asumido la autoría de la misma.

Ciertamente la doctrina constitucional se ha referido al llamado «reportaje neutral» en aquellos casos en los que «no es posible calificar al medio mismo autor de la noticia» (STC 41/1994, fundamento jurídico 6.º). Es decir, «aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros que resultan ser atentatorias contra los derechos del artículo 18.1 CE» (STC 232/1993, fundamento jurídico 3.º). No obstante, también se ha dicho que «un reportaje de contenido neutral puede dejar de serlo, si se le otorga unas dimensiones informativas a través de las cuales el medio contradice de hecho la función de mero transmisor del mensaje» (STC 41/1994, fundamento jurídico 4.º).

En los supuestos de reportaje neutral, y esta es su más importante consecuencia, este Tribunal ha entendido que el deber de diligencia se cumple «con la constatación de la verdad del hecho de la declaración», pero no se extiende en principio a la constatación de la veracidad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible por lo general al autor de la declaración (STC 22/1995, fundamento jurídico 3.º, y en el mismo sentido STC 232/1993).

Dicho esto, y ocupándonos ya del deber de diligencia connatural a una información veraz, en nuestras SSTC 240/1992 y 178/1993 hemos declarado cómo este requisito «ha de cumplirse con especial intensidad cuando la noticia divulgada pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito de la persona a la que la información se refiere». Y este es también el grado de diligencia exigible al autor de la información que ahora examinamos, pues, como se acaba de constatar, el error de la noticia enjuiciada ha supuesto un grave descrédito para la persona del señor de Prado.

(Sentencia núm. 52/1996, de 26 de marzo. RA 2.703/1996, BOE de 27 de abril de 1996. Ponente: Don Pedro Cruz Villalón.)

DERECHO A COMUNICAR INFORMACIÓN VERAZ

Desde esta perspectiva, no es ocioso recordar que este Tribunal ha repetido en numerosas ocasiones que el contenido constitucional del artículo 20.1 d) CE consiste en suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, por lo que la protección constitucional de su reconocimiento se extiende únicamente a la información veraz (entre muchas otras, SSTC 6/1988, 20/1990, 105/1990, 133/1995).

De este modo, determinar qué debe entenderse por veracidad es de especial importancia para establecer si la conducta del informador responde al ejercicio de un derecho constitucional o si su actuación se sitúa fuera del campo de protección del mismo.

A este respecto, el Tribunal ha precisado que, en este contexto, la veracidad de la información no es sinónima de la verdad objetiva e incontestada.

ble de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto o, si se prefiere, de la especial diligencia a fin de contrastar debidamente la información. Por esta razón, en la STC 320/1994 (fundamento jurídico 3.^o) se declaró que la veracidad de lo que se informa «no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, bien meras invenciones o insinuaciones, sin comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente, aunque su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado».

No nos encontramos ante lo que este Tribunal ha denominado un reportaje neutral, pues el medio de comunicación, al transmitir esta información, no se limitó a desvelar la existencia de una investigación en curso o a reproducir asertos de otras personas suficientemente identificadas. Por el contrario, la revista hace suya una versión de los hechos en la que se parte de que el afectado ha sido intermediario en el referido secuestro, anticipando así peligrosas y graves conclusiones.

Vistas así las cosas, y de conformidad con la doctrina anteriormente expuesta sobre la exigencia de la veracidad, correspondía al medio de comunicación demostrar que la misma había sido obtenida y contrastada con un mínimo de diligencia en la verificación de su verosimilitud.

Sin embargo, de las actuaciones se desprende que este deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la noticia no fue acreditado ante los órganos judiciales ordinarios.

(Sentencia núm. 6/1996, de 16 de enero. RA 2.430/1996, BOE de 19 de febrero de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

DERECHO A LA COMUNICACIÓN DE INFORMACIÓN. VERACIDAD-COMPROBACIÓN

Una vez más se solicita a este Tribunal un amparo frente a una decisión judicial que dirime un conflicto entre el derecho al honor –art. 18.1 CE– y el que tiene por contenido la comunicación de información –art. 20.1 d) CE–. Quienes acuden en esta ocasión a esta jurisdicción son un periodista y la empresa editora para la que trabaja. Alegan que el correcto desempeño de su profesión y del principal derecho que lo garantiza les han acarreado una injusta condena por delito de calumnias. Las resoluciones judiciales que determinaron su responsabilidad penal consideraron, en cambio, que su conducta no podía entenderse cobijada en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información, puesto que a éste le había faltado el requisito de veracidad. De esta opinión son también la parte demandante en el procedimiento judicial, compareciente ahora, y el Ministerio Fiscal.

Forma parte ya del acervo jurisprudencial de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública (SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992, 22/1995). En el presente caso no se pone en cuestión el interés de la noticia, relativa al funcionamiento del servicio público de sanidad. El debate se centra en determinar la veracidad o no de la información contenida en el artículo controvertido de la revista «Interviú», vehículo delictivo para los órganos judiciales y manifestación legítima de un derecho constitucional para los demandantes de amparo. Procede, pues, recordar nuestra jurisprudencia relativa a la definición del mencionado concepto jurídico indeterminado, para después abordar su cotejo con el utilizado por las Sentencias impugnadas, al objeto de supervisar la adecuación constitucional de la ponderación judicial llevada a cabo (por todas, SSTC 107/1988, 143/1991, 40/1992, 178/1993).

En relación con el requisito de veracidad de la información, este Tribunal se ha cuidado en reiteradas ocasiones de rechazar tanto su identificación con el de objetividad (STC 143/1991, fundamento jurídico 6.^º), como su identificación con la «realidad incontrovertible» (STC 41/1994, fundamento jurídico 3.^º), que constreñiría el cauce comunicativo al acogimiento de aquellos hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados (STC 143/1991, fundamento jurídico 6.^º). «Cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas –o sencillamente no probadas en juicio– cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio» (STC 6/1988, fundamento jurídico 5.^º).

El concreto deber de diligencia del informador, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado, se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas (SSTC 6/1988, 171/1990, 219/1992, 41/1994, 136/1994, 139/1995). Su precisión, que es la del nivel de razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados, viene informada por los criterios profesionales de actuación periodística (SSTC

219/1992, fundamento jurídico 5.º; 240/1992, fundamento jurídico 7.º) y dependerá en todo caso de las características concretas de la comunicación de que se trate (STC 240/1992, fundamento jurídico 7.º). El nivel de diligencia exigible adquirirá «su máxima intensidad», en primer lugar, «cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere» (SSTC 240/1992, fundamento jurídico 7.º; 178/1993, fundamento jurídico 5.º), criterio al que se añade, en su caso, abundándolo, el del respeto al derecho de todos a la presunción de inocencia (STC 219/1992, fundamento jurídico 5.º), y al que se suma también, de modo bifronte, el de la «trascendencia de la información», pues, si bien ésta sugiere de suyo un mayor cuidado en la contrastación (así, SSTC 219/1992, fundamento jurídico 5.º; 240/1992, fundamento jurídico 7.º), apunta también a la mayor utilidad social de una menor angostura en la fluidez de la noticia.

No se detienen ahí los cánones a utilizar en la precisión de la frontera entre la actividad informativa y el derecho al honor. Constituye también criterio de modulación el de la condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado por la información, puesto que «los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidas a personajes públicos» (SSTC 171/1990, fundamento jurídico 5.º; 173/1995, fundamento jurídico 3.º).

Resulta, asimismo, relevante cuál sea el objeto de la información: si «la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia», o la transmisión neutra de manifestaciones de otro (STC 41/1994, fundamento jurídico 5.º; también SSTC 15/1993, fundamento jurídico 2.º, 336/1993, fundamento jurídico 7.º).

Otras circunstancias, finalmente, como destacaba la STC 240/1992, pueden contribuir a perfilar el comportamiento debido del informador en la búsqueda de la verdad: «el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.» (fundamento jurídico 7.º), especialmente en supuestos como el presente en los que los hechos sobre los que se informa están sometidos a un proceso judicial. Esta circunstancia no conlleva una ablación del derecho de información pero puede someterlo a condicionamientos específicos, como puede ser, por lo que aquí interesa, la exigencia de explicitar la pendencia del proceso o, en su caso, el resultado del mismo cuando se impute la

comisión de determinados delitos. La verdad histórica puede no coincidir con la verdad judicialmente declarada y este Tribunal ha reconocido el derecho a la información crítica de las resoluciones judiciales (STC 286/1993, fundamento jurídico 5.º), sin embargo, toda información que ponga en cuestión lo proclamado judicialmente, aparte de requerir una especial diligencia en la verificación de la información, debe respetar la inocencia judicialmente declarada o la presunción de inocencia previa a la condena judicial poniendo explícitamente de relieve la existencia de la resolución judicial o del proceso en curso.

(Sentencia núm. 28/1996, de 26 de febrero. RA 2.871/1993, BOE de 2 de abril de 1996. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.)

Artículo 20.2

CENSURA PREVIA

El ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la información no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás. Por ello, se veda cualquier interferencia y como principal, en este ámbito, la censura previa (art. 20.2), que históricamente aparece apenas inventada la imprenta, en los albores del siglo XVI y se extiende por toda Europa. En España, inicia esta andadura de libertad vigilada la Pragmática de los Reyes Católicos de 8 de julio de 1502, seguida por otras muchas a lo largo de tres siglos que se recogerán a principios del XIX en la Novísima Recopilación. Dentro de tal contexto histórico se explica que, poco después, la Constitución de 1812 proclamara la libertad «de escribir, imprimir y publicar ... sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación» (art. 371), interdicción que reproducen cuantas la siguieron en ese siglo y en el actual e inspira el contenido de la nunca derogada Ley de policía de imprenta de 26 de julio de 1883. Como censura, pues, hay que entender en este campo, al margen de otras acepciones de la palabra, la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales. La presión de ciudadanos o grupos de ellos para impedir esa difusión, aunque consiga obtener el mismo resultado, puede llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno, con relevancia penal en más de un caso y desde más de un aspecto, pero no «censura» en el sentido que le da la Constitución.

Tampoco encaja en este concepto la que a veces ha dado en llamarse «autocensura», utilizada en algunos sectores —la cinematografía o la prensa—, en algunos países o en algunas épocas para regular la propia actividad y establecer corporativamente ciertos límites. Más lejos aún del concepto constitucionalmente proscrito está la carga, con su cara y reverso de derecho-deber, que permite e impone a los editores y directores un examen o análisis de texto y contenidos, antes de su difusión, para com-

probar si traspasan, o no, los límites de las libertades que ejercen, con especial atención a los penales. Se trata de algo que, en mayor o menor grado, precede siempre a la conducta humana, reflexiva y consciente de que el respeto al derecho ajeno es la pieza clave de la convivencia pacífica. En tal sentido, hemos dicho ya que la «verdadera censura previa» consiste en cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido» (STC 53/1983). Por ello, el derecho de veto que al director concede el artículo 37 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 no puede ser identificado con el concepto de censura previa (SSTC 171/1990 y 172/1990). Tampoco lo es la autodisciplina del editor cuya función consiste en elegir el texto que se propone publicar, asumiendo así los efectos positivos o negativos, favorables o desfavorables de esa opción como puedan ser el riesgo económico y la responsabilidad jurídica.

(Sentencia núm. 176/1995, de 11 de diciembre. RA 1.421/1992, BOE de 12 de enero de 1996. Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende.)

Artículos 20.4, 18.1 y 18.3

DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN. DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

Una vez solventadas las objeciones procesales, queda el camino expedito para el tema conductor del amparo, cuyo soporte principal es el artículo 20 de la Constitución Española, que reconoce y protege los derechos «a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones» así como a «comunicar y recibir libremente información» a través de la palabra por de pronto y también a través de cualquier otro medio de difusión (art. 20 CE). Por su parte, el Convenio de Roma de 1950 les dedica su artículo 10, según el cual «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión», con aquellas dos subespecies, a cuya luz han de ser interpretadas las propias normas constitucionales relativas a los derechos y libertades fundamentales (art. 10 CE; SSTC 138/1992 y 176/1995).

Una disección analítica de las normas de la Constitución antes invocadas, dentro de este contexto, pone de relieve que en ellas se albergan dos derechos distintos siempre por su objeto, a veces por sus titulares y en algún aspecto por sus límites. Efectivamente, en un primer plano se configura la libertad de pensamiento o ideológica, libertad de expresión o de opinión, mientras en otro, se construye el derecho de información con una doble vía, comunicarla y recibirla. El objeto allí es la idea y aquí la noticia o el dato. Tal distinción, fácil en el nivel de lo abstracto, no es tan nítida en el plano de la realidad donde —como otras semejantes, por ejemplo, hecho y derecho— se mezclan hasta confundirse,

aun cuando aquí y ahora no ocurra así (STC 176/1995). Efectivamente, en este caso no cabe la menor duda de que el factor dominante es el informativo y que el planteamiento dialéctico tiene como uno de sus polos ese derecho a informar y a ser informado, según se mire por el emisor o por el receptor.

El ejercicio de este derecho no tiene otros límites que los fijados explícita o implícitamente en la Constitución, que son los demás derechos y los derechos de los demás, sin prevalencia apriorística de cualquiera de ellos y, por tanto, en un equilibrio inestable, sin que ninguno tenga carácter absoluto ni rango superior a los colindantes. Entre los derechos fundamentales que la norma constitucional enumera a título enunciativo y nunca como *numerus clausus*, se encuentra el que pone a buen recaudo la intimidad personal y familiar (art. 20.4 CE), con el que guarda un estrecho parentesco, por ser una de sus manifestaciones fenoménicas, el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial (arts. 18.1 y 3 CE), cuya interceptación, por tanto, significa «una grave injerencia» en aquél (STC 85/1984). Este derecho, en su vertiente positiva pero implícita, consagra la libertad de las comunicaciones y explícitamente su reserva. El concepto jurídico de lo secreto, visto desde tal perspectiva, tiene un carácter formal, hemos dicho, y abstracto en consecuencia, ya que «se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado». Por otra parte, cubre no sólo el mensaje sino también, en su caso, otros aspectos suyos y, entre ellos, la identidad de los interlocutores o los corresponsales. En definitiva, se pretende garantizar así la «impene-trabilidad de la comunicación» por terceros con eficacia *erga omnes*, tanto para los ciudadanos de a pie como para los agentes de los poderes públicos y abstracción hecha de la «dimensión material del secreto», lo que se transmite (STC 114/1984).

Este derecho fundamental así configurado se erige en el bien jurídico protegido por los artículos 192 bis y 497 bis del Código Penal, erigiéndose en lo que dio en llamarse antijuridicidad material. Apenas incorporados a ese *corpus iuris* por la LO 7/1984, de 15 de octubre, tuvimos ocasión de indicar que los antedichos tipos delictivos ponen el énfasis de la conducta ilícita en el verbo «interceptar», consistente en apoderarse del mensaje antes de que llegare a su destino o interrumpir una vía de comunicación. Por otra parte y desde su perspectiva instrumental, han de utilizarse «artificios para la escucha, grabación o reproducción» y, en cualquier caso, ha de producir «una injerencia exterior» de un tercero en la comunicación (STC 114/1984). Nada se dijo entonces sobre lo que fuera jurídicamente la telefonía, con sus modalidades tecnológicas, que es en este caso uno de sus aspectos principales y habrá de analizarse más adelante.

Una vez despejadas las dos incógnitas previas, que no eran sino la identificación de los derechos fundamentales en juego, el paso siguiente

habrá de ser la ponderación de uno y otro, en el ámbito de nuestra Constitución. Tal ponderación es, en su sustancia, una operación de lógica jurídica que, en principio, forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3). En efecto, tal potestad comprende, como premisa mayor, la selección de la norma jurídica aplicable al caso concreto, incluidas las que componen el acervo del Derecho derivado europeo por su eficacia directa y sin olvidar la dimensión temporal de unas y otras, así como su interpretación y la subsunción en ella de los hechos. Pues bien, esto que resulta inconcurso por haberlo dicho así, una y otra vez, este Tribunal, veda que actuemos aquí como una tercera instancia o como una supercasación, pero no coarta el ejercicio de nuestra propia perspectiva jurisdiccional (art. 123 CE).

En tal línea discursiva, cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, como ahora es el caso, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta concepción de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuera la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión «como acto del poder público, habrá de reputarse lesiva» del uno o del «otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle» (STC 171/1990). De ahí que la vía de amparo no ya permita sino imponga, en esta sede, el revisar la ponderación de los derechos colindantes hecha por el juzgador, desde la sola perspectiva de la Constitución y limitando nuestro enjuiciamiento a la finalidad de preservar o restablecer el derecho fundamental en peligro o ya lesionado (art. 41.3 LOTC).

(Sentencia núm. 34/1996, de 11 de marzo. RA 2.314/1992, BOE de 17 de abril de 1996. Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende.)

Artículo 24-1 CE

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. INCONGRUENCIA

Sentado lo anterior, procede que examinemos ya el motivo de amparo consistente en una supuesta vulneración del derecho del actor a la tutela judicial efectiva sin indefensión por falta de fundamentación suficiente del fallo condenatorio o por manifiesta incongruencia interna de la Sentencia recurrida.

De cuanto llevamos dicho se infiere que tal incongruencia es notoria y que, por consiguiente, ha de darse la razón al recurrente en su pretensión de nulidad de la Sentencia dictada en sede de apelación por haber vulnerado el derecho reconocido en el artículo 24.1 CE

La presencia de tan acusada contradicción deja, sin embargo, latente la duda de lo que el órgano judicial *ad quem* quiso en verdad decir, pues

a la vista está que dejó pasar de manera consciente la excelente oportunidad que el demandante de amparo le brindó para aclararlo. Descartada por completo, dada su irracionalidad, la posibilidad de que el sentido de su decisión fuera el que literalmente se desprende de los términos utilizados en la Sentencia recurrida —esto es, que pese a considerar que no había prueba de cargo suficiente, confirmaba la Sentencia dictada en instancia—, el problema es el de averiguar si la Sala entendió que la abundante prueba practicada no era bastante para fundamentar la culpabilidad del recurrente respecto de los hechos por los que había sido condenado en instancia, en cuyo caso la equivocación residiría en el fallo, o si, por el contrario, el error estaría en el fundamento jurídico primero y lo que habría intentado expresar es que, a la vista de que hubo en el proceso prueba de cargo suficiente, procedía la confirmación del fallo condenatorio pronunciado por el Juez *a quo*.

Semejante disyuntiva no puede ser resuelta en esta vía de amparo constitucional ya que, conforme hemos declarado en similares ocasiones (por todas, SSTC 14/1984 y 16/1993), «este Tribunal no está en condiciones de prejuzgar la causa del error ni le compete, sino que debe limitarse a la apreciación de lo que objetivamente resulta de la Sentencia que se impugna. Y ello porque la Sentencia fue firmada por los Magistrados que la dictaron, lo que significa que, a la vista de la evidente discordancia entre la fundamentación y el fallo, sólo la Sala que deliberó y votó la resolución está en condiciones de determinar si lo incorrecto es el fallo o lo es la fundamentación». En consecuencia, no procede que entremos en el examen del segundo de los motivos de amparo aducidos en el presente recurso, consistente en una pretendida vulneración del derecho del actor a la presunción de inocencia —cuya fundamentación en la demanda estaría, por lo demás, estrechamente ligada a la aceptación de lo que con el primero de dichos motivos se combate, a saber, que el órgano judicial de apelación quiso efectivamente decir que no obstante la ausencia de prueba de cargo suficiente confirmaba el fallo condenatorio dictado en instancia—, sino que para restablecer al demandante de amparo en la plenitud de su derecho a la tutela judicial efectiva, una vez constatado que la conjunción en la Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de junio de 1993 de tales fallo y fundamentación da como resultado una resolución incompatible con las exigencias del mencionado derecho, basta con decretar su nulidad, al tiempo que se ordena retrotraer las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior a aquél en que fue dictada a fin de que la Sala dicte una nueva Sentencia conforme a dicho derecho fundamental.

(Sentencia núm. 170/1995, de 20 de noviembre. RA 2.337/1993, BOE de 28 de diciembre de 1995. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DERECHO A LOS RECURSOS

Constituye doctrina consolidada de este Tribunal que el acceso a los recursos previstos por la Ley integra el contenido propio del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 CE (por todas, SSTC 145/1986, 154/1987, 78/1988, 274/1993). Pero también se ha declarado que este derecho constitucional queda garantizado mediante una resolución judicial que, aunque inadmita el recurso, tenga su fundamento en una aplicación e interpretación fundadas de la norma a cuyo cumplimiento se condiciona el ejercicio del medio de impugnación. La interpretación y aplicación de las reglas que regulan el acceso a los recursos legalmente establecidos es, pues, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria cuyo conocimiento compete exclusivamente a los Jueces y Tribunales integrados en el Poder Judicial (art. 117.3 CE), a quienes corresponde precisar el alcance de las normas procesales y, más en concreto, la concurrencia de los presupuestos que condicionan la admisión de los recursos. Únicamente cuando se deniegue el acceso al recurso de forma inmotivada, manifiestamente arbitraria, o sea consecuencia de un error patente, existe una lesión constitucionalmente relevante del citado derecho fundamental, siendo sólo entonces posible la revisión de la decisión judicial en esta sede (SSTC 164/1990, 192/1992, 148/1994, 255/1994, 55/1995, entre otras).

(Sentencia núm. 179/1995, de 11 de diciembre. RA 2.313/1993, *BOE* de 12 de enero de 1996. Ponente: Don Carlos Vives Pi-Sunyer.)

INDEFENSIÓN

En estas circunstancias, el juicio de este Tribunal debe limitarse a comprobar, tras el examen de las actuaciones, y conforme a nuestra muy reiterada jurisprudencia: 1.º Que la decisión fue efectivamente adoptada *inaudita parte*, siendo indiferente que tal indefensión se haya producido sólo en segunda instancia, pues también en ésta ha de preservarse el derecho constitucional de defensa (SSTC 102/1987 y 196/1992, por todas); 2.º Que ello no ocurrió por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable al ahora recurrente (SSTC 112/1987, 251/1987 y 66/1988, entre otras muchas); 3.º Que la ausencia de posibilidad de defensa le depará un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos (STC 367/1993, por todas); 4.º Por último, y dado que la indefensión alegada nace de una defectuosa notificación, que el recurrente no tuviera conocimiento por otros medios del recurso contra él planteado (STC 227/1994), bien entendido que no le es exigible que pruebe dicha ignorancia, dada la imposibilidad de probar un hecho negativo (STC 56/1992). En definitiva, nos encontramos una vez más en presencia de una supuesta actuación judicial que ha causado indefensión, por lo que basta comprobar la realidad de estos elementos para decidir sobre la viabilidad del amparo solicitado.

(Sentencia núm. 178/1995, de 11 de diciembre. RA 1.866/1993, *BOE* de 12 de enero de 1996. Ponente: Don Julio Diego López Campos.)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DERECHO A LA DEFENSA. INCONGRUENCIA. CONDENA A TUTELA DE RESPONSABLE CIVIL DIRECTO QUE NO FUE SOLICITADA

Es constante nuestra jurisprudencia en el sentido de que la incongruencia, entendida como un desajuste entre el fallo judicial y las pretensiones deducidas por las partes, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede llegar a constituir igualmente una vulneración con relevancia constitucional del derecho a la tutela judicial sin indefensión, siempre que tal desviación suponga una alteración decisiva de los términos del debate procesal, «sustrayendo a las partes el verdadero debate contradictorio propuesto por ellas, con merma de sus posibilidades y derecho de defensa y produciéndose un fallo o parte dispositiva no adecuado o no ajustado sustancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes» (STC 91/1995, fundamento jurídico 4.º, que en estos términos recoge la doctrina sentada en las SSTC 8/1989, 58/1989, 211/1989, 95/1990, 144/1991, y 125/1993, entre otras), constituyendo en definitiva una posible causa de lesión del derecho de defensa (SSTC 109/1985 y 1/1987, entre otras). Y también es constante, de otra parte, nuestro entendimiento de la completa compatibilidad entre la exigencia de congruencia y el principio *iura novit curia*, de modo que desde una perspectiva constitucional no es exigible que los órganos judiciales ajusten sus razonamientos a las alegaciones que sobre las normas realicen las partes, sino que la lesión del derecho fundamental dependerá de la adecuación o inadecuación apreciable entre el objeto del proceso, delimitado tanto por sus elementos subjetivos –partes– como objetivos –causa de pedir y *petitum*–, y el fallo o parte dispositiva de la Sentencia (STC 112/1994, fundamento jurídico 7.º, y 172/1994, fundamento jurídico 2.º).

Aplicando al supuesto aquí enjuiciado la doctrina que acabamos de recoger, no son precisos amplios esfuerzos argumentativos para sentar la conclusión de que el pronunciamiento de una condena de responsabilidad civil directa en contra de la entidad empleadora de los que fueron denunciados como autores de un ilícito penal, y absueltos como tales, sin que nadie pretendiera tal cosa, excede de los límites que impone el derecho a no quedar en indefensión.

En efecto, pese a que en el texto del recurso de apelación llega a afirmarse que «el guardabarreras y la propia RENFE son responsables directos y no circunstanciales», frase en la que se apoya el Ministerio Fiscal para deducir que la condena como responsable civil directo de RENFE fue pretendida por el perjudicado, el contexto en el que se enmarca tal frase –que se refiere a las circunstancias fácticas del caso, y no al título de imputación de quien es objeto de la denuncia penal, el primero, y empleadora del mismo, la segunda– y sus propios términos literales, altamente imprecisos –pues no se alcanza a comprender qué relevancia puede tener la «circunstancialidad» o no de tal responsabilidad–, desmienten la posi-

bilidad de que fuera siquiera imaginable que tal pretensión existiera. Máxime si el suplico del recurso de apelación explícitamente solicita la condena de RENFE como responsable subsidiaria.

En estas condiciones, devendrá racionalmente imposible para la entidad recurrente en amparo prever que fuera posible su condena como responsable civil «directa» por un ilícito penal del que resultan absueltos aquéllos por cuyos actos responde. Como tampoco cabe justificar por el principio *iura novit curia* el que, pretendida por la víctima del accidente la condena como responsable civil subsidiaria de la recurrente en amparo, el órgano juzgador decida condenarla como responsable directa, pues ambos tipos de responsabilidad sólo pueden fundar pretensiones distintas y, consiguientemente, es inapropiada su equiparación. No se trata pues, frente a la opinión del Ministerio Fiscal, de que el órgano enjuiciador califique jurídicamente la causa de pedir de modo discordante a la propuesta y debatida por las partes, sino que concede una pretensión distinta a la formulada por el recurrente en apelación, variando así, sin debate contradictorio, el objeto del proceso. Si la víctima del accidente, debidamente asistida de Letrado, hubiera pretendido establecer la responsabilidad civil directa de RENFE, nada le impedía acudir a la vía procesal civil que tan juiciosamente le reservara la Sentencia del Juzgado de Instrucción. Pero ejercitado su derecho a denunciar y a acusar en el juicio de faltas, las consecuencias en el orden civil para la demandante de amparo del ilícito penal de sus empleados dependían, legalmente, de su responsabilidad penal, siendo ésto, justamente, lo pretendido en el recurso de apelación del perjudicado. Por ello, pronunciada la absolución penal, la decisión añadida sobre extremos ajenos al conocimiento del órgano jurisdiccional y adoptada sin debate procesal vulneró en este caso el derecho de defensa de la recurrente, pues no le era posible al juzgador otorgar cualquier cosa, en el concreto ámbito civil a que se refiere este pronunciamiento, sin haberse producido previamente ningún tipo de debate contradictorio sobre los hechos que pudieran dar lugar a la responsabilidad civil directa de RENFE, ni, menos todavía, sobre lo que no fue pedido en el proceso.

(Sentencia núm. 189/1995, de 18 de diciembre. RA 2.302/1993, BOE de 24 de enero de 1996. Ponente: Don Julio Diego González Campos.)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Este Tribunal tiene señalado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial, protegido por el artículo 24.1 CE, entendido como derecho a una resolución jurídicamente fundada, implica integrar en el contenido de esa garantía constitucional el derecho del justiciable a conocer las razones de las decisiones judiciales; de tal manera que la motivación de

las Sentencias es una consecuencia necesaria de la propia función judicial y de su vinculación a la Ley, existiendo un derecho del justiciable a exigirla, al objeto de poder contrastar su razonabilidad para ejercitar, en su caso, los recursos judiciales, y, en último término, para oponerse a las decisiones arbitrarias que resulten lesivas del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 116/1986, 55/1987, 36/1989, 34/1992 y 192/1994, entre otras).

La aludida falta de motivación es patente en el presente caso, pues de la lectura de la sentencia impugnada se desprende con nitidez que no contiene un razonamiento jurídico sobre las alegaciones planteadas por la actora. La cuestión no es que exista un defecto cuantitativo de la motivación que, además, no es revisable en esta sede constitucional, al no existir un derecho a una determinada extensión de la motivación judicial y debiendo limitarse este Tribunal a comprobar si el razonamiento que contiene la resolución judicial impugnada constituye, lógicamente y jurídicamente, suficiente motivación de la decisión adoptada, cualquiera que sea su brevedad y concisión (SSTC 174/1987, 75/1988, 184/1988, 14/1991, 175/1992), incluso en supuestos de motivación por remisión (SSTC 146/1990, 27/1992, 150/1993), sino en la absoluta falta de motivación.

Si, junto a la falta de motivación, se comprueba la imposibilidad de su reparación en la vía jurisdiccional ordinaria, ha de afirmarse la existencia de una indefensión material y, en consecuencia, una vulneración del derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva (SSTC 77/1986, 116/1986, 279/1993, 289/1994).

(Sentencia núm. 191/1995, de 18 de diciembre. RA 3.618/1993, BOE de 24 de enero de 1996. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. INCONGRUENCIA

Determinada así la vulneración ex artículo 24.1, no sería necesario seguir analizando el resto de las quejas planteadas por la actora. No obstante, conviene recordar que es doctrina consolidada de este Tribunal que la incongruencia de las decisiones judiciales, entendida como una discordancia manifiesta entre lo que solicitan las partes y lo que se concede en aquéllas, concediendo más, menos o cosas distintas de lo pedido, puede llegar a vulnerar el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 CE, tanto por no satisfacer tal pronunciamiento la elemental exigencia de la tutela judicial, que es la de obtener una sentencia fundada sobre el fondo del asunto sometido al órgano judicial, como por provocar indefensión, ya que la incongruencia supone, al alterar los términos del debate procesal, defraudar el principio de contradicción (SSTC 20/1982, 14/1984, 156/1988, 228/1988, 125/1989, 39/1991, 144/1991, 88/1992, 44/1993 y 125/1993, por todas).

Ahora bien, para que la incongruencia –y más en concreto, la llamada incongruencia por *extra petitum*, que es la que se denuncia en este caso– tenga relevancia constitucional se precisa realmente que el desajuste entre lo resuelto por el órgano judicial y lo planteado en la demanda o en el recurso sea de tal entidad que pueda constatarse con claridad la existencia de indefensión, y, por ello, la incongruencia requiere que el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema que no esté incluido en las pretensiones procesales, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido (STC 311/1994, por todas). Esto es, cabalmente, lo que también se denuncia en el presente caso, y lo que cabe deducir de las actuaciones.

(Sentencia núm. 191/1995, de 18 de diciembre. RA 3.618/1993, BOE de 24 de enero de 1996. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: INCONGRUENCIA

En orden a la pretendida lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por incongruencia omisiva de las resoluciones judiciales, que no habrían resuelto las alegaciones del recurrente relativas a la infracción por el Centro Penitenciario de los artículos 15 y 130.4 RP, hay que señalar lo siguiente: la incongruencia omisiva es un vicio procesal consistente en omitir respuesta judicial a las pretensiones de la parte adecuadamente planteadas, lo que constituiría una vulneración de aquel derecho fundamental (SSTC 14/1984, 177/1985, 142/1987, 69/1992, 88/1992, 169/1944, entre otras), vulneración que, no obstante a la luz de la más reciente jurisprudencia constitucional sobre el tema, no cabe apreciar cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita (por todas, SSTC 4/1994 y 169/1994), aunque no se haya pronunciado sobre todas las alegaciones concretas, o no se haya dado una respuesta pormenorizada, siempre que se resuelvan las pretensiones formuladas (SSTC 14/1985, 29/1987, 169/1994, entre otras).

De acuerdo con los principios en que se inspira la doctrina de este Tribunal, lo definitivamente importante es si el silencio parcial de una resolución respecto de un tema debatido sitúa a la parte en indefensión y esto sucede siempre que resulta imposible o especialmente dificultoso descubrir las razones en que la desestimación se basa. De ahí el rechazo que en general, han de merecer las desestimaciones tácitas porque el artículo 120.3 de la C.E no contiene sólo una exigencia formal sino que supone la obligación de motivación que trasciende del formalismo para constituirse en elemento esencial de la propia construcción de las Sentencias penales. Ahora bien, a la luz de la doctrina expuesta ha de entenderse que el silencio del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria respecto a las esgrimidas infracciones del Reglamento Penitenciario carece de

trascendencia constitucional en la medida en que el recurrente no basa en tales alegaciones una pretensión diferente a la de anulación de la sanción impuesta, por lo que la desestimación de ésta puede razonablemente entenderse como una desestimación de dichas alegaciones concretas. Por último, la lesión denunciada no puede derivarse del solo uso por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de impresos en los que se fueron llenando mecanografiadamente los huecos en blanco, pues la utilización de impresos, aunque no aconsejable, no es en sí misma constitucionalmente lesiva siempre y cuando se observen todas las garantías cuyo respeto viene exigido por el derecho a la tutela judicial efectiva.

(Sentencia núm. 195/1995, de 19 de diciembre. RA 2.072/1994, BOE de 24 de enero de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

MOTIVACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

(Vid. Sentencia núm. 14/1996, de 29 de enero, sobre *Derecho a la libertad* –art. 17.1 CE–.)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. CUESTIONES PREJUDICIALES

Hemos tenido ocasión de declarar que el necesario respeto al principio de independencia judicial resta, como regla general, relevancia constitucional a estas posibles contradicciones entre resoluciones dictadas por Tribunales integrados en órdenes jurisdiccionales distintos, sin que sea misión de este Tribunal el establecer unificación alguna al respecto (STC 31/1995, entre otras). Por ello, sin dejar de reconocer los inconvenientes que pueden derivarse de «la posibilidad de que se produzcan sobre los mismos intereses Sentencias contradictorias, en cierta medida, a causa de una determinada interpretación judicial de un sistema legal que establece la concurrencia de dos órdenes jurisdiccionales distintos» (SSTC 70/1989, 116/1989, 171/1994), hemos sostenido la legitimidad desde la perspectiva constitucional del instituto de la prejudicialidad no devolutiva (SSTC 24/1984, 62/1984, 171/1994), «como vía para permitir el conocimiento en su integridad de asuntos complejos (en los que se entrecruzan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos) por un solo orden jurisdiccional, cuando el conocimiento de estas cuestiones resulta instrumental para resolver sobre la pretensión concretamente ejercitada, y a los solos efectos del propio proceso» (STC 171/1994).

Así, pues, no existiendo norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un concreto orden jurisdiccional el conocimiento de una cuestión prejudicial, «corresponde a cada uno de ellos, en el ejercicio independiente de la potestad que les confiere el artículo 117.3 CE, decidir si se han cumplido o no los presupuestos de las pretensiones que ante ellos

se ejercitan» (SSTC 70/1989, 116/1989, 171/1994). Como regla general, carece, pues, de relevancia constitucional que puedan alcanzarse resultados contradictorios entre decisiones provenientes de órganos judiciales integrados en distintos órdenes jurisdiccionales, cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado bajo ópticas distintas unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues, en estos casos, «los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador» entre los diversos órdenes jurisdiccionales (SSTC 158/1985, 70/1989, 116/1989).

Ahora bien, con ser cierto lo anterior, tampoco lo es menos que hemos afirmado que no todos los supuestos de eventuales contradicciones entre resoluciones judiciales emanadas de órdenes jurisdiccionales distintos, carecen de relevancia constitucional, pues ya desde la STC 77/1983, tuvimos ocasión de sostener que «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», lo que sucede cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas, sino que reside precisamente en que «unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el artículo 9.3 de la CE Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el artículo 24.1 de la CE» (SSTC 62/1984, 158/1985). Así, pues, resulta también constitucionalmente legítimo que el ordenamiento jurídico establezca, en algunos supuestos, a través de la prejudicialidad devolutiva, la primacía o la competencia específica de una jurisdicción sobre otra, para evitar que aquel efecto, indeseado desde la perspectiva constitucional, llegue a producirse (STC 158/1985).

De esta forma, cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el Tribunal competente pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad, el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos existan y dejen de existir respectivamente en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos éstos esenciales del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE.

(Sentencia núm. 30/1996, de 26 de febrero. RA 400/1994, BOE de 2 de abril de 1996. Ponente: Don Vicente Gimeno Sendra.)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. CUESTIÓN PREJUDICIAL ADMINISTRATIVA

Como ya se manifestó en la STC 30/1996, de la lectura de las correspondientes alegaciones se pone de relieve, en aquella Sentencia y en ésta, la existencia de una cuestión prejudicial administrativa, cuyo desconocimiento ha sido decisivo en la irrogación al recurrente de una pena privativa de libertad.

Por ello se ha sostenido la legitimidad desde la perspectiva constitucional del instituto de la prejudicialidad no devolutiva (SSTC 24/1984, 62/1984, 171/1994) «como vía para permitir el conocimiento en su integridad en asunto complejos (en los que se entrecruzan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), por un solo orden jurisdiccional, cuando el conocimiento de estas cuestiones resulta instrumental para resolver sobre la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos del propio proceso» (STC 171/1994).

Como se indica en la STC 30/1996, ya citada, «no todos los supuestos de eventuales contradicciones entre resoluciones judiciales emanadas de órdenes jurisdiccionales distintos, carecen de relevancia constitucional, pues ya desde la STC 77/1983, tuvimos ocasión de sostener que «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», lo que sucede cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas, sino que reside precisamente en que «unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el artículo 9.3 CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el artículo 24.1 de la CE» (SSTC 62/1984 y 158/1985). Así, pues, resulta también constitucionalmente legítimo que el ordenamiento jurídico establezca, en algunos supuestos, a través de la prejudicialidad devolutiva, la primacía o la competencia específica de una jurisdicción sobre otra, para evitar que aquel efecto, indeseado desde la perspectiva constitucional, llegue a producirse (STC 158/1985)».

De esta forma, cuando el ordenamiento jurídico impone la necesidad de deferir al conocimiento de otro orden jurisdiccional una cuestión prejudicial, máxime cuando del conocimiento de esta cuestión por el Tribunal competente pueda derivarse la limitación del derecho a la libertad, el apartamiento arbitrario de esta previsión legal del que resulte una contradicción entre dos resoluciones judiciales, de forma que unos mismos hechos exis-

tan y dejen de existir, respectivamente, en cada una de ellas, incurre en vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por cuanto la resolución judicial así adoptada no puede considerarse como una resolución razonada, fundada en Derecho y no arbitraria, contenidos éstos esenciales del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE.

(Sentencia núm. 50/1996, de 26 de marzo. RA 2.528/1994, *BOE* de 27 de abril de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. CUESTIÓN PREJUDICIAL ADMINISTRATIVA

Finalmente, resta por analizar la aducida infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto la resolución recurrida habría incurrido en lo que el demandante de amparo denomina «contradicciones internas», que la convertirían en «irrazonablemente comprensible», que tendrían su origen en el desconocimiento, por parte del órgano sentenciador, de la ejecutoriedad de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que reconoció al actor el derecho a obtener la homologación del título.

Pues bien, como ya afirmamos en el fundamento jurídico 4. de la citada STC 30/1996, la resolución impugnada en amparo, en cuanto desconoce la existencia de una cuestión prejudicial administrativa, decisiva en la imposición de una pena privativa de libertad al recurrente, incurre en arbitrariedad y resulta contraria al artículo 24.1 CE. En efecto, cabe estimar vulnerado el referido derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues en el momento de emitirse el pronunciamiento por parte del órgano penal se encontraba pendiente un proceso contencioso-administrativo de cuyo resultado dependía la integración de la conducta prevista en el artículo 321 del Código Penal, toda vez que a través de él y por el órgano jurisdiccional competente para dicho pronunciamiento se había de determinar si el recurrente tenía derecho o no a que se le expediera el «correspondiente título oficial reconocido por Convenio Internacional», elemento típico del injusto del artículo 321 que, en la esfera del proceso penal, se debió de haber revelado como una cuestión prejudicial que, por ser determinante de la culpabilidad o inocencia del acusado, merece ser calificada como devolutiva y, por tanto, enmarcada en el artículo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tratándose, pues, de una cuestión prejudicial devolutiva con respecto a la cual se había incoado ya el pertinente proceso contencioso-administrativo, es claro que, de conformidad con lo dispuesto en dicha norma procesal, el Tribunal no podía extender a este elemento del tipo su competencia, cual si de una mera cuestión incidental no devolutiva del artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se tratara. Lo que pudo haber hecho es, bien haber reconocido valor prejudicial vinculante a la Sentencia de la

Audiencia Nacional, bien, al menos, haber suspendido el procedimiento penal hasta tanto hubiera ganado firmeza dicha sentencia, pero, en cualquier caso, lo que nunca debió haber hecho, sin infringir el derecho a la tutela, es haber ignorado los efectos prejudiciales de aquella sentencia, violentando su pronunciamiento, pues la potestad jurisdiccional del artículo 117.3 CE no es incondicionada, sino que ha de efectuarse con arreglo a las normas de competencia entre los distintos órganos jurisdiccionales y de procedimiento preestablecidas.

(Sentencia núm. 91/1996, de 27 de mayo. RA 364/1993, BOE de 21 de junio de 1996. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. CITACIÓN POR EDICTOS

En relación con la cuestión de fondo que plantea el recurrente, este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho de defensa, incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que reconoce el artículo 24 de la CE, garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en un procedimiento en el que se respeten los principios de contradicción e igualdad de armas procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa y de evitar la indefensión (SSTC 167/1992, 103/1993, 316/1993, 317/1993, 334/1993 y 108/1994, entre otras muchas).

Para lograr esta plena efectividad del derecho de defensa se ha señalado, también, que el artículo 24.1 de la CE contiene un mandato implícito de excluir la indefensión propiciando la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos, lo que obliga a los órganos judiciales a procurar el emplazamiento o citación personal de los demandados, siempre que sea factible, asegurando de este modo que puedan comparecer en el proceso y defender sus posiciones frente a la parte demandante (SSTC 9/1981 y 37/1984), por lo que el recurso a los edictos, al constituir un remedio último para los actos de comunicación procesal de carácter supletorio y excepcional, requiere el agotamiento previo de los medios de comunicación ordinarios, que ofrecen mayores garantías y seguridad de recepción para el destinatario, y la convicción, obtenida con criterios de razonabilidad, del órgano judicial que ordene su utilización, de que al ser desconocido el domicilio e ignorado el paradero del interesado, resultan inviábiles o inútiles los otros medios de comunicación procesal (SSTC 156/1985, 36/1987, 157/1987, 171/1987, 141/1989, 242/1991, 108/1994 y 180/1995).

En estas circunstancias, el juicio de este Tribunal debe limitarse a comprobar, tras el examen de las actuaciones, y conforme a muy reiterada jurisprudencia: 1.º Que la decisión fue efectivamente adoptada *inaudita parte*.

2.º Que ello no ocurrió por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable al ahora recurrente (SSTC 112/1987, 251/1987 y 66/1988, entre otras muchas). 3.º Que la ausencia de posibilidad de defensa le deparó un perjuicio real y efectivo en sus derechos e intereses legítimos (STC 367/1993, por todas). 4.º Por último, y dado que la indefensión alegada nace de una defectuosa notificación, que el recurrente no tuviera conocimiento por otros medios del procedimiento contra él seguido. En definitiva, nos encontramos una vez más en presencia de una supuesta actuación judicial que ha causado indefensión, por lo que basta comprobar la realidad de estos elementos para decidir sobre la viabilidad del amparo solicitado.

(Sentencia núm. 82/1996, de 20 de mayo. RA 953/1993, BOE de 21 de junio de 1996. Ponente: Don Carlos Viver Pi-Sunyer.)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. INDEFENSIÓN

El recurrente en recurso de apelación contra sentencia dictada en juicio de faltas fue emplazado para que se personara ante la Audiencia Provincial en el término de quince días –plazo previsto en el artículo 942. LECrim. y no en el de diez días establecido en el art. 795 LECrim.–, lo que le indujo a pensar que su recurso iba a seguir los trámites de la LECrim. y se le abriría un período de instrucción seguido de vista. Por el contrario, la Sala acordó no celebrar vista, por considerarse instruido. El auto resolutorio formulado no guarda relación alguna con el objeto del debate.

El Tribunal Constitucional acordó otorgar el amparo por falta de tutela judicial efectiva por indefensión.

(Sentencia núm. 77/1996, de 20 de mayo. RA 2.377/1993, BOE de 21 de junio de 1996. Ponente: Don Fernando García-Mon y González-Regueral.)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. INCONGRUENCIA OMISIVA

Este Tribunal, desde su STC 20/1982, ha venido elaborando un cuerpo de doctrina acerca del vicio de incongruencia en las resoluciones judiciales y, en lo que se refiere a la incongruencia omisiva, en múltiples ocasiones ha reiterado que no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del artículo 24.1 CE o, por el contrario, puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 175/1990, 198/1990, 88/1992, 163/1992, 226/1992, 101/1993, 169/1994, 91/1995, 143/1995, etc.). Y a estos efectos se ha acentuado la importancia de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (SSTC 95/1990, 128/1992, 169/1994, 91/1995, 143/1995, etc.). Respecto a las primeras, no

sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones, siendo necesario para poder apreciar una respuesta tácita –y no una mera omisión– que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita.

La aplicación de la doctrina constitucional reseñada al supuesto que se analiza determina la procedencia de la estimación de la queja denunciada. Los actores en el recurso de apelación por ellos formulado no sólo mantenían la inexistencia de un delito de alzamiento de bienes, sino también su discrepancia con la Sentencia condenatoria en cuanto les atribuía, a su juicio indebidamente, la condición de comerciantes con la consiguiente agravación de la pena. Es precisamente la aplicación del subtipo agravado del artículo 519 del CP lo que combatieron los apelantes en el fundamento jurídico 3.º de su recurso de apelación. En él consideran inaplicable dicha agravación porque la póliza obtenida del banco era simplemente un préstamo personal «y se estaba operando para una actividad personal de carácter totalmente particular, desprovista por tanto del carácter de comerciante tal como el Tribunal Supremo viene exigiendo para este tipo penal. A tales efectos véase sentencia de 13 de febrero de 1992 del Tribunal Supremo».

Pues bien, la Sentencia de la Audiencia prescinde en absoluto de este motivo de la apelación. No hay razonamiento alguno en ella que permita entender que el silencio judicial sobre esta importante materia, atinente a la agravación de la pena, pueda interpretarse como la desestimación tácita de ese motivo de la apelación. La cita en él de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la exigencia de que se trate de operaciones mercantiles las que originen la deuda y no sólo la condición de comerciantes de los deudores, exigía –aunque fuera por remisión a lo razonado en la Sentencia de instancia– una contestación por parte de la Audiencia. Al no hacerlo así y quedar totalmente desprovista de fundamentación la desestimación de lo alegado en ese extremo de la apelación, la Sentencia impugnada incide en la incongruencia omisiva denunciada por los recurrentes.

(Sentencia núm. 58/1996, de 15 de abril. RA 3.093/1993, BOE de 21 de mayo de 1996. Ponente: Don Fernando García-Mon y González-Regueral.)

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Conviene subrayar, por tanto, que la existencia real de una fundamentación jurídica de la sentencia se vincula directamente con el artículo 24.1

CE, consiguientemente, puede ser controlada por este Tribunal, con más rigor cuando están en juego otros derechos fundamentales. Tal posibilidad de control no supone una ampliación de competencia de la jurisdicción constitucional que la transforme en una instancia casacional, apta para valorar, no ya la existencia de una argumentación, sino su acierto en la interpretación de la legalidad ordinaria –la cual no se garantiza en esta vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 174/1987, fundamento jurídico 2.^o)–. La esencia del control a desarrollar por este Tribunal es, pues, comprobar la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución, exteriorizada en la argumentación jurídica de la misma.

A través de la motivación el juzgador hace público el proceso intelectual de aplicación de la ley. Conviene recordar que cuando nos movemos en el ámbito de la imposición o ejecución de las penas, junto al artículo 24 CE, aparecen o pueden aparecer afectados el derecho a la libertad –art. 17 CE– y los derechos fundamentales y principios constitucionales que se derivan del artículo 25 de la norma fundamental. La importancia de tales derechos y principios en juego, así como exigencias de seguridad jurídica y de respeto al principio de legalidad, imponen muy estrictos límites al aplicador del Derecho en el desarrollo de su tarea interpretativa. Por ello en el ámbito penal está vedada la interpretación analógica y la aplicación extensiva de las normas jurídicas (SSTC 159/1986, 133/1987, 111/1993 y 34/1996), es decir aquella que pretenda interpretar la norma según el sentido total del ordenamiento jurídico o que se aparte del tenor literal posible del precepto interpretándolo de una manera imprevisible. A lo que se une que la afectación de los derechos de libertad requiere una motivación suficiente (SSTC 90/1990, 233/1991 y 126/1991, entre otras).

(Sentencia núm. 112/1996, de 24 de junio. RA 289/1994, BOE de 29 de julio de 1996. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.)

Artículo 24.1 y 2, CE

INDEFENSIÓN. DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA NECESARIOS PARA SU DEFENSA

Es constante la doctrina de este Tribunal con relación al artículo 24.2, concretamente del derecho a la prueba (SSTC 150/1988, 9/1989, 26/1989, 33/1989, entre otras), afirmándose que podrá sustentarse el amparo en una denegación de prueba que haya provocado indefensión. En este caso, la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y a demostrar en el proceso los propios derechos y, en su manifestación más trascendente, es la situación en la que se impide a una parte, por el órgano judicial, en el curso del proceso, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de su potestad de alegar y, en su caso, justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, o para replicar dialécticamente las

posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción.

En diversas ocasiones este Tribunal ha reconocido las interrelaciones existentes entre la indefensión contemplada en el artículo 24.1 CE y el derecho a los medios de prueba, y ha entendido como incluida dentro de los medios de defensa, cuya privación o desconocimiento puede constituir indefensión, la posibilidad de aportación de medios de prueba, habiendo afirmado que «la relación entre el derecho a las pruebas e indefensión, marca el momento de máxima tensión de la eventual lesión del derecho (STC 51/1985). De este modo, la denegación de pruebas en determinadas circunstancias, pudiera haber «provocado indefensión» (STC 116/1983). De acuerdo con esta doctrina la denegación de prueba también puede ser protegida constitucionalmente al amparo del artículo 24.1 CE, aunque en tal caso, su examen ha de realizarse desde la sola perspectiva de la indefensión, y por ello, desde una visión global de la posibilidad que la parte, hoy recurrente en amparo, haya tenido de ejercer sus derechos de defensa (STC 89/1986).

(Sentencia núm. 25/1996, de 13 de febrero. RA 1.681/1994, BOE de 18 de marzo de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

CITACIÓN

Según reiterada doctrina de este Tribunal, de todos los preceptos que las leyes procesales dedican a los actos de comunicación con las partes, y aun de los que se ocupan de los medios de impugnación dirigidos a remediar los vicios *in procedendo*, se advierte que el propósito del legislador es, ante todo, conferir a aquéllos las garantías necesarias para la defensa de sus derechos e intereses, de modo que la citación sirva a su objetivo de que, dando noticia suficiente del acto o resolución que la provoca, sirva para que el citado pueda disponer lo conveniente para defender en el proceso los derechos e intereses cuestionados, por cuanto de faltar tal acto de comunicación, o adolecer de nulidad equivalente a su falta, el interesado podría verse imposibilitado para ejercer los medios legales suficientes para su defensa (SSTC 156/1985, 68/1986, 171/1987 y 194/1988, entre otras). La citación, en definitiva, no cumple sus objetivos cuando por causa ajena al destinatario, no llega a su conocimiento.

(Sentencia núm. 25/1996, de 13 de febrero. RA 1.681/1994, BOE de 18 de marzo de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

Artículo 24.2 CE

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DERECHO AL HONOR.

Es cierto que, como declaramos en la STC 109/1986 (fundamento jurídico 1.º la presunción de inocencia tiene también una dimensión extra-

procesal y constituye —como se dice en dicha Sentencia— «el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo». Pero esta dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, no constituye por sí misma un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los artículos 10 y 18 CE, de tal modo que ha de ser la vulneración de estos preceptos y, señaladamente del artículo 18, lo que sirva de base a su protección a través del recurso de amparo. Porque, para decirlo en pocas palabras, la presunción de inocencia que garantiza el artículo 24.2 CE, alcanza el valor de derecho fundamental susceptible del amparo constitucional, cuando el imputado en un proceso penal, que ha de considerarse inocente en tanto no se pruebe su culpabilidad, resulte condenado sin que las pruebas, obtenidas y practicadas con todas las garantías legal y constitucionalmente exigibles, permitan destruir dicha presunción. En los demás casos relativos al honor y a la dignidad de la persona, que no son una presunción sino una cualidad consustancial inherente a la misma, serán los derechos consagrados en el artículo 18 CE los que, por la vía del recurso de amparo, habrán de ser preservados o restablecidos; y no —como se pide en la demanda— por vulnerar las resoluciones impugnadas la presunción de inocencia que, en modo alguno, puede ser dañada por la admisión de la cuestión de prejudicialidad penal por ellas acordada.

(Sentencia núm. 166/1995, de 20 de noviembre. RA 1.132/1993, BOE de 28 de diciembre de 1995. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. INDICIOS

Hemos de recordar la doctrina de este Tribunal en torno a la presunción de inocencia. Tenemos dicho desde la STC 31/1981, que la presunción de inocencia está explícitamente incluida en el ámbito del amparo, y que corresponde al Tribunal Constitucional estimar si dicha presunción *iuris tantum* ha quedado desvirtuada. Estimación que ha de hacerse con respeto al principio de libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal penal y a la propia configuración del recurso de amparo.

Este Tribunal ha considerado admisible la prueba indiciaria siempre que con base en un hecho plenamente acreditado, pueda inferirse la existencia de otro por haber entre ambos un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano mediante un proceso mental razonado. Se trata pues, de una operación lógica consistente en un razonamiento inductivo, cuyo discurso ha de reflejarse en la Sentencia (SSTC 174/1985, 175/1985, 217/1989, 40/1990 y 93/1994).

(Sentencia núm. 182/1995, de 11 de diciembre. RA 4221/1994, BOE de 12 de enero de 1996. Ponente: Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.)

DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES

Este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, que consiste en que esas pruebas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal, no implica la pérdida de la potestad judicial para declarar la impertinencia de las mismas, de tal modo que, al igual que la parte debe alegar y fundamentar la trascendencia y la relevancia de la prueba, también debe el Juez o Tribunal explicitar su juicio negativo a la admisión de la prueba (SSTC 147/1987, 50/1988). El artículo 24.2 CE permite que un órgano judicial inadmita un medio probatorio propuesto, sin que ello lesione el referido derecho fundamental, que no obliga, pues, al Juez a admitir todos los medios probatorios que la parte estime pertinentes, sino aquellos que el juzgador valore libre y razonadamente como tales (SSTC 52/1989, 65/1992, 233/1992, 206/1994). En este sentido, la pertinencia de la prueba propuesta, que delimita la adecuación de los medios probatorios, corresponde a los órganos judiciales competentes en cada proceso, de manera que este Tribunal sólo puede revisar esta valoración si la decisión denegatoria de la prueba es infundada o bien si su motivación es incongruente, arbitraria o irrazonable (SSTC 52/1989, 65/1992, 233/1992).

(Sentencia núm. 181/1985, de 11 de diciembre. RA 3.206/1993, BOE de 12 de enero de 1996. Ponente: Don Pedro Cruz Villalón.)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

(Vid. Sentencia núm. 181/1985, de 11 de diciembre, sobre *Secreto de las comunicaciones telefónicas* –art. 18.3 CE–.)

DERECHO A LA PRUEBA

Conforme a lo establecido en el artículo 131 b) RP, el interno reproducido en el recurso contra el Acuerdo sancionador la proposición de una de las pruebas cuya práctica le fue denegada en su momento por el Director del Centro Penitenciario, en concreto solicitó la declaración del interno que presenció los hechos, no obteniendo contestación por parte del órgano judicial, que en sus Autos omite cualquier consideración al respecto. Este silencio se alega en la demanda de amparo también como causa de lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, aunque dicho motivo del recurso afectaría en primer término al derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrado en el artículo 24.2 CE.

Dado que este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto al contenido y ámbito de aplicación del derecho presuntamente lesionado, la reflexión necesaria para decidir el presente motivo del amparo, ha de comenzar por una breve referencia a la doctrina constitucional sobre el contenido y ámbito de aplicación del derecho fundamental en juego.

Ya desde la STC 18/1981 viene declarando reiteradamente este Tribunal que las garantías procesales establecidas en el artículo 24.2 CE, y en concreto las relativas al derecho de defensa, presunción de inocencia y a la actividad probatoria, son aplicables no sólo en el proceso penal, sino también en los procedimientos administrativos sancionadores con las maticaciones que resultan de su propia naturaleza, en cuanto ambos no son sino manifestaciones de la potestad punitiva del Estado (SSTC 2/1987, 212/1990, 145/1993, 297/1993, 97/1995, entre otras), habiendo precisado este Tribunal que «tratándose de sanciones disciplinarias impuestas a internos penitenciarios, este conjunto de garantías se aplica con especial rigor, al considerar que la sanción supone una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de una pena» (SSTC 74/1985, 2/1987, 297/1993, 97/1995, entre otras). Tampoco resulta gratuito insistir en el relevante papel que en nuestro sistema penitenciario tiene encomendado el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a quien corresponde no sólo «resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias» [art. 76.2 e) LOGP y artículo 94 LOPJ], sino, en general, «salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueden producirse» (art. 76.1 LOGP).

Asimismo, según consagrada jurisprudencia constitucional, el derecho a la prueba, soporte esencial del derecho de defensa, no implica la pérdida de la potestad del órgano decisor para declarar su impertinencia, si bien debe éste explicitar razonadamente su juicio negativo sobre la admisión de la misma (SSTC 94/1992, 297/1993, 97/1995, entre otras muchas). En el presente caso, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de La Coruña no sólo no motivó la desestimación de la prueba propuesta en momento procesal oportuno, sino que guardó un absoluto silencio sobre tal petición, con lo que vulneró tan importante garantía del derecho de defensa. En contra de lo alegado por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado no puede interpretarse la ratificación del Acuerdo sancionador como una remisión a las razones esgrimidas en dicho acto administrativo para denegar la prueba solicitada, pues la propuesta de prueba constituía una pretensión autónoma y claramente diferenciada de la de anulación de la sanción, por lo que requería del órgano judicial una respuesta expresa, que, sólo en el caso de haberse producido y de ser denegatoria, podría haberse motivado mediante la técnica de la remisión. A ello hay que añadir que no cabe excluir la relevancia que en las resoluciones judiciales impugnadas pudieron haber tenido los hechos que el actor pretendía probar, pues aunque éste acepta que protestó ante el cambio de celda, discrepa en que los términos y tono en que su reclamación se produjo permitieran calificarla como una falta grave de respeto y consideración a la autoridad tipificada en el artículo 109 a) del RP, habiéndose mantenido dentro de los límites de una legítima protesta ante una orden que el interno consideraba arbitraria.

De lo expuesto ha de deducirse que el silencio del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria acerca de la propuesta de prueba lesionó los derechos fundamentales del recurrente, consagrados en el artículo 24 CE, a la tutela judicial efectiva y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, por lo que procede la estimación del motivo del amparo analizado.

(Sentencia núm. 195/1995, de 19 de diciembre. RA 2.072/1994, BOE de 24 de enero de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

DERECHO AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY

Es doctrina consolidada de este Tribunal, como recuerda el Ministerio Público en su escrito de alegaciones, que el derecho al Juez predeterminado por la ley, que reconoce el artículo 24.2 CE, exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad a la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (por todas, STC 47/1983). Todas esas circunstancias se cumplen sin reparo alguno en el caso presente y, de hecho, la queja de los recurrentes se circunscribe a manifestar su discrepancia con la interpretación de la legalidad procesal efectuada de forma motivada y no arbitraria por los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, ni las cuestiones relativas a la atribución de competencias entre órganos judiciales afectan al derecho al Juez predeterminado por la ley (SSTC 49/1983 y 76/1992), ni puede este Tribunal revisar la interpretación de la legalidad procesal realizada por los órganos jurisdiccionales cuando, como ahora es el caso, ésta no puede ser considerada como ilógica o arbitraria (STC 37/1995). No se atisba, pues, lesión alguna del derecho fundamental invocado, por lo que la queja de amparo debe ser, en este extremo, desestimada.

(Sentencia núm. 6/1996, de 16 de enero. RA 2.430/1996, BOE de 19 de febrero de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DOCTRINA GENERAL. ACTUACIONES SUMARIALES

Se invoca también la presunción de inocencia, que guarda relación con el elemento más importante del tipo penal, la culpabilidad, configurada también como principio por esa importancia, elemento subjetivo que marca la frontera de la vindicta, aunque sea colectiva, con la justicia que comporta el Derecho Penal como tal Derecho. Pues bien, un paso más en esa evolución, configurado —éste sí— como uno de los principios cardinales del *ius puniendi* contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal, es aquel que proclama la presunción de que toda persona acusada de una infracción es inocente mientras no se demuestre lo contrario. Aun cuando

no sea una creación *ex nihilo*, ya que inspiraba la entera estructura de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal desde 1881, ha recibido un vigor inusitado por obra y gracia de su inclusión en el artículo 24 CE, cuya interpretación –según indica el artículo 10 del mismo texto– ha de hacerse a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los demás tratados internacionales sobre la materia ratificados por España, como lo fue en 1979 el de Roma (1950), sin olvidar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Nueva York). Su lectura pone de manifiesto que el principio antes enunciado sintéticamente ofrece mayor complejidad si se observa que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y predeterminado por la ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 de aquel Convenio).

Entre los múltiples aspectos de este concepto polifacético hay una, procesal, que consiste en desplazar el *onus probandi*, con otros efectos añadidos. En tal sentido, hemos dicho ya que la presunción de inocencia comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias: 1.^a la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabolica* de los hechos negativos; 2.^a sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; 3.^a de dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, y 4.^a la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración. Son palabras de nuestras SSTC 76/1990, 138/1992 y 102/1994.

Desde tal perspectiva, el acervo probatorio reunido en el acto del juicio oral es variado y consistente, habiéndose utilizado distintos medios, documentales, periciales y testificales, sin que su enumeración aquí pretenda un paralelismo con la secuencia real y su enumeración se hace con un criterio encaminado a conseguir la mayor claridad en la exposición. Un elemento importante para apoyar la tesis de la defensa fue el documento que contenía un informe de «Tresur», aportado en estrados y admitido por el Juez. Por otra parte, se recibió declaración a cuatro testigos y depuso el propio acusado como tal, teniendo así la oportunidad de ofrecer su versión de los hechos y, por lo tanto, explicar su tesis exculpatória. Atención aparte merece el dictamen que el Director provincial de Telefónica en Almería había evacuado en fase de instrucción, propuesto y admitido como prueba pericial para el juicio, aun cuando su autor no compareciera por haberse excusado la víspera, sugiriendo que se llamara en su lugar al Jefe provincial de Ingeniería. Lo sucedido fue comunicado a la acusación y a la

defensa nada más abrirse el acto, dándose lectura al dictamen ya emitido, sin que los Abogados formularan objeción alguna. En este punto, conviene hacer un alto en el camino para dejar bien claro que a lo largo del juicio y según se fueron practicando las distintas pruebas en la forma que se ha narrado, estuvieron sometidas a la crítica de las partes y, en su caso, al interrogatorio cruzado en audiencia pública. Fueron respetados, pues, los principios procesales de contradicción, intermediación y publicidad de los debates judiciales, que es también una exigencia constitucional.

Pues bien, la circunstancia de que el Director provincial de Telefónica en Almería no compareciera al acto de juicio ni, por ello, ratificara el contenido de su informe no puede ocultar el hecho de que era conocido y pudo ser criticado, como lo fue, en el acto de la vista, sin que nadie negara su autenticidad. Así, pues, en la práctica de esta prueba también resultaron satisfechas las garantías constitucionalmente exigidas que permiten otorgar a cada medio de prueba la fuerza de convicción necesaria y suficiente para desvirtuar, en su caso, la presunción de inocencia, máxime si a ese primer informe se le añade el dictamen rendido en los estrados judiciales por otro perito tan cualificado o más, si se hace caso al anterior. Este Tribunal Constitucional ha explicado, desde su STC 31/1981, que únicamente pueden darse por buenas las pruebas practicadas en el juicio oral, con posibilidad de debate contradictorio y en presencia del juzgador, para conseguir así, en su caso, la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados mediante el contacto directo con los elementos utilizados. La instrucción previa, se llame diligencias o de cualquier otro modo, tiene una naturaleza análoga, si no idéntica, a la del sumario y, como éste, su finalidad consiste en la averiguación del delito y la identificación de su autor, siendo su función procesal la preparación del juicio oral (art. 299 LECrim.). Ahora bien, lo dicho no significa que las actuaciones sumariales (en sentido amplio) e incluso las policiales carezcan de eficacia probatoria. No cabe negarles tal eficacia para desvirtuar la presunción de inocencia si fueron obtenidas con las garantías que la Ley y la Constitución exigen y son reproducidas en el acto de la vista con posibilidad de contradicción por la defensa del acusado (SSTC 80/1986, 82/1988 y 137/1988).

(Sentencia núm. 34/1996, de 11 de marzo. RA 2.314/1993, BOE de 17 de abril de 1996. Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende.)

DERECHO A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA

El derecho a la defensa es exactamente el antídoto de la tacha más grave que puede enervar la efectividad de la tutela judicial hasta hacerla desaparecer, la indefensión, y a su vez actúa como cabecera o capitular de otros derechos que le siguen en el mismo texto constitucional. Uno de ellos, y uno de los más importantes, «el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa», inseparable de éste. Su configuración,

que tiene asiento propio en las Leyes de Enjuiciamiento y muy especialmente en la Civil, por su función supletoria, diseña una secuencia en la que son fases sucesivas, aun cuando no siempre necesarias, el recibimiento a prueba, a instancia de la parte o de oficio por el Juez cuando así se permita, la proposición de los distintos medios de prueba y la admisión o rechazo, que implica un juicio sobre la pertinencia, la práctica y, en fin, su valoración. Lo dicho pone de manifiesto, por la misma fuerza del relato, que es siempre posible una respuesta judicial negativa en cualesquiera de esas etapas y, por tanto, que existiendo un derecho genérico a la prueba, no se traduce sin embargo en un derecho absoluto y automático a ella, en todos los procesos y en cualquiera de sus grados, sea cual fuere el medio propuesto y lo que se pretenda probar.

Ahora bien, desde una perspectiva formal, el litigante tiene la carga, en su acepción procesal, de explicar razonadamente no sólo la conexión de cada prueba con el objeto procesal sino su importancia para la decisión del pleito, en cuyo doble aspecto reside la pertinencia, por venir a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio. Una exigencia simétrica impone al juzgador la obligación de razonar también, en su caso, la inadmisión o la impertinencia, sin cuya motivación tales decisiones podrían incurrir en arbitrariedad y, por tanto, quebrantar el derecho fundamental en cuestión. Aquí se plantea una vez más la tensión dialéctica entre la independencia del Poder Judicial, titular de la función jurisdiccional y la salvaguarda de las garantías constitucionales que nos corresponde, tal y como se diseña en el artículo 123 de nuestra Constitución. Pues bien, el contenido de la potestad de juzgar extiende su ámbito no sólo a la premisa mayor, en una metáfora silogística ajena por lo demás a la esencia del razonamiento jurídico. También le corresponde la determinación del presupuesto de hecho —premisa menor— cuya subsunción en la norma desencadenará el pronunciamiento final o conclusión. Para fijar lo sucedido con significación jurídica se arbitran los medios de prueba que regulan, desde una óptica sustantiva el Código Civil y desde la procesal la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en este caso. En tal sentido, hemos dicho tantas veces que excusa toda cita, que corresponde al juzgador decidir sobre la admisibilidad de cada tipo de prueba según su naturaleza y su relación con cuanto se intenta verificar, adecuación e idoneidad con reflejo en la admisibilidad y pertinencia. Una vez que la respuesta a estas incógnitas previas sea positiva, la práctica ha de guardar las formas que garanticen su pureza, con respeto al principio de contradicción como requisitos no sólo de su validez sino también de su eficacia probatoria, a la hora de la valoración en conciencia por el Juez, libertad de valoración cuyo norte han de ser las reglas de la sana crítica que en definitiva nos ponen en el terreno del sentido común guiado por la experiencia profesional.

Lo dicho lleva a la conclusión de que es intangible en esta sede la denegación razonada de la prueba pericial que se propuso, a cargo del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos de Telecomunicaciones de Madrid, por

redundante, ya que su objeto (características técnicas y funcionamiento de la telefonía móvil automática, posibilidad de audición mediante un receptor de radio multibanda de los mensajes emitidos desde un teléfono móvil y grado de publicidad o reserva de la frecuencia utilizada) era el mismo de otro dictamen emitido a propuesta del Fiscal y del propio acusado, así como del informe que éste aportó en el transcurso del juicio y fue admitido, aun cuando como prueba documental. La explicación de la impertinencia así declarada es suficiente, atendida la oralidad del acto, y guarda coherencia en su armazón lógica, sin asomo de arbitrariedad, no siendo función propia de este Tribunal enmendar la plana, en tales casos, a los órganos judiciales, que produciría una interferencia perturbadora de su independencia, consagrada constitucionalmente.

(Sentencia núm. 34/1996, de 11 de marzo. RA 2.314/1992, BOE de 17 de abril de 1996. Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende.)

PRINCIPIO ACUSATORIO

Este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que, en virtud del principio acusatorio, «nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria» (STC 11/1992), pues el derecho a ser informado de la acusación «es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa» en el proceso penal (STC 141/1986) y su vulneración puede entrañar un resultado material de indefensión prohibido por el artículo 24.1 CE (SSTC 9/1982 y 11/1992).

En esta misma línea hemos declarado también que el reconocimiento que el artículo 24 CE efectúa de los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a ser informados de la acusación y a un proceso con las debidas garantías supone, considerados conjuntamente, que en todo proceso penal el acusado ha de conocer la acusación contra él formulada en el curso del proceso para poder defenderse de manera contradictoria frente a ella, y que el pronunciamiento del Juez o Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal y como han sido formulados en las pretensiones de la acusación y la defensa, lo cual significa, entre otras cosas, que ha de existir siempre una correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia (SSTC 54/1985, 41/1986, 57/1987 y 17/1988).

En nada se opone al principio acusatorio el que el órgano judicial, en aplicación del Derecho objetivo y a la vista de la prueba practicada, condenara a uno de los recurrentes no como autor sino como inductor del delito de usurpación de funciones; y lo mismo debe afirmarse del silencio que el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal guardó acerca de la concurrencia en el caso de la indicación terapéutica contemplada en el artículo 417 bis I.1 CP, pues ésta, como es bien sabido, cons-

tituye una causa de justificación cuya concurrencia y prueba, en contra de lo sostenido por los demandantes, no corresponde a la acusación sino a la defensa que es quien la alega.

(Sentencia núm. 36/1996, de 11 de marzo. RA 161/1993, *BOE* de 17 de abril de 1996. Ponente: Don Fernando García-Mon y González-Regueral.)

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En lo que respecta a la supuesta lesión del derecho a la presunción de inocencia la reiterada doctrina de este Tribunal ha declarado, entre otros extremos, relativos a su contenido, que el referido derecho fundamental comporta, en primer lugar, la necesidad de que toda condena penal vaya precedida de una válida actividad probatoria de cargo practicada en el juicio oral con la observancia de las garantías procesales (SSTC 105/1986, 44/1987) y, en segundo lugar, la asunción de la carga de dicha prueba inculminatoria por parte de la acusación, de manera que en los supuestos en que ésta no es válidamente ejercida la única solución constitucionalmente posible es la absolución del acusado (SSTC 62/1985, 109/1986, 145/1987).

El hecho, sin embargo, de que la valoración de la actividad probatoria desplegada en el proceso penal constituya una facultad soberana de los órganos judiciales ordinarios determina que, en los recursos de amparo donde se invoca el derecho a la presunción de inocencia, debemos limitarnos únicamente a comprobar si se ha producido o no, con las garantías legalmente establecidas, la actividad probatoria de la que pueda deducirse la culpabilidad del acusado (SSTC 105/1986, 169/1986, 44/1987, 177/1987 y 217/1989).

Por lo demás, la supuesta falta de prueba acerca de la concurrencia en el caso de la causa de justificación prevista en el artículo 417 bis 1.1 CP, como antes se declaró de forma expresa, tampoco es susceptible de provocar ninguna vulneración del derecho a la presunción de inocencia de los recurrentes pues, dada su naturaleza exculpatoria, es a éstos, y no a la acusación, a quienes hubiera correspondido asumir la carga de su prueba.

(Sentencia núm. 36/1996, de 11 de marzo. RA 161/1993, *BOE* de 17 de abril de 1996. Ponente: Don Fernando García-Mon y González-Regueral.)

Sobre la presunción de inocencia hemos dicho en reiteradas ocasiones que la función de este Tribunal consiste en verificar si ha existido una actividad probatoria suficiente de la que pueda deducirse la culpabilidad de alguien. Constituye una exigencia indispensable, para la tutela del derecho, que la Sentencia condenatoria se funde en verdaderas pruebas, practicadas en el juicio oral con las debidas garantías procesales, pruebas que puedan racionalmente considerarse de cargo y de las que resulte la culpabilidad de los acusados (SSTC 31/1981, 5/1988, 25/1985, 100/1985, 31/1987, entre otras muchas).

Nuestra jurisprudencia ha establecido también una prohibición absoluta de valoración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, de modo que los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales (SSTC 114/1984, 107/1985, 64/1986, 80/1991, 85/1994). La interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE).

Para decirlo con palabras de la STC 114/1984, «constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 CE), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 CE), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo artículo 24.2 CE, pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido» (fundamento jurídico 5.º).

La ineficacia probatoria de las escuchas telefónicas inconstitucionalmente obtenidas, con vulneración de los derechos fundamentales, arrastra también a las pruebas logradas a partir de las pruebas prohibidas, según tenemos dicho en STC 85/1994 (fundamentos jurídicos 3.º y 4.º).

(Sentencia núm. 49/1996, de 26 de marzo. RA 534/1994, BOE de 27 de abril de 1996. Ponente: Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.)

DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

(Vid. Sentencia núm. 49/1996, de 26 de marzo, sobre *Intervenciones telefónicas* –art. 18.3 CE–.)

DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

En cuanto a la alegación de la vulneración del derecho al Juez imparcial, de acuerdo con el artículo 24.2 CE hay que señalar lo siguiente: Dos Magistrados que habían intervenido ya en la fase de instrucción, pues estimaron el recurso de apelación interpuesto contra los autos del Juzgado de Instrucción por los que se decidió archivar las diligencias penales prime-

ro, de manera provisional y después, definitivamente, ordenando la tramitación correspondiente, formaron parte del Tribunal juzgador.

La decisión de la Sección se tomó a petición de la acusación particular que recurrió los autos del Instructor, lo que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal en ATC 220/1989, citado por el Ministerio Fiscal, no comprometía su imparcialidad.

(Sentencia núm. 50/1996, de 26 de marzo. RA 2.528/1994, *BOE* de 27 de abril de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

DILACIONES INDEBIDAS

Este Tribunal viene precisando repetidamente al respecto (por todas, STC 301/1994) que la expresión constitucional «dilaciones indebidas» (art. 24.2 CE) constituye un «concepto jurídico indeterminado», lo que por su imprecisión exige examinar cada supuesto concreto a la luz de determinados criterios que permitan verificar si ha existido efectiva dilación y si ésta puede considerarse justificada, porque tal derecho no se identifica con la duración global de la causa, ni aún siquiera con el incumplimiento de los plazos procesales; y también ha señalado que es necesario denunciar previamente el retraso o dilación, con el fin de que el Juez o Tribunal pueda reparar –evitar– la vulneración que se denuncia; de forma que la pretensión de amparo no puede prosperar si previamente no se ha dado oportunidad al órgano judicial de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esa denuncia previa no significa un simple requisito formal, sino una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el artículo 24.2 CE, por la cual, poniendo de manifiesto al órgano judicial su inactividad, se le da oportunidad y ocasión

(Sentencia núm. 100/1996, de 11 de junio. RA 758/1994, *BOE* de 12 de julio de 1996. Ponente: Don Alvaro Rodríguez Bereijo.)

DERECHO A LA DEFENSA

Ante todo, ha de reseñarse la constante doctrina de este Tribunal (por todas, STC 186/1990, fundamento jurídico 5.º) en orden a que «... el artículo 24 CE, en cuanto reconoce los derechos a la interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado los principios de contradicción e igualdad, lo que impone la necesidad de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible, y que dicho acceso lo sea en condición de imputada, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en fase de instrucción judicial, situaciones de indefensión. Y por ello, el Juez instructor, tras efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determina-

da, cualquiera que sea la procedencia de ésta, deberá considerarla imputada, con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye para permitir su autodefensa y una efectiva y equilibrada contradicción ...», pues, como también se ha señalado (STC 273/1993, fundamento jurídico 2.º, *in fine*) «... se impone la necesidad de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputada, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en la fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión...». Desde esta primera perspectiva se constata la existencia de una irregularidad procesal en las actuaciones penales que se examinan, consistente en la falta de traslado y notificación al querellado de la interposición y admisión de la querrela criminal formulada contra el mismo, en la forma que expresamente dispone el artículo 118.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ahora bien, la constatación de tal omisión procesal –merecedora, sin duda, de reproche desde esa perspectiva procesal– no dota por sí misma de contenido y relevancia a la queja planteada, desde la perspectiva constitucional que ahora nos ocupa, pues la finalidad de aquella comunicación judicial se encuentra precisamente en la información acerca de la situación o condición real en que se encuentra el querellado en la causa, para que éste pueda ejercitar su derecho de defensa y sin que se produzca una real indefensión material como consecuencia del desconocimiento de su verdadera condición. De tal manera que, como también se ha afirmado por este Tribunal (STC 135/1989, fundamento jurídico 3.º) «... Es el instructor quien debe efectuar una provisional ponderación de aquella sospecha contra persona determinada, y sólo si la considera verosímil o fundada... deberá considerar a ésta como imputada, poner en su conocimiento la imputación y permitirle o proporcionarle la asistencia de Letrado (...) pues (...) es necesario reconocer al Juez instructor un razonable margen de apreciación en el reconocimiento de la condición de imputado a quien se atribuya la comisión de un hecho punible en cualquier actuación sumarial (...) advirtiendo que el órgano instructor no deberá retrasar el otorgamiento de tal condición ni prevalerse de un consciente retraso para interrogarle en condición de testigo».

(Sentencia núm. 100/1996, de 11 de febrero. RA 758/1994, BOE de 12 de julio de 1996. Ponente: Don Alvaro Rodríguez Bereijo.)

DERECHO A LA UTILIZACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES

El Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que el derecho a la ejecución de los medios de prueba previamente admitidos forma parte del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), siempre que la inejecución no sea imputa-

ble a la parte recurrente y que produzca indefensión (SSTC 116/1983, 30/1986, 50/1988, 357/1993 y 110/1995). Asimismo, hemos tenido también ocasión de declarar que si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral —o las preconstruidas por su imposible o difícil reproducción en el mismo— esta regla no ostenta un valor absoluto, también puede el Tribunal extender su valoración a la prueba sumarial anticipada preconstituida.

Más en concreto y en relación con la negativa de los Tribunales a suspender el juicio oral por la incomparecencia de testigos cuya declaración ha sido previamente considerada pertinente y admitida, el Tribunal Constitucional ha señalado que tal negativa sólo puede reputarse válida desde la perspectiva del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, cuando la ejecución de dicha prueba sea innecesaria por haberse practicado en el juicio oral prueba suficiente para formar la convicción del Tribunal, puesto que, en otro caso, el derecho a emplear en el juicio oral las pruebas pertinentes para la defensa —en particular la testifical— ha de prevalecer sobre la potestad del órgano judicial de tenerse por suficientemente informado (SSTC 51/1990, 56/1991 y 205/1991). Y, por último, también hemos declarado que para que pueda ser viable una reclamación constitucional contra la no suspensión del juicio oral por la incomparecencia de un testigo cuya declaración ha sido previamente admitida, constituye un requisito indispensable, no ya que conste en acta la preceptiva protesta formal, sino también cuáles eran los puntos que se pretendían aclarar con el interrogatorio (SSTC 116/1983, a contrario; 51/1990 y 218/1991).

(Sentencia núm. 94/1996, de 28 de mayo. RA 202/1995, BOE de 21 de junio de 1996. Ponente: Don Vicente Gimeno Sendra.)

DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

Por ello, en aras de la protección del derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, uno de los presupuestos más elementales que integran el proceso penal está necesariamente constituido por la certeza de la identidad de la persona objeto de acusación, ya que si ella falta o es dudosa, toda la estructura procedimental se viene abajo, puesto que se puede alcanzar la convicción legítima de que un determinado hecho punible se produjo, pero ello no supondría la determinación de la identidad de quién fue en concreto la persona física que lo llevó a cabo. En este sentido, la STC 64/1995 afirmó que la prohibición de indefensión es una garantía general que implica el respeto del esencial principio de contradicción en el proceso (STC 48/1986). Y también ha dicho reiteradamente este Tribunal, que el artículo 24.2 CE, al reconocer los derechos a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, el derecho a la igualdad de armas y el de defensa contradictoria de las par-

tes, quienes han de tener la misma posibilidad de ser oídas y acreditar, mediante los oportunos medios de prueba, lo que convenga a la protección de sus derechos e intereses legítimos (SSTC 4/1982, 89/1986, 231/1992 y 273/1993, entre otras), determinándose que de la certeza de la identidad cuestionada depende la efectividad del cumplimiento de dicha Sentencia o, por el contrario, la libertad personal de la persona objeto de enjuiciamiento (art. 17.1 CE), de cuya garantía constitucional forma muy señaladamente parte la intervención judicial (STC 71/1994), que constituye además una exigencia inexcusable para garantizar el correcto cumplimiento del principio de la responsabilidad personal por hechos propios, es decir, del principio de la personalidad de la pena, que, como ha declarado este Tribunal, está protegido también por el artículo 25.1 CE (STC 254/1988).

Dadas las características de dicho proceso, cuya finalidad esencial consiste en descubrir la verdad material, aunque sólo al precio que fija el propio sistema garantista de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, son los órganos públicos de persecución y los Jueces y Tribunales los llamados a llevar a cabo esta determinación, incluso cuando la persona interesada en su descubrimiento actúa de manera perezosa o negligente. Por tanto, frente a las dudas que la identidad de la persona sometida a enjuiciamiento suscitaba, era obligada la intervención judicial incluso de oficio para dar efectivo cumplimiento a un debate contradictorio sobre dicha identificación, máxime cuando el propio ordenamiento procesal habilita al órgano judicial ya desde la fase de instrucción (art. 373 LECrim.), para la adopción de cuantos medios fueren conducentes al objeto de identificar al procesado.

(Sentencia núm. 93/1996, de 28 de mayo. RA 2158/1994, BOE de 21 de junio de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

Artículo 25.1

PRINCIPIO DE LEGALIDAD. LEYES PENALES EN BLANCO

Por lo que a la primera de estas cuestiones respecta, debemos afirmar que la técnica que permite completar el perfil de los tipos penales mediante el reenvío normativo, constituye una práctica que, si bien desde la ortodoxia conceptual puede justificar ciertos recelos iniciales, resulta del todo punto necesaria en una sociedad altamente desarrollada y que requiere una respuesta sumamente precisa acerca de los límites que deslindan la actuación lícita de aquella que no sólo no lo es, sino que lleva aparejada la más enérgica y contundente reacción que permite el ordenamiento jurídico, como es la sanción penal. Así, ya dijimos en la STC 111/1993, citada por la recurrente y Ministerio Fiscal, que las exigencias derivadas del principio de legalidad «no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorpora-

ción al tipo de elementos normativos (STC 62/1982), y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, de certeza, o como señala la citada STC 122/1987, sea de la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte, de esta manera, salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada».

Una vez, que hemos aceptado la posibilidad teórica de completar el tipo penal mediante la invocación y aplicación de normas contenidas en otros textos, y comprobar que los requisitos jurisprudenciales a los que acabamos de referirnos concurren sobradamente en este caso, la siguiente cuestión a la que debe darse respuesta, es la que de modo específico plantea el recurrente en su demanda, y que viene a recordar el planteamiento que se hizo en la STC 111/1993 (fundamento jurídico 3.º, final). Se trata, en definitiva, de examinar si se ha producido una infracción del artículo 25.1 CE por haberse aplicado una norma penal en blanco cuyo complemento es una disposición nula por ser opuesta a los artículos 35 y 36 CE, que exigen que sea una norma con rango de ley la que regule el ejercicio de profesiones tituladas.

En aquel caso (STC 111/1993) se llegó a la conclusión de que ninguna violación del citado precepto se había producido, pues, aunque la norma de complemento aplicada era efectivamente de rango reglamentario, se había promulgado antes de la entrada en vigor de la Constitución, y en esas circunstancias no era posible exigir con carácter retroactivo la exigencia de la reserva de ley.

(Sentencia núm. 24/1996, de 13 de febrero. RA 995/1994, BOE de 18 de marzo de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

PRINCIPIO DE LEGALIDAD. EXTENSIÓN ANALÓGICA

El principio de legalidad aludido por su nombre y con alguno de sus elementos (jerarquía normativa y publicidad de las normas) en el artículo 9, párrafo tercero, de nuestra Constitución, es inherente al Estado de Derecho como una emanación de ese imperio de la ley, que significa la primacía de ésta pero no su exclusividad y, por tanto, forma parte muy principal, pero parte al fin, del principio más amplio de la juridicidad acogido en aquellos preceptos, muy numerosos, donde se invocan la ley y el

Derecho (art. 103 CE) o el ordenamiento jurídico. Sin embargo, este principio de legalidad funciona con su más estricta acepción en el ámbito de *ius puniendi* del Estado y de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, identificadas materialmente por la jurisprudencia propia y la europea con un diseño que asume implícitamente nuestra Constitución (art. 25.1), cuyo texto roza el laconismo pero con un contenido que va más allá de sus palabras, como ha puesto de relieve nuestra doctrina desde un principio y a lo largo de los años. Es evidente, por una parte, que recoge el principio cardinal en este ámbito, el establecimiento de una reserva de ley (STC 15/1981), a la cual se traduce la palabra «legislación».

Ahora bien, no obstante su parquedad expresiva, el texto constitucional analizado hace algo más que asumir como propio el brocardo *nullum crimen nulla poena sine praevia lege* en su estricta formulación y lo incorpora con su entero significado y su proyección en otras facetas, como ocurre tantas veces cuando la Constitución, cuerpo vivo y documento histórico, incide sobre instituciones o tipos abstractos preexistentes (STC 11/1981), cuyo perfil y cuya sustancia da por sabidos, por estar enraizados en un subsuelo cultural. Por ello, este Tribunal ha ido poniendo de relieve, caso a caso, muchas de tales manifestaciones del principio de legalidad penal. No basta con que respalde formalmente el poder estatal de castigar en cualquiera de sus dos modalidades, sino que va más allá. Exige también la tipicidad o descripción estereotipada de las acciones o de las omisiones incriminadas, con indicación de las simétricas penas o sanciones (SSTC 2/1981, 37/1982, 62/1982, 182/1990, 102/1994 y 120/1994) que, a su vez, veda la interpretación analógica de las normas penales y su aplicación extensiva (SSTC 89/1983, 75/1984, 133/1987, 119/1992 y 111/1993), analogía y extensión cuya proscripción opera tan sólo para el Derecho Penal «material» y en perjuicio del acusado, *in malam partem*. Un paso adelante, con un rumbo más sustantivo que formal, nos lleva de la mano a las cualidades predicables de la norma penal, desde una concepción más profunda de la legalidad o «legislación», en su acepción constitucional, que deben ser concretas y precisas, claras e inteligibles, sin proclividad alguna a la incertidumbre, lo que se suele llamar *lex certa* y también académicamente, «taxatividad» sin que sean admisibles formulaciones tan abiertas, por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (STC 105/1988). Finalmente, cabe anotar en el inventario del contenido real del principio de legalidad penal, tal y como se configura constitucionalmente, la proscripción de *ne bis in idem* (STC 2/1981). El denominador común de todas estas manifestaciones se encuentra en la seguridad jurídica, que ha de guiar la actividad de los poderes públicos.

En este caso, se pretende que el principio de legalidad penal ha resultado preterido por haberse acudido a la analogía para la interpretación del tipo penal descrito en el artículo 497 bis del Código Penal, extendiendo su ámbito más allá de la letra, que sólo contempla las comunicaciones tele-

fónicas a través de cable pero no las inalámbricas. La lectura del texto, desde la perspectiva que nos es propia y a los solos efectos de la salvaguarda de las garantías constitucionales, muestra que no es como se dice. El precepto en cuestión castiga a quien «para descubrir los secretos o la intimidad de otros interceptare sus comunicaciones telefónicas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido», cargando las tintas en el supuesto de que se «divulgare o revelare lo descubierto». Tal es la voluntad objetiva de la ley que por su dicción coincide con el propósito del legislador. La exposición de motivos de la LO 7/1984, de 15 de octubre, en cuya virtud se incorporó al Código ese tipo delictivo, más el contenido en el artículo 192 bis, explica la necesidad de tipificar penalmente los comportamientos que atenten contra el secreto de las comunicaciones telefónicas, sin distinguir el cauce tecnológico por el que se establecen, al objeto de dar la máxima protección a los derechos constitucionales al honor y a la intimidad personal (art. 18.1 CE), para cuya efectividad el secreto de las comunicaciones es un instrumento constitucionalmente previsto (art. 18.3 CE).

Pues bien, el Juez y la Audiencia han llegado a la conclusión de que el artículo 497 bis del Código Penal castiga la interceptación de las comunicaciones telefónicas mantenidas mediante cable tanto como las inalámbricas, a cuyo efecto razonan que «las comunicaciones entabladas por telefonía móvil automática deben ser consideradas comunicaciones telefónicas: El teléfono inalámbrico de estas características es eso, un teléfono, aunque el sonido no se transmita por cable (...) los tipos penales introducidos por la reforma antes mentada (la LO 7/1984), entre ellos, el artículo 497 bis, en estudio, castigan no sólo la interceptación de las comunicaciones telefónicas, sino también la utilización de «instrumentos técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido», hecho típico éste (que) ya no se limita a la telefonía, sino que afecta a la captación de cualquier comunicación oral privada (...), aunque es indudable que en el caso enjuiciado se trata de comunicaciones telefónicas, aunque hipotéticamente se entendiera lo contrario sería aplicable el tipo en su segunda modalidad, relativa a la interceptación de comunicaciones de cualquier orden» (fundamento jurídico 4.º de la Sentencia de la Audiencia Provincial).

Es claro que no se ha producido una extensión analógica del tipo delictivo en demérito del principio de legalidad penal, sino que tanto el Juez como la Sala se han atenido a su texto, respetando así la voluntad del legislador. En definitiva, esa operación que aquéllos han realizado es una correcta aplicación de la Ley penal, subsumiendo en ella los hechos enjuiciados en el ejercicio de la potestad que, de forma exclusiva y excluyente, les atribuye la Constitución como antes se dijo, sin que sea función nuestra enjuiciar la corrección jurídica de las interpretaciones que en el plano de la legalidad, sin repercusión constitucional alguna, realicen los Jueces y Tribunales. No habiéndose desconocido el principio de la legalidad penal,

va de suyo que la condena del demandante de amparo, como autor de un delito de descubrimiento y revelación de secretos, tampoco ataca la libertad de información, uno de cuyos límites inmanentes ha de ponerse en la licitud de su ejercicio. Cae así por su propio peso la pretensión de amparo.

(Sentencia núm. 34/1996, de 11 de marzo. RA 2.314/1992, BOE de 17 de abril de 1996. Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende.)

Artículo 25.2

ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA. RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECCIÓN

En primer lugar, y como este Tribunal ha señalado repetidamente, las relaciones jurídicas que, con ocasión del internamiento en un centro penitenciario se establecen entre las personas reclusas en el mismo y la Administración Penitenciaria, tienen naturaleza de relación especial de sujeción (SSTC 74/1985, 2/1987, 120/1990, 57/1994 y 129/1995) y así se desprende del artículo 25.2 CE. En la STC 2/1987 se señalaba que el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*, adquieren el *status* específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre los ciudadanos libres (doctrina que se recoge en la STC 57/1994). Esa relación de sujeción especial que, en todo caso, debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales (SSTC 120/1990 y 137/1990), origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración Penitenciaria y el recluso. De ese entramado destaca, a los efectos que a este amparo interesa, de un lado, la obligación esencial de la institución penitenciaria, a la que se encomienda como finalidad primordial, entre otras, la retención y custodia de los internos [artículo 1 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LOGP)], y artículo 1 del Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo [por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (RP)], de garantizar y velar como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria [arts. 18, 22.3, 26 d), 29.2, 36.3, 41.1, 43.4, 45, 51.1 LOGP; 76, 80, 89, 97, 104, 112.4, 182 c), 183.3, 254 RP] por la seguridad y el buen orden regimental del centro. Y, de otro lado, el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento [arts. 4 b) LOGP y 7 b) RP].

Constituyendo, por tanto, la retención y custodia de los internos una de las finalidades de la institución penitenciaria, ello se traduce en el deber de las autoridades penitenciarias de organizar los adecuados sistemas de vigilancia y seguridad en los establecimientos al objeto de garantizar aquella finalidad, y de ahí que el RP mencione entre los criterios organizativos del establecimiento penitenciario «un sistema de vigilancia

y seguridad que garantice la custodia de los internos» [art. 8 d)]. En atención a ese mismo fin, el artículo 23 LOGP establece como procedimientos o medidas en la práctica para atender a la seguridad y control de los centros los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas en las instalaciones del establecimiento, que «se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona».

Los poderes específicos que la Ley atribuye a la Administración Penitenciaria para prevenir y eliminar alteraciones del régimen disciplinario y también para sancionar administrativamente las infracciones de dicho régimen que puedan cometer los internos (SSTC 74/1984, 2/1987, 190/1987, 161/1993, 229/1993, 297/1993 y 129/1995) vienen limitados por los derechos fundamentales de los mismos y sus actos no están exentos de un control judicial «habida cuenta de las garantías establecidas en el artículo 9.3 CE, y las fijadas en el artículo 106.1 de la misma CE» (SSTC 73/1983 y 129/1995). Control que corresponde a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria [art. 76.2 e) de la LOGP], a quienes, por tanto, compete, a través del procedimiento correspondiente, determinar si existió o no vulneración de los derechos fundamentales de dichas personas.

(Sentencia núm. 35/1996, de 11 de marzo. RA 2.955/1992, BOE de 17 de abril de 1996. Ponente: Don José Gabaldón Pérez.)

FINES DE LA PENA

De un modo ciertamente accesorio los autos de cuestionamiento invocan la posible contradicción de la norma que constituye su objeto con los postulados que recogería el artículo 25.2 CE: «al ser, por su propia naturaleza, una conducta esencialmente irrepitable, la pena prevista carece por completo de cualquier efecto resocializador y se convierte en una pura y simple retribución o castigo, lo que también habría de ser contemplado a la vista de la principal finalidad rehabilitadora de la pena.»

El planteamiento de los órganos cuestionantes es, en este punto, inatendible. En primer lugar, porque no se argumenta, ni este Tribunal constata, la concurrencia del presupuesto en el que se funda, cual es la supuesta exclusividad de la finalidad retributiva de la pena cuestionada. No se explican las razones que contrariarían la evidencia de que este tipo de sanción despliega efectos preventivos y de que dichos efectos forman parte de la intención legislativa; tampoco, por otro lado, parece suficiente el solo argumento relativo a la irrepitibilidad del mismo tipo de comportamiento para negar la finalidad rehabilitadora de la pena. Dicho argumento, unido al que defiende el monopolio de esta finalidad punitiva, conduciría a la insostenible consecuencia de la ilegitimidad de toda pena frente a hechos que por su naturaleza o por sus circunstancias no admitan reiteración. Por

lo demás, en segundo lugar, debe recordarse la doctrina de este Tribunal relativa a que la Constitución no «erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; (...) el artículo 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles –prevención especial, retribución, reinserción, etc.– ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el artículo 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988)» (STC 150/1991, fundamento jurídico 4.^º).

(Sentencia núm. 55/1996, de 28 de marzo. CI 961/1994, 1.125/1995, 2.736 (acumuladas). BOE de 27 de abril de 1996. Ponente: Don Carlos Viver Pi-Sunyer.)

Artículo 120.3

MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

(Vid. Sentencia núm. 181/1995, de 11 de diciembre, sobre *Secreto de las comunicaciones telefónicas* –art. 18.3 CE–.)

(Vid. Sentencia núm. 191/1995, de 18 de diciembre, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva* –art. 24.1 CE–.)

(Vid. Sentencia núm. 54/1996, de 26 de marzo, sobre *Intervenciones telefónicas* –art. 18.3 CE–.)

II. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Artículo 4

CUESTIÓN PREJUDICIAL

En conclusión, «tratándose de una cuestión prejudicial devolutiva con respecto a la cual se había invocado ya el pertinente proceso contencioso-administrativo, es claro que, de conformidad con lo dispuesto en dicha norma procesal, el Tribunal no podía extender a este elemento del tipo su competencia (cual si de una mera cuestión incidental no devolutiva del artículo 3 LECrim. se tratara)». Debió, pues, suspender el procedimiento hasta que recayera sentencia firme en el proceso administrativo, vulnerando, al no hacerlo así, el artículo 24.1 CE, pues la potestad jurisdiccional del artículo 117.3 CE no es incondicionada, sino que ha de actuarse con arreglo a las normas que reparten el conocimiento de los asuntos entre los órganos de las diferentes jurisdicciones (STC 30/1996).

(Sentencia núm. 102/1996, de 11 de junio. RA 2.066/1994, BOE de 12 de julio de 1996. Ponente: Don Javier Delgado Barrio.)

Artículo 313

QUERRELLA. INADMISIÓN. MOTIVACIÓN

Ahora bien, y con esto pasamos a la tercera de las cuestiones que la presente demanda plantea, la conclusión anterior no significa en modo alguno que este Tribunal Constitucional haya de pronunciarse sobre la pretensión penal deducida por el Sr. Sola contra el titular del Juzgado de Verín. Nuestro pronunciamiento, por el contrario, ha de limitarse a la inadmisión de su querrella. Con ello procedemos a analizar la tercera y última de las cuestiones suscitadas en el presente proceso de amparo.

Como dijo el Pleno de este Tribunal, en la STC 157/1990, cuyo fundamento jurídico 4. sintetizó una firme línea jurisprudencial en este sentido, no puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi* con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado. Es cierto que nuestro ordenamiento prevé la acusación privada, por parte de los perjudicados por los hechos delictivos. Pero el derecho a la acción penal de los ciudadanos no garantiza el éxito de la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, ni obliga al Estado, titular del *ius puniendi*, a imponer sanciones penales con independencia de que concurren o no en cada caso las circunstancias determinantes de la pena (STC 83/1989, fundamento jurídico 2.º). Por ende, la Constitución no otorga el derecho a obtener condenas penales. Son las leyes las que, en garantía de los derechos fundamentales, prevén el castigo de quienes los vulneran (art. 25.1 CE). Y son los Tribunales penales los competentes para enjuiciar los hechos presentados por la acusación y la defensa, y para interpretar y aplicar la ley penal (SSTC 89/1983, fundamento jurídico 3., y 128/1995, fundamento jurídico 4.º).

Más aún, el ejercicio de la acción penal no comporta tampoco un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC 157/1990, fundamento jurídico 4.º, que se hace eco de las SSTC 108/1983 y 148/1987). Esta firme doctrina es la mantenida por el Tribunal, como muestra la reciente STC 111/1995.

Por consiguiente, la función del Tribunal en el cauce constitucional de amparo se limita, en este caso, a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del ciudadano que ha solicitado la protección penal de un derecho fundamental, concretamente de su derecho fundamental a la libertad personal, tal y como ha llevado a cabo en relación con el derecho a la inviolabilidad del domicilio (*ex art.*

18.2 CE, STC 1/1985), o con los derechos al secreto de la correspondencia y a la asistencia letrada (ex arts. 18.3 y 24.2 CE, STC 111/1995). Pero sin que nos corresponda, en modo alguno, revisar la calificación penal de los hechos que puedan llevar a cabo los Tribunales competentes para ello, que son los Tribunales del orden penal.

Como se indicó en el ATC 228/1987, al conocer de un asunto parcialmente similar al presente, una vulneración del derecho fundamental a la libertad corporal puede, en determinadas ocasiones, ser constitutiva de delito o falta, a tenor del Código Penal vigente. Pero «la calificación de unos hechos como delito o falta sólo puede producirse tras el examen de los elementos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, temas para los cuales la competencia concierne exclusivamente a los Tribunales penales». Por ende, el ciudadano que alega la vulneración de su derecho a la libertad personal no puede pretender, en el recurso constitucional de amparo, la condena penal del autor de la lesión (fundamento jurídico 2.^o).

Nuestro control, pues, tal y como indica el Fiscal, ha de ceñirse al examen de si la inadmisión de la querrela presentada por el actor en defensa de su libertad personal vulneró dicho derecho fundamental, al dejarlo desprotegido (STC 98/1986, fundamento jurídico 2.^o, y 12/1994, fundamento jurídico 7.^o).

Desde esta perspectiva, es claro que debe otorgarse el amparo solicitado. La duración de la detención sufrida por el Sr. Sola superó, con toda apariencia, el tiempo estrictamente necesario que, como límite máximo, establece la Constitución en su artículo 17. No obstante, los autos impugnados no tuvieron en cuenta este factor, cuya relevancia es indudable, y ni siquiera aluden a él, para valorar en un sentido u otro la conducta sometida a querrela. Esta total carencia de consideración, en los autos impugnados, de la duración de la detención en lo relativo a la dimensión constitucional de los hechos presentados por el demandante de amparo en su querrela, vino a traducirse en una vulneración del artículo 17 CE, lo que conlleva la nulidad de las resoluciones judiciales enjuiciadas.

Esta conclusión no implica, en modo alguno, que deba considerarse que la conducta de la autoridad que ordenó la detención del Sr. Sola, y que lo tuvo a su disposición hasta decretar su libertad provisional, sea constitutiva de delito, cuestión esta que le corresponde apreciar, con exclusividad, a los Tribunales ordinarios. Sí les obliga, en cambio, a valorar expresamente el alcance jurídico-penal que tiene el dato de que la detención a que se ha visto sometido el demandante de amparo haya excedido, con toda probabilidad, el tiempo estrictamente necesario, quebrantando el límite establecido por el artículo 17.2 CE.

(Vid. Sentencia núm. 31/1996, de 27 de febrero, sobre *Derecho a la libertad personal* –art. 17 CE–.)

Artículo 492.3

DETENCIÓN. LLAMAMIENTO DE LA AUTORIDAD JUDICIAL. «TIEMPO ESTRICTAMENTE INDISPENSABLE»

(Vid. Sentencia núm. 31/1996, de 27 de febrero, sobre *Derecho a la libertad personal* –art. 17 CE–.)

Artículo 504

PRISIÓN PROVISIONAL. CÓMPUTO DEL TIEMPO DE LA DETENCIÓN

En cuanto a lo primero, el problema que aquí se suscita es el de determinar si a los fines del cómputo del plazo máximo de prisión provisional de dos años *ex* artículo 504.4 LECrim. era o no preciso incluir los cinco días que el hoy demandante de amparo permaneció privado de libertad como detenido. Cuestión a la que el Ministerio Fiscal ha dado una respuesta afirmativa por entender, en atención al principio *favor libertatis* y con apoyo en la STC 103/1992, que la no inclusión en ese plazo máximo de los días en los que se estuvo privado de libertad, aun cuando en situación procesal distinta, supondría una restricción excesiva del derecho de libertad que el artículo 17.1 CE reconoce y, por tanto, constituiría una interpretación carente de refrendo constitucional. Lo que entraña, por tanto, no sólo que la interpretación que propone el representante del Ministerio Público es conforme con la Constitución, sino que, además, constituye la única constitucionalmente admisible.

A) Al respecto ha de recordarse, con carácter previo, que la Constitución no impone un límite preciso y terminante para la duración máxima de la situación de prisión provisional sino que ha confiado a la ley la determinación del «plazo razonable» –único criterio constitucionalmente determinado– en el que ha de concretarse tal situación. Por lo que la ley juega aquí un papel decisivo, al estar constitucionalmente llamada a fijar los términos en los que la privación de libertad resulta lícita (STC 241/1994, fundamento jurídico 4.º) y por más que en ella no se agote la garantía constitucional de la libertad que establece el artículo 17.1 CE (STC 8/1990).

De este modo, cuando aún no ha sido plenamente destruida la presunción de inocencia por una Sentencia condenatoria, la Constitución exige que la privación de libertad sólo pueda ser concebida, en su adopción y mantenimiento, como «una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan» (STC 128/1995, fundamento jurídico 3.º).

Lo que desde luego incluye la fijación de un plazo máximo razonable (STC 40/1987, por todas), si bien la delimitación por el legislador de este límite, dentro del criterio mencionado, no puede entenderse como constitucionalmente obligada, pues no de otra forma cabe entender el último inciso del artículo 17.4 CE.

B) Sentado esto, algunas precisiones son necesarias en relación con lo alegado por el Ministerio Fiscal. En primer lugar, que la interpretación que en el presente caso aceptó la Audiencia de Cádiz no es contraria a lo declarado en la STC 103/1992, fundamento jurídico 3.º, dado que en este supuesto era indiferente la fecha que se adoptara para el inicio del plazo máximo de dos años, ya que cualquiera que fuese la opción elegida este plazo había sido sobrepasado. En segundo término, que si bien el *favor libertatis* debe orientar siempre la interpretación constitucional (SSTC 32/1987 y 34/1987, por todas), puesto que la libertad constituye uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), también hemos señalado que la interpretación de las normas procesales en el sentido más favorable al derecho fundamental no está exenta de límites en cuanto canon de constitucionalidad, entre ellos que el precepto permita dos interpretaciones posibles (STC 199/1994, fundamento jurídico 2.º). A lo que cabe agregar, más específicamente, que dicho principio ya está presente en la misma configuración constitucional de los derechos que se derivan de los apartados 2.º y 4.º, inciso segundo, del artículo 17 CE, al haberse establecido en ambos casos, como límite infranqueable para que no se vulnere el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad consagrado en el apartado 1.º, unos plazos máximos. Plazos que, respecto a la prisión provisional son fijados y pueden ser modificados por el legislador, dentro del criterio constitucional antes indicado; de manera que en este caso la previsión legal sobre el plazo máximo «representa para el afectado la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4.º en relación con el 1.º del artículo 17 CE» (STC 34/1987, fundamento jurídico 2.º).

En este entendimiento, el hecho de que junto a la figura de la prisión provisional exista otra, la de la detención, con expreso refrendo constitucional en sus propios límites y con plazo máximo de duración igualmente tasado –en el artículo 17.2 CE respecto a la detención preventiva por la autoridad gubernativa y en el artículo 497 y concordantes de la LECrim. cuando el detenido pasa a disposición judicial transcurrido aquél– puede servir de justificación para entender que el plazo máximo de prisión provisional no necesariamente incluye el período anterior en que se haya padecido privación de libertad con causa legal distinta, como son todos los supuestos de detención. Y así lo corrobora el propio tenor literal del artículo 17 CE, que significativamente ha previsto plazos máximos para un tipo determinado de detención, la gubernativa (art. 17.2), así como plazos igualmente máximos –que ha de fijar el legislador dentro del canon de lo razonable– para la prisión provisional (art. 17.4, inciso final). Lo que

entraña, en definitiva, que en la propia configuración constitucional de los supuestos de privación de libertad existen dos situaciones legales distintas tanto en lo que respecta a su finalidad como a sus consecuencias y, por ello, no cabe entender como interpretación constitucionalmente obligada que el plazo de privación de libertad padecido en atención a la primera haya de integrarse necesariamente en el plazo máximo fijado legalmente para la segunda. Conclusión que ha de conducir a la desestimación de este motivo.

(Sentencia núm. 37/1996, de 11 de marzo. RA 2.686/1993, BOE de 17 de abril de 1996. Ponente: Don Julio Diego González Campos.)

PRISIÓN PROVISIONAL. MOTIVACIÓN

Este Tribunal dejó no hace mucho establecidos los criterios en los que debía basarse la imposición de la excepcional medida de la prisión provisional, así como los extremos a los que debe constitucionalmente dirigirse la motivación justificadora de la misma, los elementos que constituyen, en suma, el canon de razonabilidad para la imposición de la prisión provisional (STC 128/1995, fundamento jurídico 4.º); y allí mismo afirmamos también que los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción no son necesariamente los mismos a considerar para su mantenimiento, pues el mero transcurso del tiempo puede hacer que el riesgo de destrucción del material probatorio, por ejemplo, desaparezca ulteriormente, o que, también como ejemplo, el riesgo de sustracción a la acción de la justicia disminuya hasta desaparecer, etc. La propia dicción legal de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —arts. 503 y 504.4— prevé circunstancias distintas para imponer y prolongar la prisión provisional.

Pero sean cuales sean tales elementos a ponderar, es obvio que una resolución cuya única fundamentación estriba en afirmar que «habida cuenta del estado de la presente investigación, en relación con la pena que pudiera imponerse de resultar ciertos los hechos denunciados, en aplicación de lo establecido en el artículo 540 (por 504) párrafo 4.º LECrim., según el cual el Juez podrá ordenar excepcionalmente la prolongación de la prisión provisional cuando la instrucción de la causa fuere de extraordinaria complejidad», citando además el artículo 530 (por 503) LECrim. —precepto que regula la imposición, no la prolongación, de la prisión—, incumple radicalmente cualquier exigencia, por mínima que sea, de fundamentación de la prolongación de la privación de libertad. En ella se mezclan requisitos legalmente exigidos para su adopción y para su prolongación; se silencia por completo una de las dos exigencias legales para que proceda la prolongación —el riesgo de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia—; y hasta se deslizan errores en la mención de los preceptos aplicables —errores no meramente numéricos, como la traída a colación del artículo 503—. Todo ello, además, sin que exista la más míni-

ma referencia a las circunstancias del caso enjuiciado, tanto personales del ahora demandante de amparo, como objetivas del estado de tramitación de la causa, y de las razones de ese estado de tramitación, gravedad de los delitos en cuestión, etc. Se incumplen, pues, notoriamente, las condiciones constitucionalmente exigibles para la licitud de la medida adoptada.

No mejor juicio, ni más detenido análisis, merece el Auto de 5 de junio de 1993, que resolvió el recurso de reforma. La mera mención de las circunstancias que el artículo 504.4 LECrim. prevé como habilitadoras de la prolongación de la prisión, añadiendo apodícticamente —esto es, sin ninguna argumentación—, «que concurren las circunstancias previstas en los artículos 503 y 504 LECrim.», sin hacer referencia a los extremos que nuestra jurisprudencia exige.

Mención aparte merece el Auto de la Audiencia Provincial de 27 de julio de 1993, que desestimó el recurso de queja interpuesto por la representación del recurrente en amparo. En él, aparte otros extremos, sí se hace alguna referencia a las circunstancias particulares del caso —complejidad de la causa y gravedad de la pena a imponer—, aunque no sobre elementos tan determinantes para estimar constitucionalmente justificada la medida de prolongación de la prisión como la del posible riesgo de sustracción a la acción de la justicia (STC 128/1995, fundamento jurídico 5.º, circunstancia ésta no ya constitucional, sino además legalmente exigible según los términos del artículo 504.4 LECrim.), como no sea la mera alusión a la gravedad de la pena a imponer.

En estas condiciones, como ya declaramos en la tan citada STC 128/1995, puede afirmarse que la motivación de la resolución dictada por la Audiencia, no satisface las exigencias del derecho a la libertad personal, pues ninguna referencia se contiene a las circunstancias tanto objetivas como subjetivas que hacen fundado estimar la existencia de un riesgo de sustracción del recurrente a la acción de la justicia, riesgo que no sea además conjurable con medidas alternativas a la de mantenimiento de la prisión. Por todo ello, esta última resolución no vulnera el contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales como constitutivo del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, pero sí es insuficiente para configurar un supuesto constitucionalmente lícito de prolongación de la prisión provisional.

Tal insuficiente motivación, además, y ello debe subrayarse, no fue sentada en el transcurso de los dos años que como plazo máximo inicial puede prolongarse la prisión provisional para delitos como el imputado al recurrente en el procedimiento de origen, sino algo más de dos meses después de que ese plazo máximo hubiera transcurrido. Este Tribunal, en alguna ocasión, ha admitido la constitucionalidad de una decisión de prolongación de la prisión adoptada veinticuatro horas después del transcurso de dicho plazo máximo, pero tras la adecuada tramitación y motivación, constitucionalmente ajustada, de la adopción de la medida (ATC 527/1988, ya citado). Incluso, hemos llegado a aceptar, pero en supuesto

legal y materialmente distinto –la prolongación de la prisión provisional hasta la mitad de la pena impuesta en Sentencia luego recurrida, artículo 504.5 LECrim.–, que la resolución dictada en recurso de súplica puede llegar a sanar determinadas deficiencias de la que inicialmente acordó la prolongación de la prisión (STC 241/1994, fundamento jurídico 6.^º).

Sin embargo, nada de ello es comparable a que, tras ver prolongada su situación de prisión por resoluciones radicalmente alejadas de las exigencias de los derechos fundamentales a la libertad y al plazo máximo de prisión provisional, adoptadas en situación de indefensión –pues ni siquiera en el recurso de reforma se dio audiencia al Ministerio Fiscal, que bien pudiera haber sostenido, como luego hiciera en el de queja, la nulidad radical del auto inicial de prolongación–, y ya transcurridos más de dos meses desde que transcurriera el plazo máximo legalmente fijado se diera finalmente una motivación que ni siquiera entonces llegó a extenderse lo suficiente como para configurar un supuesto constitucionalmente lícito de prolongación de la prisión.

(Sentencia núm. 37/1996, de 11 de marzo. RA 2.686/1993, BOE de 17 de abril de 1996. Ponente: Don Julio Diego González Campos.)

PRISIÓN PROVISIONAL. PROLONGACIÓN AUDIENCIA DEL PRESO

Tanto la Audiencia Provincial de Cádiz, al resolver el recurso de queja que puso fin a la vía judicial previa al presente proceso, como el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, hacen hincapié en el hecho de que la falta de audiencia al inculpado con anterioridad a que se decidiera sobre la prolongación de la prisión provisional no supuso por sí mismo, pese a que constituyera una evidente omisión de un trámite procesal legalmente obligado, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, pues tal circunstancia quedó ulteriormente subsanada por cuanto en los sucesivos recursos de reforma y queja pudo el recurrente realizar cuantas alegaciones convinieran a su derecho. Y, ciertamente, tiene declarado este Tribunal, con reiteración, que para que una irregularidad procesal integre el concepto constitucional de indefensión, es preciso que se alcance un efecto material de efectiva indefensión, que se vea realmente impedido, como efecto de la irregularidad procesal, el ejercicio del derecho de defensa (SSTC 98/1987, 145/1990, 106/1993, 367/1993 y 15/1995, entre otras muchas).

Más específicamente, nos recuerda el representante del Ministerio Público cómo en el ATC 84/1992 –dictado en supuesto muy similar al actual–, la Sección Primera de este Tribunal consideró carente de contenido constitucional la omisión de tal trámite de audiencia del inculpado, que se vio subsanada por la comparecencia del mismo ante el órgano judicial doce días después de haber sido adoptado el auto de prolongación de la prisión provisional. Y, en efecto, se estableció entonces que es preciso distinguir,

desde el punto de vista constitucional, entre la prolongación de la prisión provisional fuera de los casos previstos en la Ley –prohibida por el artículo 17.1 y 4 CE– y la prolongación de una prisión provisional que es conforme con el artículo 17 CE y con los supuestos previstos en la legislación procesal, pero en la que se omitió inicialmente –y luego se subsana– un requisito legal como el de la previa audiencia del inculpado (ATC 84/1992, fundamento jurídico 2.º). Precisamente porque en aquel caso no se discutía, ni siquiera por el mismo recurrente, la legalidad de la prolongación, sino tan sólo el modo en que se acordó (*ibid.*, fundamento jurídico 3.º), es por lo que entonces consideramos que la omisión del trámite de audiencia no vulneró real y efectivamente el derecho de defensa del demandante de amparo, como tampoco, en el caso, su derecho a la libertad.

Ahora bien, justamente la contraria es la situación que ahora se nos denuncia. Si entonces se nos presentaba una omisión procesal puramente formal, en el presente caso se alega, además, que la decisión adoptada carece de motivación y, como tal, asimismo, vulneradora del derecho a la tutela judicial (SSTC 66/1989, fundamento jurídico 5.º, 9/1994, fundamento jurídico 6.º, y 13/1994, fundamento jurídico 6.º). Como también –debemos añadir inmediatamente, entrando así en la tercera de las alegaciones del recurrente– vulneradora del mismo derecho sustancial alegado; pues como esta misma Sala puso recientemente de manifiesto, «la falta de motivación de la resolución que determine la prisión provisional –o que, añadimos ahora, la prolongue– afecta primordialmente, por la vía de uno de sus requisitos formales esenciales, a la propia existencia del supuesto habilitante para la privación de la libertad y, por lo tanto, al propio derecho a la misma» [STC 128/1995, fundamento jurídico 4.º a)].

Este razonamiento pone de manifiesto la íntima imbricación que en este caso se produce entre las alegaciones relativas a los derechos de carácter procesal, recogidos en el artículo 24.1 CE, y la alegación sustancial del recurrente de su derecho a gozar de libertad, *ex* artículo 17.1 CE. Por lo que podemos ahora entrar directamente a examinar si las circunstancias en que se adoptó la decisión de prolongar la situación de prisión provisional, permiten estimar que tal decisión no vulneró el derecho del recurrente a la libertad, pues este derecho fundamental, como también hemos afirmado con reiteración, incluye como contenido el de no estar privado de la misma sino en los plazos y condiciones en que la Ley lo permite (STC 32/1987, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º). De modo que los plazos de duración máxima de la situación de prisión preventiva fijados por el legislador han de cumplirse, y ese cumplimiento integra, aunque no agota, la garantía constitucional de la libertad (STC 103/1992, fundamento jurídico 3.º, que en estos términos recoge la doctrina sentada en las SSTC 41/1982, 124/1984, 85/1985, 34/1987, 40/1987 y 206/1991).

(Sentencia núm. 37/1996, de 11 de marzo. RA 2.686/1993, BOE de 17 de abril de 1996. Ponente: Don Julio Diego González Campos.)

PRESUPUESTOS. MOMENTOS PROCESALES. PRISIÓN PROVISIONAL

Conviene recordar la doctrina de este Tribunal sobre la incidencia de la prisión provisional en el derecho fundamental a la libertad, tal y como ha sido expuesta en nuestra reciente STC 128/1995.

En dicha sentencia se razona acerca de cuál sea el alcance que deba darse, en el caso de adopción de la medida cautelar de prisión provisional, a los dos presupuestos que tradicionalmente deben concurrir en la adopción de cualquier tipo de medida cautelar, esto es, la existencia del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, presupuestos éstos cuya concurrencia debe ser examinada sin perder de vista que la adopción de esta singular medida cautelar supone una limitación particularmente gravosa del derecho fundamental a la libertad personal (STC 71/1994, fundamento jurídico 7.º), y que esta esencial circunstancia impone unos requisitos añadidos que determinan que tal medida sea concebida como «una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de fines constitucionalmente legítimos» (STC 128/1995, fundamento jurídico 3.º).

En cuanto al primero de los presupuestos mencionados, la concurrencia del *fumus boni iuris*, éste ha de consistir necesariamente en la existencia de razonables sospechas de la comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida (SSTC 108/1984, fundamento jurídico 3.º; 128/1995, fundamento jurídico 3.º). Y, en cuanto al segundo presupuesto o finalidad de la medida cautelar, el *periculum in mora*, debe integrarse con la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, entre los que se destaca, por lo que aquí interesa, el de conjurar el riesgo de sustracción a la acción de la Justicia.

La peculiaridad que plantea la traslación de estas categorías doctrinales de las medidas cautelares al proceso penal es que aquel presupuesto material, el juicio de imputación, así como el requisito procesal del peligro de fuga del imputado, aunque autónomos, aparecen íntimamente relacionados en el sentido de que, tratándose de la imputación de un delito de mayor gravedad, se incrementa también el peligro de fuga del imputado, si bien dicho peligro no puede nunca llegar a subsumirse o identificarse absolutamente con el *fumus boni iuris*, pues el Juez siempre ha de ponderar otros estándares, tales como el arraigo, cargas familiares, etc., que puedan acreditar la ausencia del peligro de fuga del imputado.

Por otra parte, debe tenerse muy en cuenta, que de conformidad con la doctrina del TEDH (Sentencia de 27 de junio de 1968 –asunto Neumeister c. Austria–, de 10 de noviembre de 1969 –asunto Matznetter–, de 27 de agosto de 1992 –asunto Tomasi c. Francia– y de 26 de enero de 1993 –asunto W. c. Suiza–) y de este Tribunal (STC 128/1995), que, la intensidad del juicio de ponderación, entre estos requisitos de la prisión

provisional, de un lado, y el derecho a la libertad del imputado, de otro, que ha de efectuar el Juez de Instrucción es diferente según el momento procesal en que deba disponer o ratificar la prisión provisional, ya que la ponderación de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga «puede operar de forma distinta en el momento inicial de la adopción de la medida, que cuando se trata de decidir el mantenimiento de la misma al cabo de unos meses» (STC 128/1995, fundamento jurídico 4.º, último párrafo).

Así, en aquella sentencia se distinguían con nitidez dos momentos procesales distintos, determinantes del juicio de ponderación: el momento inicial de la instrucción y el de una instrucción ya avanzada. En relación con el inicio de la instrucción, afirmaba dicha sentencia que «la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional –por ejemplo, evitar la desaparición de pruebas–, así como los datos de los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena» (párrafo último del fundamento jurídico 4.º de la STC 128/1995); no obstante, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y ello determina que en los momentos ya no iniciales de la instrucción deban ponderarse también otros datos relevantes. Así, en estas actuaciones posteriores al inicio de la investigación judicial, y en la medida que la instrucción avanza, «al constatar la existencia de este peligro (de fuga), debería, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y gravedad de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado... (ya que) ese dato objetivo inicial y fundamental (de la gravedad del delito y de la pena), no puede operar como único criterio –de aplicación objetiva y puramente mecánica– a tener en cuenta al ponderar el peligro de fuga, sino que debe ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características personales del inculgado –como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc.–, como a las que concurren en el caso enjuiciado» (STC 128/1995, fundamento jurídico 4.º, penúltimo párrafo). Abundando en esta idea de valoración de las concretas circunstancias del caso que debían ser examinadas en la estimación del eventual peligro de fuga cuando la prisión provisional se acuerda o subsiste en una instrucción ya avanzada, en aquella Sentencia se añadía la del tiempo transcurrido en situación de prisión preventiva (pues a mayor tiempo sucedido en esta situación, menor será el peligro de fuga en la medida en que habrán disminuido también las consecuencias punitivas que pueda sufrir el preso), si bien este último extremo carece de relevancia en el caso que nos ocupa, pues la demandante recurre una inicial decisión de prisión provisional y no, como ocurría en el caso resuelto por la STC 128/1995, una decisión de mantenimiento de dicha situación.

Ahora bien, entre el caso aquí planteado y el contemplado en la STC 128/1995 concurre un elemento diferenciador, de cuya eventual trascendencia pasamos a ocuparnos a continuación.

En efecto, en el presente recurso de amparo la prisión provisional no se adopta o mantiene ni en los momentos iniciales de la instrucción ni cuando ésta se encuentra ya muy avanzada (supuesto este último que provocó la STC 128/1995), sino con carácter simultáneo a una Sentencia condenatoria por un delito grave y en tanto ésta deviene, en su caso, firme por haber sido impugnada en casación.

En este contexto resulta obligado afirmar que la circunstancia concurrente en este caso, en el que se ha dictado una inicial Sentencia condenatoria por un delito grave –tráfico de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia y a una pena que merece igual calificativo –nueve años de prisión mayor–, no es un dato irrelevante del que pueda prescindirse en la tarea que a este Tribunal corresponde de supervisar la ponderación efectuada en este caso por la Audiencia al decretar la prisión provisional de la actora. Se trata de una sentencia condenatoria que, a pesar de no ser firme, ha sido dictada tras el correspondiente juicio oral, público y contradictorio, en el que se ha examinado, con la correspondiente intermediación, el fundamento de la acusación dirigida contra la demandante de amparo.

Esta sentencia condenatoria no firme que aquí aparece como elemento diferenciador y que, obviamente, no destruye la presunción de inocencia del inicialmente condenado, sí que puede, en casos como el que nos ocupa (en el que la recurrente precisamente por no haber estado en situación de prisión provisional cumpliría, de ser confirmada su condena, íntegramente la pena privativa de libertad), erigirse, más que en «apariencia», en título suficiente, surgido de la evidencia probatoria, para acreditar la participación de la condenada en un hecho punible, al que la norma penal irroga una pena lo suficientemente grave para inferir la conclusión de que, de ser confirmada la sentencia por el Tribunal Supremo, podría sustraerse a la acción de la justicia (AATC 50/1992 y 346/95), teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias por lo general inherentes a este tipo de actividades delictivas, lo que legitima la adopción de la prisión provisional.

(Sentencia núm. 62/1996, de 15 de abril. RA 4.478/1995, BOE de 21 de mayo de 1996. Ponente: Don Vicente Gimeno Sendra.)

Artículo 579

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

(*Vid.* Sentencia núm. 54/1996, de 26 de marzo, sobre esta voz –art. 18.3 CE–.)

Artículo 746.3

JUICIO ORAL. SUSPENSIÓN. INCOMPARECENCIA DE TESTIGOS

(Vid. Sentencia núm. 94/1996, de 28 de mayo, sobre *Derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes* –art. 24.2 CE–.)

Artículo 784.5

COMPAÑÍA DE SEGUROS. SEGURO OBLIGATORIO. INTERVENCIÓN EN EL PROCESO

Este Tribunal ha declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva comporta la exigencia de que en ningún momento se produzca indefensión, lo que supone que en el juicio se cumpla el principio de contradicción, en el que todas las partes tienen derecho a alegar y probar en defensa de sus respectivas pretensiones, salvo cuando la no presencia de alguna de las partes sea consecuencia de una decisión libremente tomada expresa o tácitamente o de una negligencia a ella imputable.

Este Tribunal en SSTC 4/1982, 48/1984 y 114/1988, entre otras, ha establecido que para condenar a un tercero civil como responsable directo o subsidiario, con base en la existencia de una póliza de seguro obligatorio o voluntario, es en todo caso necesaria la audiencia del mismo, salvo que no exista oposición alguna, aunque el alcance del derecho de contradicción puede ser limitado al peculiar objeto indemnizatorio o de resarcimiento. Por ello, en los supuestos de seguro obligatorio, en los cuales las compañías aseguradoras tienen únicamente la condición de fiadores *ex lege*, existe una suficiente dación de conocimiento de la existencia del proceso y, por tanto, oportunidad de intervenir en el mismo cuando aquéllas son requeridas y prestan fianza conforme a lo dispuesto en el artículo 784.5. de la LECrim. (STC 114/1988, fundamento jurídico 2.^o), según ya puso de relieve el Ministerio Fiscal.

De acuerdo con lo anteriormente indicado, es claro que la demandante en amparo sufrió indefensión teniendo en cuenta que al haberse dejado sin efecto el Auto dictado el 5 de octubre de 1984, por otro del mismo Juzgado de 27 de octubre de 1988, en el que se declaraba la obligación judicial consistente en exigir a dicha recurrente como compañía aseguradora el correspondiente afianzamiento, no fue citada a juicio en ninguna de las instancias situándola en una inequívoca indefensión que ahora debe ser reparada.

(Sentencia núm. 114/1996, de 25 de junio. RA 862/1993, BOE de 29 de julio de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

Artículo 796

JUICIO DE FALTAS. RECURSO DE APELACIÓN

(Vid. Sentencia núm. 77/1996, de 20 de mayo, sobre *derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión* –art. 24.1–.)

III CÓDIGO PENAL

Artículo 135 bis.i

REHUSAR EL CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO MILITAR Y OTRAS OBLIGACIONES MILITARES

La pretendida inconstitucionalidad del precepto citado se apoya en argumentos idénticos a los que fundamentaron la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la citada STC 55/1996. Sin embargo, allí se planteaba en relación con el artículo 2.1 de la LO 8/1984, de 26 de diciembre, reguladora del régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal tal y como resultó redactado por la LO 14/1985, de 9 de diciembre, según cuyos preceptos las penas previstas para el objetor de conciencia que rehúsa cumplir la prestación social sustitutoria son de prisión menor en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Es decir, las mismas que en el artículo ahora cuestionado se prevén para quien, citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar, rehusare sin causa legal dicho cumplimiento, de suerte que la única diferencia entre el precepto cuya constitucionalidad se plantea ahora y aquel otro radica exclusivamente en que allí se trata del incumplimiento por el objetor de conciencia de la prestación legal sustitutoria y aquí de negativa directa al cumplimiento del servicio militar sin haber planteado aquella objeción.

No obstante, esa diferencia no introduce una perspectiva constitucional distinta de la cuestión planteada, puesto que en ambos casos se trata de la negativa, ahora del cumplimiento del servicio militar y allí de la prestación sustitutoria, conductas a las que se atribuye pena igual. Siendo semejante la fundamentación en que la cuestión se apoya y en relación con las mismas normas constitucionales, en esta caso basta con dar por reproducidos los fundamentos de la citada STC 55/1996 para motivar un fallo igualmente desestimatorio de la cuestión de constitucionalidad.

De este modo, en cuanto a la argumentada oposición al principio de proporcionalidad, lo allí dicho en el fundamento jurídico 3.º Respecto del carácter irrepetible de la conducta y consiguiente carencia del efecto resocializador de la pena, lo razonado en el fundamento jurídico 4.º Para la alegación relativa a la invocada restricción de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 CE, habremos de remitirnos íntegramente a lo expuesto en el fundamento jurídico 5.º Respecto de la oposición entre la

norma aplicable y el derecho a la libertad personal como consecuencia del carácter desproporcionado de la sanción, hemos de remitirnos asimismo al fundamento jurídico 6.º de aquella Sentencia. Y para fundamentar cuál es el bien jurídico protegido por la norma y los fines de la protección de la misma, cuanto allí decimos en el fundamento jurídico 7.º Igualmente hemos de remitirnos al fundamento jurídico 8.º en cuanto a la idoneidad y necesidad de la medida y al 9.º respecto de la proporcionalidad entre la entidad del delito y la de la pena.

(Sentencia núm. 89/1996, de 23 de mayo. CI 1.883/1995, BOE de 21 de junio de 1996. Ponente: Don José Gabaldón López.)

Artículo 192.bis

AUTORIDAD O FUNCIONARIO PÚBLICO QUE INTERCEPTA COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

(Vid. Sentencia núm. 34/1996, de 11 de marzo sobre *Derecho a la libertad de información* –arts. 20.4, 18.1 y 18.3 CE.–)

Artículo 244

DESACATO

Por otra parte, el interés público de las noticias difundidas es patente en el caso de autos. No puede olvidarse que nos encontramos en el seno de una controversia política, en la que el portavoz de uno de los grupos de la oposición ejerce legítimamente su derecho de crítica respecto de las actuaciones del grupo político en el poder municipal. Los hechos ostentan un indudable interés público en el ámbito en que se denunciaron. No se trataba de cuestiones personales, sino que, dentro de la función fiscalizadora que corresponde a la oposición, se hicieron determinadas imputaciones de hechos en las tareas de gobierno, como crítica de la gestión de los asuntos municipales en una concreta actuación administrativa. En tales casos deben primar las libertades de información y de expresión frente a otros bienes jurídicamente protegidos como es el principio de autoridad tutelado penalmente por el desacato, sin que con base en dicha figura delictiva se pueda impedir la publicación de unos hechos veraces que, aunque no alcancen las consecuencias delictivas que el recurrente, sí tienen interés informativo para que sea la opinión pública y no sólo el recurrente que actúa desde la oposición política, quien extraiga las consecuencias que de los mismos puedan derivarse en relación con la forma en que un asunto concreto se ha desarrollado la gestión municipal.

(Vid. Sentencia núm. 19/1996, de 12 de febrero, sobre, *Derecho a la libertad de expresión e información* –art. 20.1 CE–.)

Artículo 321

INTRUSISMO. ODONTÓLOGO

Debe concluirse que no basta el simple título de Licenciado en Medicina y Cirugía para el ejercicio con carácter habitual de la Odontología, y ello «en defensa, no de unos determinados grupos profesionales, sino del interés público que radica en que ciertas actividades sólo sean realizadas por quienes ostentan la necesaria capacidad técnica, para lo cual se exige una específica titulación que solamente se concede después de unos estudios y unos exámenes controlados por el Estado, que previamente ha regulado los requisitos imprescindibles para tal situación». (STS de 5 de febrero de 1993, fundamento jurídico 7.º).

En definitiva, se sostiene que el artículo 1 del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero sobre especialidades médicas, que no añade ningún elemento nuevo por lo que a las condiciones para el ejercicio profesional de la Odontoestomatología respecta, pues más bien se refiere al conjunto de las especialidades médicas, debe ser interpretado «de tal forma que no conduzca al absurdo de un entendimiento contrario por completo a las más elementales normas de la lógica. Se entienden bien los supuestos incluidos en los que podemos llamar números uno y tres del precepto. En el primero se incluyen los supuestos de utilización expresa de la denominación de Médico Especialista, que sólo pueden ostentar los que lo posean, mientras que en el tercero se limita al acceso a los puestos de trabajo en Instituciones Públicas o Privadas de Médicos Especialistas a quienes hayan adquirido tal calificación. El problema surge en el apartado segundo: el título de Médico Especialista es obligatorio para ejercer la profesión con tal carácter. Así las cosas, sólo cabe entender, en principio, que el supuesto que se ha incluido en el apartado segundo: la prohibición de ejercer la profesión con tal carácter de Médico Especialista a quienes no lo sean, se refiere al ejercicio habitual referido a la especialidad».

Llegados a este punto no podemos calificar dicha interpretación de extensiva o *in malam partem*, en primer lugar porque el complejo razonamiento seguido por el Tribunal para llegar a la decisión final de condena, se ha desarrollado en parámetros distintos a los denunciados por la recurrente, pues la premisa en la que esta fundaba toda su argumentación carecía de base, y en consecuencia, ni se utilizó como norma de complemento determinante de la condena el Real Decreto 127/1984, aunque se trajera a colación como un elemento normativo más, pero nunca determinante de aquélla, ni puede decirse que el razonamiento por el que se llegó a la condena se basara en una normativa inexistente o creara un delito no previsto en la norma.

Antes al contrario, el órgano judicial siguió un criterio interpretativo lógico, minucioso y fundado, que encuentra además su aval en la normativa de las Comunidades Europeas, concretamente en la Directiva núm.

78/687/CEE, de 25 de julio de 1978, que estableció los criterios mínimos relativos tanto al acceso a la formación especializada de Odontólogo, como a su duración mínima, a sus modalidades de enseñanza y al lugar en el que ésta deba efectuarse, así como al control del que deba ser objeto y que sirvió para inspirar, entre otras normas, la citada Ley 10/1986 de 17 de marzo.

En relación con esta Directiva Comunitaria, debe decirse que su artículo 19 bis, consecuencia del ingreso del Reino de España en la Comunidad, en modo alguno constituya un aval para afirmar que hasta la adhesión de España, en un período transitorio subsiguiente, bastaba el título de Licenciado en Medicina y Cirugía para ejercer la odontoestomatología en nuestro país.

La lectura de la norma revela de forma indubitada que sólo podrán acogerse a ese régimen transitorio quienes, con anterioridad a la fecha que se indica, vinieren ejerciendo de forma lícita dicha profesión, circunstancia que claramente no concurre en la recurrente, como ha establecido en un caso substancialmente idéntico, aunque en ésta se ofrezcan determinadas especificidades, la STC 137/1995.

Este dato, unido a las constantes referencias que en el Preámbulo de la citada Directiva se hacen a la trascendente labor de los Colegios Profesionales refuerzan, si cabe, la tesis sostenida por el órgano judicial, debiendo destacarse que en España el Colegio de Odontólogos ha venido actuando desde la aprobación de sus primeros Estatutos por la RO de 27 de mayo de 1930, con independencia y plena autonomía respecto de la Organización Médica Colegial.

(Sentencia núm. 24/1996, de 13 de febrero. RA 995/1994, BOE de 18 de marzo de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

INTRUSISMO

(Vid. Sentencia núm. 91/1996, de 27 de mayo, sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva. Cuestión prejudicial administrativa* –art. 24.1 CE–.)

(Vid. Sentencia núm. 102/1996, de 11 de junio, sobre *Cuestión prejudicial* –art. 4 LECrim.–.)

Artículo 457

INJURIAS. ANIMUS INIURIANDI

La existencia de esa intención o de ese propósito concreto de ofender, cuya intensidad enerva y puede llegar a volatilizar el talante jocoso, desde la sátira al humor, con todas sus gradaciones o matices, es un componente subjetivo del delito de injurias, con el trasfondo del honor como bien jurídico protegido –art. 18.1 de la Constitución–, fundamento a su vez de la llamada antijuridicidad material. En suma, ese rasgo es un

aspecto del «tipo» o descripción estereotipada de los comportamientos punibles, contenidos en los artículos 453 y 457 del Código Penal. Decidir si se da o no se da forma, parte de la operación de encajar lo sucedido en la norma, subsunción en ella del supuesto de hecho, con la consiguiente calificación jurídica. Esta operación supone –por un lado– la selección de la norma, incluso en su dimensión temporal (vigencia, retroactividad, ultraactividad) y espacial (territorialidad) con su interpretación (STC 133/1995) y –por el otro– la acotación de la realidad por medio de la actividad probatoria, con el recibimiento a prueba, la comprobación de su pertinencia, la práctica y la valoración de la legitimidad de su obtención y de su fuerza convincente. Todo ello es en definitiva el contenido de la potestad de juzgar, tal y como ha sido diseñada por este Tribunal Constitucional, correspondiente con carácter exclusivo y excluyente a los Jueces y Tribunales titulares del Poder Judicial, que han de ejercer esa función jurisdiccional con absoluta independencia, vale decir con plena libertad de criterio, solamente sometidos al imperio de la Ley y el Derecho, sin interferencia alguna. En consecuencia, caen fuera de nuestro ámbito tales cuestiones, como advirtió en su momento el Fiscal y deben quedar excluidas desde ahora mismo, dejando tan sólo para el debate aquellas otras que tienen una dimensión constitucional.

Desde otra perspectiva, esa misma incógnita, consistente en averiguar si se da un sedicente *animus iocandi* que neutralizaría el *iniurandi*, cuya eficacia exculpatoria aceptó el Juez de Instrucción pero niega la Audiencia Provincial, nos lleva de la mano a su encuadramiento en el sistema de recursos para cuya configuración se utilizan variadas modalidades y diversos tipos, entre ellas la apelación. Su naturaleza de medio de impugnación ordinario está fuera de debate e implica, con el llamado efecto devolutivo, que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo* no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba. En tal sentido hemos explicado muchas veces que el recurso de apelación otorga plenas facultades al Juez o Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se plantean, sean de hecho o de Derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un *novum iudicium* (SSTC 124/1983, 54/1985, 145/1987, 194/1990 y 21/1993).

En consecuencia, es tan posible como frecuente la disparidad de criterio entre los Jueces y Tribunales de primera y segunda instancia, sistema por otra parte irreprochable desde una perspectiva constitucional como se ha visto, y en tal disyuntiva la propia lógica del sistema da prevalencia a la decisión de quien resuelve el recurso de apelación (STC 124/1983). En cambio, este Tribunal Constitucional, que no ejerce una tercera instancia ni tampoco funciones casacionales, inherentes una y otras al juicio de legalidad privativo de la potestad de juzgar que la Constitución encomienda a los órganos del Poder Judicial, no tiene por

qué revisar las razones en virtud de las cuales un órgano judicial otorgue mayor peso específico a un elemento del tipo que a su antídoto o factor de exclusión de la ilicitud penal. Es claro, pues, desde esa perspectiva de la legalidad, que la Audiencia de Barcelona no extravásó las funciones de Juez de la apelación, siendo razonable y razonada su decisión, y por ello carece de fundamento sólido tal reproche. Por lo tanto, el problema, aquí y ahora, consiste en analiza la dimensión constitucional de tal decisión judicial.

(Sentencia núm. 176/1995, de 11 de diciembre. RA 1.421/1992, BOE de 12 de enero de 1996. Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende.)

Artículo 497.bis

INTERPRETACIÓN DE COMUNICACIONES TELEFÓNICAS. TELEFONÍA MÓVIL INALÁMBRICA

(Vid. Sentencia núm. 34/1996, de 11 de marzo, sobre *Derecho a la libertad de información* –arts. 20.4, 18.1 y 18.3 CE–.)

Artículo 529.7 CP

ESTAFA. AGRAVACIÓN POR EL VALOR DE LA DEFRAUDACIÓN

Para situar debidamente el objeto de debate, conviene comenzar por recordar que, según ha declarado este Tribunal en anteriores ocasiones, corresponde a los órganos judiciales la subsunción de los hechos en el correspondiente tipo penal sin que dicha operación sea revisable en vía de amparo constitucional salvo cuando fuera manifiestamente irrazonable o arbitraria o careciera de motivación (por todas, STC 17/1988).

Más en concreto, en un supuesto semejante al de autos, advertíamos que la estimación de si concurre o no la agravante séptima del artículo 529 CP «es de la competencia del Tribunal que enjuicie los hechos, que es quien ha de determinar si se da aquella gravedad porque la cuantía de lo defraudado ostenta un valor con suficiente relevancia para que entre en juego la agravación. En la medida en que el legislador ha dejado en manos del juzgador la facultad de decidir cuándo procede aplicar el artículo 529.7, el ejercicio de dicha facultad de arbitrio de forma fundamentada no puede decirse en oposición a la tutela judicial efectiva» (ATC 703/1985, fundamento jurídico 2.º).

Sentado lo precedente, procede ya que examinemos si la aplicación al demandante de amparo de la agravante de referencia es fruto de un uso razonado del arbitrio que a los órganos judiciales otorga el artículo 529.7 CP o, por el contrario, según aquél sostiene, no obedece sino a un error patente y manifiesto en el cálculo de la cuantía de la defraudación.

Sin necesidad de entrar a considerar hasta qué punto un apartamiento puntual, aparentemente fruto de un error de cálculo, de la propia doctrina del órgano jurisdiccional pueda ser entendido como un supuesto de resolución judicial arbitraria, es el hecho que del análisis cuidadoso de las actuaciones, y como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, se desprende que el recurrente confunde el valor de lo defraudado, auténtico sustrato de la agravación, con el montante indemnizatorio definitivamente fijado por la sentencia dictada en sede de casación, que no tiene por qué coincidir con aquél. Se trata, en efecto, de dos conceptos distintos, pues mientras el primero de ellos, denominado perjuicio típico, consiste en la diferencia de valor existente entre lo que se recibe y lo que se entrega en concepto de contraprestación, el perjuicio civilmente indemnizable no es sino la efectiva disminución patrimonial ocasionada, la cual podrá ser mayor que la cuantía de lo defraudado, si a consecuencia de la defraudación se ha tenido que incurrir en otros gastos, o menor, lo que sucederá en todos aquellos casos en los que, con anterioridad al fallo, se haya procedido a la restitución total o parcial de las cantidades defraudadas o a la devolución de las cosas fraudulentamente obtenidas, sin que ello obste, desde luego, a que el delito de estafa se entienda consumado.

A la vista de estas consideraciones se hace manifiesto que el error patente que se denuncia no es tal, sino que, tal como se relata en el antecedente 2.b de esta sentencia, la aplicación al recurrente de la agravación prevista en el artículo 529.7 CP no obedeció a error de cálculo alguno del órgano casacional, sino al seguimiento por parte del mismo de su propia doctrina en lo relativo a la determinación de cuándo ha de entenderse que el delito de estafa cometido reviste especial gravedad «atendido el valor de la defraudación». Como recoge la sentencia impugnada, se aplica precisamente la jurisprudencia invocada por el recurrente que, en atención a la realidad socio-económica del momento y lugar de comisión del delito, considera que concurre esa especial gravedad cuando existe un perjuicio típico equivalente a 1.000.000 de pesetas, siendo así, que en el asunto enjuiciado, éste se fijó en 1.235.232 pesetas, sin que a ello se pueda oponer, como hemos visto, que el perjuicio civil indemnizable sea menor como consecuencia de la restitución de algunas de las cosas fraudulentamente obtenidas.

Por todo ello, debe concluirse que no cabe reprochar a la sentencia recurrida ninguna quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva, toda vez que no ha existido el error que el recurrente denuncia.

(Sentencia núm. 33/1996, de 27 de febrero. RA 1.695/1994, BOE de 2 de abril de 1996. Ponente: Don Pedro Cruz Villalón.)

IV. LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Artículo 44.1.a)

AGOTAMIENTO DE LA VÍA JUDICIAL PREVIA

Este Tribunal viene señalando al respecto en reiterada y constante doctrina —de la que pueden señalarse como exponente, entre otras resoluciones, las SSTC 32/1994, 147/1994 ó 174/1994, y los más recientes AATC 168/1995 y 173/1995— que no puede estimarse cumplido el requisito de agotamiento de la vía judicial previa que establece el citado precepto de la LOTC, cuando la queja se deduce frente a resoluciones judiciales dictadas en el seno de un proceso penal que no ha finalizado y que se encuentra aún en la fase instructora, pues es necesario, en el respeto a la naturaleza subsidiaria propia del recurso de amparo, plantear dicha cuestión y dar posibilidad a los órganos judiciales de pronunciarse sobre tales vulneraciones antes de acudir en petición de amparo ante este Tribunal.

(Sentencia núm. 63/1996, de 16 de abril. RA 9/1991, BOE de 21 de mayo de 1996. Ponente: Don Alvaro Rodríguez Bereijo.)

Artículo 44.1.c)

INVOCACIÓN PREVIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL VULNERADO

La cuestión que plantea la demanda de amparo, atinente al derecho a la libertad de expresión, deviene subsidiaria de la formulada por la representación del señor Rodríguez de León acerca de la concurrencia en el recurso interpuesto de la causa de inadmisión recogida en el artículo 44.1 c) LOTC: en ningún momento del procedimiento judicial habría suscitado el recurrente, ni expresa ni implícitamente, la vulneración cuyo reconocimiento ahora pretende. Frente a ello se reconoce en la demanda dicho defecto de formulación «de una manera expresa y formal» en relación con los escritos de defensa y apelación, pero se advierte de su subsanación «en los informes evacuados en la vista de ambas instancias, como claramente se aprecia con la lectura de ambas sentencias».

En paralelo a la trascendencia de la subsidiariedad del recurso de amparo, que procura una adecuada articulación institucional en la defensa de los derechos fundamentales y posibilita la propia funcionalidad de la jurisdicción constitucional, este Tribunal ha acentuado desde sus resoluciones más tempranas la importancia, no meramente «rituarial» (STC 30/1985), de la observancia del requisito de la invocación formal en el proceso del derecho vulnerado «tan pronto hubiere lugar para ello» [art. 44.1 c) LOTC]. Se pretende con su exigencia tanto «que los órganos judiciales ordinarios remedien por sí mismos la violación que ellos causen del derecho o libertad fundamental, dándole la oportunidad para que

puedan argumentar dialécticamente y pronunciarse sobre la cuestión que posteriormente puede ser tratada como causa y fundamento del recurso último y subsidiario de amparo» (STC 46/1983; ya en la STC 1/1981; también, entre otras muchas, SSTC 17/1982, 201/1987, 105/1992), como preservar «los derechos de la otra parte, a la que también ha de darse oportunidad en el curso del proceso judicial para que pueda argumentar dialécticamente y defenderse sobre esa presunta violación del derecho fundamental» (STC 77/1989).

La importancia de una actuación procesal conforme a la prescripción del artículo 44.1 c) LOTC no nos ha conducido, sin embargo, a una interpretación rígidamente formalista de su contenido, de suerte que se cumple con el mismo, aun cuando no haya referencia expresa y numérica del precepto constitucional vulnerado ni precisión del *nomen iuris* del derecho que se trate, si las alegaciones del demandante han posibilitado que los órganos jurisdiccionales correspondientes reparen la lesión aducida (por todas, SSTC 11/1982, 95/1983, 116/1991, 238/1993). Este límite inmanente a la aplicación finalística del mencionado precepto de la Ley que gobierna nuestra actuación ha sido claramente precisado por la STC 77/1989: «Por muy flexible que sea este Tribunal en la exigencia del cumplimiento del requisito del artículo 44.1 c), al no requerir mención expresa del precepto constitucional violado, ni siquiera de su contenido literal, sino simplemente del derecho, cualquiera que sea la forma que éste se exponga (STC 30/1984), no puede llegar esa flexibilidad a anular prácticamente esa exigencia legal al socaire de planteamientos implícitos o presumibles o sobreentendidos, puesto que, como recuerda la STC 10/1986, el rechazo del entendimiento literal o excesivamente rigorista de dicho requisito no ha llegado ni podía llegar a un vaciamiento absoluto del contenido de un precepto legal cuya ordenación responde a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo que se desprende claramente del artículo 53.2, y el titular del derecho fundamental debe facilitar su protección y hacer posible, con su invocación, que el órgano judicial remedie la presunta violación del correspondiente derecho» (fundamento jurídico 1.^o).

Tampoco puede concederse efecto reparador de la pasividad del recurrente a la tangencial alusión de la Sentencia de la Audiencia a la libertad de expresión, al hilo de la constatación del *animus iniurandi*, ni, a los mismos efectos de verificación del elemento subjetivo de la injuria, a las menciones de la primera resolución condenatoria a la controversia política que mantenían querellante y querellado. Tan fragmentarias y desubicadas referencias no prueban la existencia de un debate en torno a la vulneración de la libertad de expresión que autorice una resolución de fondo al que ahora se suscita en esta sede. Si procediéramos al análisis que el recurrente nos pide, amén de subvertir la necesaria subsidiariedad del amparo constitucional, nos situaríamos tanto ante la ilógica tesis de dilucidar si los órganos judiciales realizaron una ponderación de derechos en conflicto que nunca se les pidió y a la que ni la necesidad manifiesta ni el tipo de proce-

so les obligaba (arts. 733 y 793.3 LECrim.), como ante la hipotética posibilidad de reprocharles la vulneración de un derecho fundamental que no les fue advertida por su titular en las diversas ocasiones que tuvo para ello.

(Sentencia núm. 168/1996, de 20 de noviembre. RA 2.077/1993, *BOE* de 28 de diciembre de 1995. Ponente: Don Carlos Viver Pi-Sunyer.)

INVOCACIÓN FORMAL E INMEDIATA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL VULNERADO

El artículo 44.1 *c*) de la LOTC es rotundo en la exigencia de la inmediatez entre la lesión producida y su denuncia por la parte afectada, debiéndose, por tanto, formalizar la invocación a través del acto procesal de alegación o impugnación inmediatamente posterior a la presunta vulneración del derecho fundamental.

Este Tribunal, en reiteradísimas ocasiones, ha establecido que la previa invocación formal del derecho fundamental alegado no es un requisito puramente formal, sino que se configura como un mecanismo esencial para la articulación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional, que impide que ante el Tribunal Constitucional se puedan plantear demandas de amparo fundadas en la vulneración de derechos fundamentales por acciones u omisiones de órganos judiciales, a los que nunca se les haya dado la oportunidad de tomar en consideración tales derechos y su eventual lesión, y poder, en su caso, restablecer los derechos vulnerados (entre otras, SSTC 1/1981, 11/1982 y 75/1984).

(Sentencia núm. 182/1995, de 11 de diciembre. RA 422/1994, *BOE* de 12 de enero de 1996. Ponente: Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.)

INVOCACIÓN PREVIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

No puede coincidirse con el Abogado del Estado en dicha apreciación, pues si bien es verdad que en el recurso de reforma el interno no hace mención expresa del precepto constitucional presuntamente transgredido por el órgano judicial, no es menos cierto que sí critica en él la desatención del Juez de Vigilancia Penitenciaria al contenido de su anterior queja, es decir, la falta de respuesta judicial expresa a las cuestiones allí planteadas. Con ello el recurrente posibilitó el restablecimiento del derecho constitucional vulnerado dentro de la propia jurisdicción ordinaria, que es precisamente la finalidad perseguida por la exigencia prevista en el artículo 44.1 *c*) LOTC, exigencia que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, ha de ser interpretada con flexibilidad en cuanto a la forma de realizarse la invocación (entre otras, SSTC 17/1982, 117/1983, 10/1986, 155/1988), máxime cuando, como en el presente caso, el recurrente, interno en un Centro Penitenciario, careció de asesoramiento legal en la vía judicial previa al amparo.

(Sentencia núm. 195/1995, de 19 de diciembre. RA 2.072/1991, *BOE* de 24 de enero de 1996. Ponente: Enrique Ruiz Vadillo.)

Artículo 44.1.c) y 50.1.a)**AGOTAMIENTO PREVIO DE LOS RECURSOS UTILIZABLES EN VÍA JUDICIAL**

El problema fundamental que plantea este recurso y que, obviamente ha de resolverse con carácter previo, es el examen de los requisitos de admisibilidad según lo dispuesto en el artículo 50.1 LO.

En este sentido es procedente recordar la doctrina constante y reiterada de este Tribunal ya expresada en el reciente ATC 173/1995, fundamento jurídico 2.º, en el sentido de que el recurso de amparo no es un medio ordinario de protección de los derechos fundamentales y, en consecuencia que no cabe acudir directamente a dicho Tribunal sin que previamente los órganos jurisdiccionales hayan tenido la oportunidad de reparar la lesión por los cauces que el ordenamiento jurídico ofrece ya que en otro caso se producirían dos consecuencias no conformes con la Constitución: en primer lugar, la desnaturalización del recurso de amparo al perder su carácter subsidiario y pasar a la primera línea de defensa de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en el proceso (SSTC 185/1990, 204/1990, 82/1991, 162/1991, 71/1992 y 211/1992 entre otras muchas) y, en segundo lugar, y en correspondencia con lo anterior, una injustificada alteración de las funciones que respectivamente corresponden a los Tribunales ordinarios y a este Tribunal en materia de defensa de los derechos y libertades fundamentales con merma de la encomendada por la Constitución a los primeros. Pues hemos dicho que tal alteración supondría tanto como advertir a los ciudadanos que «no pueden esperar que los Jueces y Tribunales ordinarios protejan sus derechos fundamentales y que sólo en este Tribunal pueden confiar a este respecto» lo que no es compatible con el dictado constitucional (STC 173/1994, fundamento jurídico 4.º) (ATC 172/1995, fundamento jurídico 2.º).

En definitiva, se ha de señalar otra vez que en esta sede constitucional sólo cabe la protección de los derechos y libertades a que se refieren el artículo 53.2 CE cuando las vías legales ordinarias hayan sido utilizadas infructuosamente. Expresión que este Tribunal ha precisado no ha de identificarse necesariamente con agotamiento formal de los recursos legalmente previstos, sino que es suficiente con que las denunciadas lesiones no puedan ser alegadas y reparadas durante el proceso judicial todavía pendiente (SSTC 32/1994, 147/1994; AATC 168/1995, 173/1995, entre las resoluciones más recientes). En concreto, respecto al tema de la recusación objeto de este recurso de amparo, este Tribunal ha declarado que la resolución judicial que pone término al incidente de recusación, pese a su finalidad e importancia sobre el desarrollo del proceso penal, no supone el agotamiento de la vía judicial previa, pues el propio artículo 228 LOPJ hace posible que la disconformidad de las partes frente a las resoluciones que resuelven una recusación «pueda hacerse valer a través de

los recursos procedentes contra las resoluciones de fondo», dado que «en estos recursos puede la parte aducir cuantas infracciones considere cometidas al resolver el incidente y, por lo tanto, también y muy señaladamente, la que, en su opinión, haya ocasionado la infracción de los derechos fundamentales que nuestra Constitución garantiza» (ATC 929/1988, en el mismo sentido AATC 168/1995 y 173/1995).

En el supuesto concreto que se examina, frente a la Sentencia que en su momento dicte la Audiencia Provincial de Valladolid, podrá interponerse recurso de casación en cualquiera de sus modalidades, incluida la vía que ha establecido el artículo 5.4 de la LOPJ que permite alegar la vulneración de cualquier precepto constitucional, ante la Sala Penal del Tribunal Supremo, debiéndose, por consiguiente afirmar que las vías ordinarias están todavía sin agotarse.

Tras este análisis hay que concluir que no se ha cumplido, en este caso, el presupuesto del agotamiento previo de los recursos utilizables dentro de la vía judicial de acuerdo con lo establecido en el artículo 50.1 a), en relación con el artículo 44.1 c), ambos de la LOTC. Todavía está pendiente la celebración del juicio oral, en el que también eventualmente podrá alegar la parte demandante lo que a su derecho convenga y, como antes se dijo, tiene abierta la garantía del recurso de casación ante el Tribunal Supremo si a sus derechos e intereses conviniera.

(Sentencia núm. 196/1995, de 19 de diciembre. RA 2.257/1995, BOE de 24 de enero de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

Artículo 44.1. c)

INVOCACIÓN PREVIA DEL DERECHO VULNERADO

En efecto, como hemos declarado en reiteradas ocasiones (por todas, STC 50/1984), el carácter subsidiario del recurso de amparo, proclamado de forma genérica en el artículo 53.2 CE y concretado en los artículos 43 y 44 de la LOTC, impide que este Tribunal pueda pronunciarse sobre aquellas supuestas lesiones de derechos y libertades fundamentales que, previamente, no hayan sido invocadas ante los Jueces y Tribunales ordinarios, otorgando de esta forma a los mismos la oportunidad de restablecerlas.

(Sentencia núm. 36/1996, de 11 de marzo. RA 161/1993, BOE de 17 de abril de 1996. Ponente: Don Fernando García-Mon y González-Regueral.)

INVOCACIÓN PREVIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL QUEBRANTADO

Tales vulneraciones, que ahora *per saltum* se invocan, han privado al Tribunal Supremo de pronunciarse sobre su restablecimiento. El incum-

plimiento por los recurrentes del principio de subsidiariedad (art. 53.2 CE), ha de ocasionar de esta manera la estimación de la concurrencia de la causa de inadmisión, prevista en el artículo 44.1 c), LOTC.

(Sentencia núm. 54/1996, de 26 de marzo. RA 79/1995, BOE de 27 de abril de 1996. Ponente: Don Vicente Gimeno Sendra.)

Artículo 44.2

RECURSO DE AMPARO. PLAZO. RECURSO DE ACLARACIÓN

Según ha declarado este Tribunal en ocasiones similares (por todas, STC 224/1992, fundamento jurídico segundo), si bien la indebida prolongación de la vía judicial previa por causa de la interposición de un recurso no autorizado por la Ley puede ocasionar la extemporaneidad del recurso de amparo, toda vez que la presentación de recursos improcedentes no puede servir para ampliar artificialmente el plazo previsto en el artículo 44.2 de la LOTC, para que dicha consecuencia se produzca es necesario que la improcedencia de tales recursos sea evidente, esto es, constatable *prima facie* sin intervención de dudas interpretativas que sea necesario despejar por medio de criterios no absolutamente indiscutibles, ya que el respeto debido al derecho de la parte a utilizar cuantos recursos considere útiles para la defensa de sus intereses impide exigirle que se abstenga de emplear aquéllos cuya improcedencia sea razonablemente dudosa y, en consecuencia, que asuma el riesgo de incurrir en una falta de agotamiento de la vía judicial previa que determinaría la inadmisión del recurso de amparo por incumplimiento del requisito prevenido en el artículo 44.1 a), de la LOTC.

La naturaleza subsidiaria del recurso de amparo no sólo impone que antes de acudir a esta vía se agoten todos los recursos utilizables en la judicial ordinaria sino también, como es lógico, que los errores materiales manifiestos que se detecten en la resolución que puso término a esta última sean invocados ante el órgano judicial que incurrió en ellos a fin de que pueda corregirlos sin necesidad de impetrar para ello el amparo constitucional (STC 102/1994, fundamento jurídico primero).

Sin embargo, las posibilidades de modificar las sentencias firmes por la vía de la aclaración se hallan, como es lógico, estrictamente delimitadas y los contornos de esa limitación han sido perfilados en nuestra doctrina. Así, en la STC 82/1995 dijimos que «el impropriamente llamado «recurso de aclaración» es plenamente compatible con el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales (STC 19/1995), siempre que los Jueces y Tribunales respeten estrictamente los límites inherentes a esta vía reparadora «sin alterar sustancialmente al mismo tiempo lo que constituye la esencia de la resolución judicial», bien en su fundamentación jurídica o en su parte dispositiva (STC 27/1994, fundamento jurídico 1.^o). Lo que ciertamente no suscita la misma dificultad cuando se trata de aclarar un concepto oscuro o de suplir una omisión que en el caso de la rectificación de errores materiales manifiestos».

Esos límites, que no excluyen cierta posibilidad de variación de la resolución aclarada (STC 23/1994), han sido determinados tanto positivamente, al señalar que la aclaración permite esclarecer «algún concepto oscuro, suplir cualquier omisión o corregir algún error material», como negativamente, sentando el principio de que «no permite alterar la fundamentación jurídica ni el sentido del fallo» (STC 352/1993 y también SSTC 14/1984, 138/1985, 119/1988, 203/1989, 27/1992, 50/1992 y 101/1992 a las que hace referencia).

Concretando esa doctrina, en la STC 82/1995 se recuerda que «se ha declarado por este Tribunal que la vía de aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación de la que adolece la resolución judicial aclarada (SSTC 138/1985 y 27/1994), ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica (SSTC 119/1988 y 16/1991) o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas (STC 231/1991). Y en lo que aquí particularmente interesa, que esta vía aclaratoria es igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de fallo contrario (SSTC 352/1993 y 19/1995), salvo que excepcionalmente el error material consista «en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica, entre la doctrina establecida en los fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial». Esto es, cuando es evidente que el órgano judicial «simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo» (STC 23/1994, reiterada en la STC 19/1995).

En consecuencia, la extemporaneidad del amparo se producirá sólo en los casos de interposición de aclaraciones manifiestamente «inconsistentes en su fundamento y extralimitadas en su alcance» (STC 57/1995).

(Sentencia núm. 170/1995, de 20 de noviembre. RA 2.337/1993, BOE de 28 de diciembre de 1996. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.)

V. OTRAS LEYES

LEY ORGÁNICA GENERAL PENITENCIARIA

Artículo 19.1

DERECHO A LA INTIMIDAD. CELDA INDIVIDUAL

No puede apreciarse la denunciada vulneración del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), pues si bien es cierto que tanto el artículo 19.1 LOGP como el artículo 15 RP establecen con carácter general que cada interno ocupará una celda individual, asimismo admiten la posibilidad de convivencia de varios internos en la misma celda por insuficiencia temporal de alojamiento u otras razones, sin que por ello hayan de considerarse vulnerados los mencionados preceptos de la legislación penitenciaria, que no consagran un derecho subjetivo a habitación o celda

individual, tal y como parece pretender el recurrente. Tal derecho tampoco puede extraerse directamente del artículo 18.1 de la Constitución, pues como ya ha tenido ocasión de declarar este Tribunal en referencia al concreto ámbito penitenciario, una de las consecuencias más dolorosas de la privación de libertad es la reducción de la intimidad de quienes la sufren, de tal manera que sólo podrán ser consideradas lesivas de la intimidad aquellas medidas que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida en prisión requiera (SSTC 89/1987 y 57/1994), requisito que no concurre en el presente caso pues, como ya se ha puesto de manifiesto, la propia legislación penitenciaria prevé en determinados supuestos la posibilidad de celdas compartidas.

Artículo 47

PERMISO DE SALIDA

La posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) o como ha señalado la STC 19/1988, la «corrección y readaptación del penado», y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Este Tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25.2 CE no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que éstos sean su única finalidad (AATC 15/1984, 486/1985, 303/1986 y 780/1986, y SSTC 2/1987 y 28/1988). Pero que este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora, o al menos, no desocializadora precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena.

Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno, pueden fortalecer los vínculos familiares, reducen las tensiones propias del internamiento y las consecuencias de la vida continuada en prisión que siempre conlleva el subsiguiente alejamiento de la realidad diaria. Constituyen un estímulo a la buena conducta, a la creación de un sentido de responsabilidad del interno, y con ello al desarrollo de su personalidad. Le proporcionan información sobre el medio social en el que ha de integrarse e indican cuál es la evolución del penado. Pero, al mismo tiempo, constituyen una vía fácil de eludir la custodia, y por ello su concesión no es automática una vez constatados los requisitos objetivos previstos en la Ley. No basta entonces con que éstos

concurran, sino que además no han de darse otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines antes expresados.

La presencia o no de dichas circunstancias ha de ser explicitada al pronunciarse sobre la concesión o denegación de un permiso de salida. Múltiples factores pueden ser tenidos en cuenta para hacer esta valoración, mas todos ellos han de estar conectados con el sentido de la pena y las finalidades que su cumplimiento persigue: el deficiente medio social en el que ha de integrarse el interno, la falta de apoyo familiar o económico, la falta de enraizamiento en España, anteriores quebrantamientos de condena o la persistencia de los factores que influyeron en la comisión del delito, entre otros, pueden ser causa suficiente, en cada caso concreto, que aconseje la denegación del permiso de salida.

(Sentencia núm. 112/1996, de 24 de junio. RA 289/1994, BOE de 29 de julio de 1996. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.)

Artículos 76.1, 76.2.e) y 94

JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

(Vid. Sentencia núm. 195/1995, de 19 de diciembre, sobre *Derecho a la prueba* –art. 24.2 CE–.)

(Sentencia núm. 195/1995, de 19 de diciembre. RA 2.072/1994, BOE de 24 de enero de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

MEDIDAS PARA ATENDER A LA SEGURIDAD Y CONTROL DE LOS CENTROS

(Vid. Sentencia núm. 35/1996, de 11 de marzo, sobre *Derecho a la integridad física y Administración Penitenciaria. Relación especial de sujeción* –arts. 15 y 25.2 CE–.)

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Artículo 10.2

PREJUDICIALIDAD PENAL. DERECHO AL HONOR

Las dos infracciones que se denuncian en este recurso de amparo, están referidas exclusivamente al artículo 24 CE y, concretamente, a la tutela judicial efectiva que garantiza el apartado primero y a la presunción de inocencia que se establece en el apartado segundo. En ninguna de ellas se invoca el artículo 18 CE que garantiza el derecho al honor ni de qué forma resulta directamente vulnerado ese precepto por la demora que producen las resoluciones impugnadas. De ahí que, por imperativo de la con-

gruencia, sólo desde la perspectiva del artículo 24 hayamos de examinar los motivos de impugnación formulados.

Los órganos judiciales han considerado de aplicación al caso lo dispuesto en el artículo 10.2 LOPJ, en cuya virtud «la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquélla no sea resuelta por los órganos judiciales a quienes corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca». Es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales ordinarios, *ex* artículo 117.3 de la Constitución, apreciar la efectiva concurrencia, en cada caso, de la relación de dependencia material a que alude el precepto. Apreciación que únicamente podrá ser objeto de revisión en vía de amparo si la misma resulta inmotivada o manifiestamente irrazonable o arbitraria, pues, en tal supuesto, se habría incurrido en infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, que, como es bien sabido, se define en nuestra jurisprudencia como derecho a la obtención de una resolución judicial fundada, sin incluirse en él derecho alguno al acierto (por todas, STC 148/1994).

En consecuencia, procede aquí precisar si las resoluciones judiciales impugnadas han incurrido en arbitrariedad, error manifiesto o falta de fundamento al estimar de aplicación al caso de autos lo dispuesto en el artículo 10.2 de la LOPJ

A juicio de los órganos judiciales, compartido tanto por el Ministerio Fiscal como por la contraparte en el procedimiento civil, el hecho de que las informaciones periodísticas por razón de las cuales se interpuso la demanda de protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen se refirieran a hechos que, en su mayor parte, estaban siendo objeto de enjuiciamiento en la vía penal, justificaba la suspensión del proceso civil, pues sólo una vez concluida aquélla se dispondría de elementos de juicio suficientes al objeto de determinar la veracidad de los hechos objeto de información.

Aun siendo claro que la veracidad relevante a los fines de verificar si una información periodística puede o no quedar amparada bajo la protección del artículo 20 CE no es, en ningún caso, la veracidad propia de los hechos que penalmente se tengan por probados, en el presente caso concurren circunstancias muy específicas que, pese a esta afirmación de principio, prestan un fundamento razonable al criterio judicial aquí combatido. O, dicho en otras palabras, aunque la resolución adoptada por los órganos judiciales no era la única posible, e incluso prescindiendo de si era o no la más acertada, lo cierto es que, atendidas las circunstancias del caso como en ellas se indica, no puede ser tachada de irrazonable.

En la medida en que la imprecisión misma de la propia demanda civil ha dado pie a la confusión y son los órganos judiciales los que, por razón de su competencia exclusiva *ex* artículo 117.3 CE, han de resolver una cuestión que, como la de la concurrencia de una cuestión prejudicial, se

inscribe en el ámbito de la estricta legalidad ordinaria, es evidente que la decisión adoptada en los autos recurridos, tendente a la adecuada delimitación del objeto procesal y apoyada en una interpretación fundada del artículo 10.2 de la LOPJ, no produce la infracción del artículo 24.1 CE. No se opone a esta conclusión el hecho de que en otros casos y concretamente en la STC 241/1991 (fundamento jurídico 4.º), donde se planteaban como excluyentes el seguir una u otra vía procesal (civil o penal), hayamos declarado que no inciden en exceso de jurisdicción las resoluciones judiciales que no suspendan la decisión de un proceso civil por inadmitir una cuestión prejudicial penal; toda vez que no se trata de un criterio general que venga impuesto por la Constitución, sino que serán las circunstancias concretas de cada caso las que, apreciadas por los órganos judiciales competentes para la resolución de los mismos, permitan al juzgador adoptar una u otra solución.

(Sentencia núm. 166/1995, de 20 de noviembre. RA 1.132/1993, BOE de 28 de diciembre de 1995. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.)

LEY ORGÁNICA 8/1984, DE 26 DE DICIEMBRE, SOBRE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Artículo 2.3

PROPORCIONALIDAD. PENAS

(Vid. Sentencia núm. 55/1996, de 28 de marzo, sobre *Fines de la pena y derecho a la libertad ideológica y personal* –arts. 16, 17.1 y 25.1 CE–.)

LEY ORGÁNICA 6/1984, DE 24 DE MAYO, DE *HABEAS CORPUS*

Artículo 6

INADMISIÓN

Es desde tal punto de vista como la resolución impugnada debe examinarse partiendo de que, evidentemente, cabe también en este tipo de procesos una decisión de inadmisión si, según el artículo 6 LO 6/1984, de 24 de mayo, la solicitud resulta improcedente por falta de alguno de los requisitos de los artículos anteriores o por resultar «constatada la inexistencia del presupuesto mismo de la pretensión», tal como se declaró en las SSTC 62/1985 y 163/1988, 1/1995 y 26/1995. No obstante, la especial naturaleza de este procedimiento, cuyo fin inmediato es el de corregir las situaciones de privación de libertad afectas de alguna ilegalidad que «comprende potencialmente todos los supuestos en que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez»... «o en forma tal que vulnere derechos fundamentales previstos en la Constitución íntimamente conectados con la libertad personal» (STC 31/1985) determina que, ante

una detención, aunque venga acordada como aquí por el funcionario administrativo que ostenta competencia, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de sus circunstancias, no proceda acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias, aunque no, por supuesto, las cuestiones relativas a la dispensa del visado, su obtención por silencio, o incluso la procedencia de la expulsión, objeto, en su caso, de impugnación ante los Tribunales contencioso-administrativos, sino, precisamente, las de la detención preventiva previa a la expulsión, ya que el Juez del *habeas corpus* «debe controlar la legalidad material de la detención administrativa», es decir, que ésta «estuviera o no incluida dentro de alguno de aquellos casos en que la Ley permite privar de libertad a una persona, porque del ajuste o no a la Constitución y al ordenamiento jurídico de aquel acto administrativo dependía el reconocimiento o la vulneración del derecho a la libertad y la legalidad o no de la detención...» (STC 12/1994)

(Sentencia núm. 21/1996, de 21 de marzo. RA 1.078/1995, BOE de 18 de marzo de 1996. Ponente: Don José Gabaldón López.)

Artículos 4 y 7

AUTO DE INADMISIÓN. REQUISITOS. MOTIVACIÓN

El derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE se satisface con una resolución fundada en Derecho que aparezca suficientemente motivada. La exigencia de la motivación, que ya podría considerarse implícita en el sentido propio del citado artículo 24.1, aparece terminantemente clara en una interpretación sistemática que contemple dicho precepto en su relación con el artículo 120.3 CE (SSTC 14/1991, 28/1994, entre otras).

Y esta exigencia constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales aparece plenamente justificada sin más que subrayar los fines a cuyo logro tiende aquélla (SSTC 55/1987, 131/1990, 22/1994, 13/1995, entre otras): *a)* Ante todo aspira a hacer patente el sometimiento del Juez al imperio de la ley (art. 117.1 CE) o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE), lo que ha de redundar en beneficio de la confianza en los órganos jurisdiccionales; *b)* Más concretamente la motivación contribuye a «lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial», con lo que puede evitarse la formulación de recursos; *c)* Y para el caso de que éstos lleguen a interponerse, la motivación facilita «el control de la Sentencia por los Tribunales superiores, incluido este Tribunal a través del recurso de amparo». En último término, si la motivación opera como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad (SSTC 159/1989, 109/1992, 22/1994, 28/1994, entre otras), queda claramente justificada la inclusión de aquélla dentro del contenido constitucionalmente protegido por el artículo 24.1 CE

Pero ha de advertirse que la amplitud de la motivación de las sentencias

ha sido matizada por la doctrina constitucional indicando que «no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión» (STC 14/1991), es decir, la *ratio decidendi* que ha determinado aquélla (SSTC 28/1994, 153/1995 y 32/1996). Y es que «la motivación no está necesariamente reñida con el laconismo» (STC 154/1995).

Ya más concretamente ha de recordarse que «el procedimiento de *habeas corpus* es una garantía procesal específica prevista por la Constitución para la protección del derecho fundamental a la libertad personal cuyo acceso no puede ser en modo alguno denegado sin que a la persona que acuda al mismo no se le haga saber la precisa razón legal de dicha denegación, so pena de incurrir el órgano judicial que así proceda en una vulneración del derecho a obtener una resolución judicial motivada» (STC 154/1995).

(Sentencia núm. 66/1996, de 16 de abril. RA 790/1996, BOE de 21 de mayo de 1996. Ponente: Don Javier Delgado Barrio.)

LEY DE EXTRANJERÍA (LO 7/1985, DE 1 DE JULIO)

Artículo 26.2

DETENCIÓN

Como indicamos en dicha Sentencia, al perfilar la interpretación constitucionalmente correcta del artículo 26.2 LEx., no es la mera carencia de documentación lo que permite la detención policial, sino la creencia razonable de que el afectado se encuentra ilegalmente en territorio español [en los términos que precisa el artículo 26.1 a) LEx.] y, simultáneamente, la necesidad de asegurar la ejecución de una eventual medida de expulsión si existe un riesgo de huida. La detención está justificada, por tanto, cuando es indispensable por razones de cautela o de prevención: para asegurar la correcta identificación del extranjero que aparentemente se encuentra en situación ilegal, y en su caso para conjurar el riesgo de fuga que pueda existir mientras se tramita el procedimiento de expulsión, atendiendo a las circunstancias individuales, y especialmente a la situación legal y personal del interesado, que ha de contrapesarse con la causa de expulsión invocada (en este mismo sentido, SSTC 144/1990, fundamento jurídico 4.º, y 12/1994, fundamentos jurídico 5.º y 6.º).

Tampoco vulneró su derecho a no ser discriminado, *ex* artículo 14 CE, porque el actor no fue detenido por razón de su nacionalidad sino porque, admitiendo que carecía de la condición de ciudadano español, no pudo acreditar su residencia legal en España, al no disponer de los documentos mínimos imprescindibles para hacerlo, y al no tener domicilio conocido ni

dar fianza bastante a juicio de los agentes para asegurar que comparecería por sí mismo en dependencias policiales para completar las comprobaciones iniciadas (a tenor del art. 495 LECrim., aplicable a las infracciones administrativas en que la ley permite detener, como el art. 26.2 LEx.).

No obstante, la demanda de amparo se dirige principalmente contra la prolongación de la situación de detención sufrida por el actor, no remediada por el Juez del *habeas corpus*. En este punto, el recurso debe ser estimado.

El Pleno de este Tribunal, al enjuiciar la constitucionalidad de diversos aspectos de la Ley de Extranjería en la STC 115/1987, salvó la validez de su artículo 26.2 porque admitía una interpretación conforme con las garantías enunciadas por el artículo 17 CE. Las detenciones efectuadas en virtud de aquel precepto legal deben respetar los estrictos límites que impone la Constitución a las privaciones policiales de libertad, entre las que se encuentra que no pueden durar más del «tiempo estrictamente necesario» para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos (art. 17.2 CE).

Siendo esto así, es claro que cuando fue instado *habeas corpus* en favor del señor García Melani, y cuando el Juzgado de Guardia denegó la apertura del procedimiento, no se había sobrepasado el plazo máximo absoluto que marca la Constitución, que es de setenta y dos horas. Sin embargo, este dato por sí solo es insuficiente para apreciar si se han respetado los márgenes constitucionales. Como concede con acierto el Abogado del Estado, el criterio de que la detención no puede durar más allá del plazo estrictamente necesario es aplicable a las detenciones realizadas en aplicación del artículo 26.2 LEx. (SSTC 115/1987, fundamento jurídico 1.º, y 331/1993, fundamento jurídico 6.º A). Y «el plazo de setenta y dos horas que establece la Constitución es un límite máximo de carácter absoluto, para la detención policial, cuyo cómputo resulta inequívoco y simple. Pero ese plazo es un límite del límite temporal prescrito con carácter general por el mismo precepto, sobre el cual se superpone, sin reemplazarlo: el tiempo «estrictamente indispensable» para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad (SSTC 341/1993, fundamento jurídico 6.º A, y 206/1991, fundamento jurídico 4.º). Por ende, el límite máximo de privación provisional de libertad que permite el artículo 17 CE puede ser sensiblemente inferior a las setenta y dos horas, atendidas las circunstancias del caso, y en especial el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas, y el comportamiento del afectado por la medida (SSTC 41/1982, fundamento jurídico 5.º, 127/1984, fundamento jurídico 3.º, 8/1990 fundamento jurídico 2.º, y 128/1995, fundamento jurídico 3.º)» (STC 31/1996, fundamento jurídico 8.º).

(Sentencia núm. 86/1996, de 21 de mayo. RA 1.764/1994, BOE de 21 de junio de 1996. Ponente: Don Pedro Cruz Villalón.)

LEY DE PROCEDIMIENTO MILITAR

Artículo 234

PROHIBICIÓN DE ACORDAR FIANZA PARA DECRETAR LA LIBERTAD

En efecto, y sin olvidar que la libertad mediante fianza prevista en el artículo 504 de la LECrim. no es una obligación impuesta al Tribunal sentenciador sino una de las posibles decisiones a adoptar una vez valorados los requisitos subjetivos y objetivos establecidos en el mencionado precepto, debe reiterarse, una vez más, que el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE no obliga al legislador a dar el mismo tratamiento a supuestos de hecho que no sean sustancialmente iguales, sino que lo que impone es un veto de establecer, entre situaciones subjetivas semejantes, diferencias que no se orienten a un fin constitucionalmente lícito y que, en su articulación normativa, no se acomoden razonablemente al sentido mismo de esta singularización.

Desde esta perspectiva, al disponer el artículo 234 de la LPM que «en ningún caso se admitirá la libertad provisional con fianza en los procedimientos seguidos ante la jurisdicción militar» y, por tanto, establecer un régimen, en principio, distinto del común, no puede apreciarse en aquél una distinción carente de toda razón objetiva atendiendo el carácter de la disposición misma y las condiciones propias, apreciadas aquí por el legislador, de la jurisdicción castrense. «La jurisdicción militar –dijimos en nuestra STC 180/1985– no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto sustantivas como procesales, que dispuestas en el respeto a las garantías del justiciable y del condenado previstas en la Constitución, no resultarán contradictorias con su artículo 14 cuando respondan a la naturaleza propia de la institución militar. Estas peculiaridades del Derecho Penal y Procesal Militar resultan genéricamente, como se declaró en la STC 97/1985 (fundamento jurídico 4.^º), de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y la disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el artículo 8 de la Constitución».

En el supuesto que ahora analizamos, el artículo 234 de la LPM se orienta, de modo manifiesto, como también concluimos en la anterior resolución respecto de la inaplicabilidad del beneficio de suspensión de condena a los militares y a los agregados a los Ejércitos (art. 245 del Código de Justicia Militar), a preservar y reforzar, mediante una mayor severidad para el preso, aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina, respondiendo este trato de desfavor a la diferente incidencia y daño que la comisión del ilícito habrá de causar en la integridad de la institución según que quien lo haya perpetrado esté o no en ella integrado. El fin, así procurado por la norma, no está, pues, desprovisto de razón, por lo que la discriminación alegada carece de fundamento, máxime si se tiene en cuenta que la legislación procesal militar cuenta, como figura intermedia

entre la libertad y la prisión ordinaria, con la prisión atenuada (arts. 225 a 229 de la LPM), que permite dar un tratamiento constitucionalmente adecuado, desde la perspectiva de la proporcionalidad, a los supuestos en que, en la jurisdicción común, pudiera aplicarse la fianza.

(Sentencia núm. 14/1996, de 29 de enero. RA 2.592/1995, BOE de 2 de marzo de 1996. Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.)

REGLAMENTO PENITENCIARIO

Artículo 15

(Vid., Sentencia núm. 195/1995, de 19 de diciembre, sobre *Derecho a la intimidad. Celda individual* –art. 19.1 LOGP–.)

Artículos 15 y 130.4

(Vid. Sentencia núm. 195/1995 de diciembre. RA 2.072/1994, BOE de 24 enero de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

Artículo 60

LIBERTAD CONDICIONAL. MAYORES DE SETENTA AÑOS O AQUEJADOS DE ENFERMEDAD INCURABLE

El Reglamento Penitenciario (art. 58) establece que los penados con las tres cuartas partes de la condena cumplida y los requisitos expuestos en el Código Penal (art. 98 del texto vigente a la sazón) pasará el último período de su internamiento en libertad condicional. A su vez, otro precepto reglamentario, el artículo 60, asumido por el Código Penal de 1995, en *vacatio legis* (art. 92) permite excepcionalmente que accedan a la misma situación los penados cuya edad supere los setenta años o aquejados de enfermedad muy grave, con padecimientos incurables, según opinión médica, aun cuando no hubieran extinguido las tres cuartas partes de su condena, pero sin dispensarles de los otros tres requisitos anteriormente aludidos (estar en el tercer grado penitenciario, comportarse bien hasta ese momento y ofrecer garantía de hacerlo así en el futuro).

Una vez llegados a este punto, que a su vez lo es de partida para el resto del razonamiento jurídico, la cuestión se polariza en la interpretación de tal precepto reglamentario a la luz de la Constitución. Para cerrar tal planteamiento es conveniente enfatizar que el hoy demandante padece una severa dolencia cardíaca y otra que afecta a su deambulacion, con riesgo de empeoramiento progresivo de su salud en un medio hostil para ella como el carcelario. Estos son para nosotros datos de hechos desde el momento en que no sólo constan por los dictámenes médicos sino que fueron dados por buenos en los autos del Juez de Vigilancia Penitenciaria

y de la Audiencia Provincial, aun cuando ésta deniegue el beneficio penitenciario, revocando la concesión de aquél, con fundamento en la circunstancia de que la permanencia en prisión no supone un peligro para la vida del así aquejado, en cuya mano está además aliviar la enfermedad mediante una intervención quirúrgica.

La Constitución proclama el derecho a la vida y a la integridad, en su doble dimensión física y moral (art. 15 CE). Soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los fundamentales, tiene un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena, excluidas que han sido de nuestro ordenamiento jurídico la de muerte y la tortura, utilizada otrora también como medio de prueba y prohibidos los tratos inhumanos y degradantes, incluso los trabajos forzados. Por otra parte, la Administración penitenciaria no sólo ha de cumplir el mandato constitucional con una mera inhibición respetuosa, negativa pues, sino que le es exigible una función activa para el cuidado de la vida, la integridad corporal y, en suma, la salud de los hombres y mujeres separados de la sociedad por medio de la privación de su libertad (SSTC 120/1990, 137/1990 y 11/1991; arts. 3 y 4 de la Ley General Penitenciaria y 5.3 de su Reglamento). Desde otra perspectiva complementaria, la relación de sujeción especial entre el recluso y la Administración penitenciaria que hace nacer la condena judicial a una pena de prisión, permite limitar ciertos derechos fundamentales por razón del mismo condicionamiento material de la libertad, pero a la vez impone que se proteja y facilite el ejercicio de los demás que no resulten necesariamente limitados (STC 2/1987).

El equilibrio entre el derecho a la vida, unido indisolublemente por su consistencia ontológica a la dignidad de la persona como profesión de fe en el hombre, que lleva en sí todos los demás y el de la gente a su seguridad, mediante la segregación temporal en cumplimiento de las penas privativas de libertad, con su doble función retributiva y profiláctica o preventiva, es la finalidad que pretende conseguir la norma reglamentaria en cuestión, incorporada hoy al Código Penal. La puesta en libertad condicional de quienes padezcan una enfermedad muy grave y además incurable tiene su fundamento en el riesgo cierto que para su vida y su integridad física, su salud en suma pueda suponer la permanencia en el recinto carcelario. Por consiguiente, no exige la existencia de un peligro inminente o inmediato ni tampoco significa que cualquier dolencia irreversible provoque el paso al tercer grado penitenciario, si no se dieran las otras circunstancias antes indicadas además de las previstas en el Código Penal, entre ellas, como aquí ocurre, la menor peligrosidad de los así libertos por su misma capacidad disminuida. En definitiva, no *pietatis causa* sino por criterios enraizados en la justicia como resultado de conjugar los valores constitucionales implicados en esta situación límite, insoluble de otra guisa.

Lo dicho hasta ahora encuadra el problema y lleva de la mano a su solución. Si se vuelve la vista atrás, veremos que los dictámenes médicos

manejados por la Audiencia Provincial contienen el diagnóstico claro de una dolencia cardiovascular que se califica como «grave e incurable», con «un cuadro clínico de imprevisibles consecuencias» para cuyo tratamiento resulta inadecuado el ambiente carcelario, que incide desfavorablemente en una tal patología por la ansiedad inherente a la privación de libertad y al sometimiento a un régimen de vida impuesto y mantenido con estrictas medidas disciplinarias, provocando el incremento de la presión emocional («estrés»). Contado así, quien lo lea caerá en la cuenta de que se cumple a la letra la doble exigencia del Reglamento Penitenciario (art. 50.2), gravedad de la dolencia y su carácter irreversible, sin pronóstico alguno de su incidencia a corto o largo plazo sobre la duración de la vida. No se trata de una excarcelación en peligro de muerte, sino para quien padece un mal sin remedio conocido según las reglas del arte médico, y de ello habrá ocasión de hablar más adelante. La Audiencia, que denegó la liberación anticipada porque «la estancia en prisión» no constituye «un peligro seguro para su vida», hace decir a la norma interpretada lo que no dice, creando un requisito obstativo, un impedimento más, donde no existe. Está claro que la excarcelación no puede garantizar la sanidad de un mal incurable según diagnóstico, pero permite una mejoría relativa y una evolución más lenta, con menos ocasiones de episodios agudos, no sólo por el tratamiento médico, que también podría recibir en la cárcel, sino por el cambio de ambiente que coadyuva positivamente por la unidad psicosomática del ser humano, mientras que la permanencia en el establecimiento penitenciario ha de incidir negativamente en la misma medida. Lo dicho pone de manifiesto que la lectura restrictiva del precepto reglamentario hecha por la Audiencia Provincial más allá de su texto introduce un factor de riesgo para la integridad física y aun para la vida del ya enfermo.

El mismo juicio, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, merece el otro razonamiento utilizado como soporte para denegar la libertad condicional. «En la mano del interno —añade a su final el Auto— está aliviar su enfermedad, optando por someterse a una intervención quirúrgica, la cual podrá ser realizada por un médico de la confianza del propio interno o de sus familiares, con la adopción de las correspondientes medidas cautelares personales». Paradójicamente, donde se hubiera necesitado un argumento jurídico, se cuela de rondón una opinión profana sobre un tema médico, ni siquiera compartida por todos los peritos en el arte. El derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa (STC 120/1990), que, por otra parte, es razonable en este caso si se toman en cuenta las discrepancias entre los especialistas sobre la conveniencia de la operación, cuya eficacia ponen en duda varios de ellos. La decisión de permitir una agresión de esa envergadura aunque con finalidad curativa es personalísima y libérrima, formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida.

Como recapitulación y coda final, quede claro que tan sólo una enfermedad grave e incurable, como ésta, en cuya evolución incida desfavorablemente la estancia en la cárcel con empeoramiento de la salud del paciente, acortando así la duración de su vida, aun cuando no exista riesgo inminente de su pérdida, permite la excarcelación del recluso aquejado por aquélla, si se dan las demás circunstancias cuya concurrencia exige el Código Penal. En definitiva, pues, lo dicho conduce directamente al amparo que se nos pide, para cuya efectividad basta y sobra la anulación del auto donde se ha preterido el derecho fundamental invocado, sin otra providencia por nuestra parte. Es el propio sistema judicial quien ha de sacar las consecuencias pertinentes de esta nuestra sentencia.

(Sentencia núm. 48/1996, de 25 de marzo. RA 1.784/1995, *BOE* de 27 de abril de 1996. Ponente: Don Rafael de Mendizábal Allende.)

Artículo 109, a) y b)

DISOCIACIÓN ENTRE ACUERDO SANCIONADOR Y EL AUTO JUDICIAL

Por lo que respecta al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la demanda de amparo se alegan diversas razones por las que tal derecho habría resultado vulnerado. En primer lugar, el actor pretende ver una lesión de este derecho fundamental en la disociación que existiría entre el acuerdo sancionador, basado fundamentalmente en el artículo 109 b), que se refiere a la desobediencia a las órdenes recibidas, y los autos judiciales, que consideran procedente la calificación del comportamiento imputado como una falta grave del artículo 109 a), uno y otro del Reglamento Penitenciario. Esta queja no puede ser atendida, pues tal contradicción no existe. Si bien el pliego de cargos aludía tanto a los arts. 109 a) y 109 b) Reglamento Penitenciario como posibles preceptos aplicables, el Acuerdo sancionador castiga solamente por la conducta tipificada en el artículo 109 a), calificación esta ratificada por los autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

(Sentencia núm. 195/1995, de 19 de diciembre. RA 2.072/1994, *BOE* de 24 de enero de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

Artículo 130.4, d)

PLIEGO DE CARGOS

Afirma el actor que, en contra de lo prescrito en el artículo 130. 4 d) Reglamento Penitenciario, dicho acuerdo no contiene una relación circunstanciada de hechos probados, remitiéndose a lo relatado en el pliego de cargos. Sin embargo, tal irregularidad no alcanza trascendencia constitucional, pues a efectos del derecho de defensa, del cual es presupuesto el derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2), lo determinante es que

derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2), lo determinante es que el pliego de cargos contenga una clara descripción de los hechos imputados al expedientado y de la calificación jurídica que merecen para la Administración Penitenciaria, a fin de que el interno pueda disponer su estrategia defensiva (SSTC 2/1987, 190/1987, 297/1993, entre otras). En el caso que nos ocupa, tal garantía fue respetada, al contener el pliego de cargos todos los datos necesarios para permitir al interno un exacto conocimiento de los hechos imputados y poder defenderse de los mismos, por lo que la queja examinada carece de contenido constitucional.

(Sentencia núm. 195/1995, de 19 de diciembre. RA 2.072/1994, BOE de 24 de enero de 1996. Ponente: Don Enrique Ruiz Vadillo.)

Artículo 131, b)

RECURSO. PROPOSICIÓN DE PRUEBA

(*Vid.* Sentencia núm. 195/1995, de 19 de diciembre, sobre *Derecho a la prueba* –art. 24.2 CE–.)

Artículo 254

PERMISO DE SALIDA

(*Vid.* Sentencia núm. 112/1996, de 24 de junio, sobre *Permisos de salida* –art. 47 LOGP–.)

La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo

(Comentario a la STS de 24 de noviembre de 1995.

Ponente Sr. Delgado García*)

RAMON RAGUÉS VALLÈS
Profesor de Derecho penal

Universitat Pompeu Fabra**
(Barcelona)

I

1. Las acusadas, Josefa B.M. y Soledad N.B., madre e hija, convivían con una niña de dieciocho meses, Zuleica, hija de esta última. Ambas acusadas sometían a la pequeña a frecuentes malos tratos, consistentes en gri-

(*) Abreviaturas utilizadas: ADPCP: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*; BGH: *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal alemán); CGPJ: *Consejo General del Poder Judicial*; CP: *Código Penal*; FS: *Festschrift*; JuS: *Juristische Schulung*; GA: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*; NK: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1ª ed., 1995 (citado por parágrafo y marginal); SK: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 6ª ed., 1995; StGB: *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán); STS: Sentencia del Tribunal Supremo español; ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

(**) La realización del presente trabajo se enmarca en el Proyecto PB95-0988 financiado por la DGE del Ministerio de Educación y Cultura. Algunas de las ideas que se exponen en este artículo (concluido en otoño de 1996) han sido desarrolladas de forma más completa en mi tesis doctoral *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, defendida en septiembre de 1998.

tos e insultos, además de golpes en aquellas partes del cuerpo que más dificultosa hiciera su detección por parte de las autoridades. De hecho, Soledad ya había sido privada de la patria potestad y custodia de otra hija, debido a los malos tratos a que también la había sometido.

Entre el 20 y 23 de marzo de 1994, al dar de comer Soledad a su hija Zuleica con una cuchara grande o sopera, apretó la misma contra la lengua de la niña, produciéndole una herida inciso contusa de grandes dimensiones que, con una profundidad máxima de 0,5 cm., se extendía de lado a lado de la lengua a la altura del primer tercio de la misma, así como heridas en el istmo de las fauces, decidiendo no acudir al médico por temor a ser privada igualmente de la custodia de su segunda hija. Tales heridas, que producían a la niña intensos dolores, así como frecuentes y abundantes hemorragias cuando comía, fueron ocultadas por las procesadas a la enfermera y educadora familiar que acudieron al domicilio de aquéllas el día 23.

Así las cosas, el 28 del mismo mes de marzo, la abuela Josefa comenzó a dar de comer a la niña, dejando que continuara su hija Soledad cuando vio que la pequeña rehusaba la alimentación con arcadas y vómitos de comida y sangre. Soledad reanudó la tarea sujetando la boca de Zuleica y metiendo la cuchara por la fuerza, despreciando la evidencia de las fuertes hemorragias que se manifestaban en los vómitos de la niña, así como los riesgos claros de atragantamiento. Las procesadas, al ver los espasmos de la pequeña y la ausencia de respiración, intentaron varias maniobras de reanimación que resultaron inútiles, por lo que inmediatamente salieron hacia el ambulatorio de la Seguridad Social en un taxi. Cuando llegaron, Zuleica había ya padecido una parada respiratoria irreversible debida a asfixia por aspiración de sangre procedente del istmo de las fauces en el árbol respiratorio. La autopsia practicada a la niña reveló señales de numerosos golpes en la cabeza.

2. La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 3 de marzo de 1995, condenó a las acusadas Soledad y Josefa como autoras de un delito de lesiones del artículo 425 del Código Penal de 1973 (malos tratos habituales), con la agravante de alevosía, a la pena de cinco meses de arresto mayor, y de otro delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte (art. 565 CP1973) a la pena de cuatro años de prisión menor, absolviéndolas del delito de parricidio doloso del cual venían acusadas por el Ministerio Fiscal. Dicho Ministerio recurrió en casación por infracción de ley ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, alegando aplicación indebida del artículo 565 CP e inaplicación del 405 CP, por entender que debió condenarse a las acusadas en tanto que autoras de un delito de parricidio cometido con dolo eventual y no de imprudencia temeraria.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de noviembre de 1995 (ponente Sr. Delgado García), desestimó dicho recurso, confirmando el pronunciamiento de la Audiencia. No obstante, se emitió voto particular por parte del Magistrado Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, al cual se adhi-

rió el Sr. Montero Fernández-Cid, entendiendo ambos que debió haberse estimado el recurso del Ministerio Fiscal.

II

3. El presente trabajo va a centrarse en el análisis de la cuestión que ocupó por entero el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, así como la subsiguiente sentencia del Tribunal Supremo, incluido el voto particular que acompaña a ésta. Dicha cuestión no es otra que la relativa al tipo subjetivo del delito de parricidio del que fueron declaradas culpables ambas procesadas. Se deja por tanto de lado el estudio de otras cuestiones no exentas de interés, como pueden ser la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía en el delito de malos tratos -con el siempre espinoso tema de la alevosía ante víctimas *per se* indefensas- o la consideración de la abuela como también autora de la muerte de la niña, lo que llevaría a entrar en el terreno de la autoría o la participación omisivas (1).

Nos encontramos, sin duda, ante un auténtico caso-límite por lo que respecta al deslinde entre el ámbito propio del dolo eventual y el de la culpa consciente. Las difusas fronteras que separan ambas figuras desempeñan en este supuesto un papel de especial importancia, pues la pena a aplicar en caso de apreciarse dolo eventual sería la del parricidio doloso (art. 405 CP1973, reclusión mayor, es decir, privación de libertad de veinte años y un día a treinta años), mientras que, de apreciarse culpa, el consiguiente parricidio imprudente, comportaría una pena sensiblemente inferior (prisión menor -privación libertad de seis meses y un día a seis años- en el Código de 1973 que, en el caso concreto, la Audiencia acabó fijando en cuatro años). La precisión de dichos límites es, por tanto, una cuestión de primer orden para la resolución de este supuesto, cuestión que, como se expresa en el voto particular, conviene analizar a la luz de las más recientes posturas doctrinales sobre la materia (2).

(1) Probablemente, la conveniencia de los pronunciamientos de la Audiencia Provincial para los intereses de la defensa llevaron a ésta a renunciar a la interposición de recurso. No obstante, la declaración como autora de la abuela, sólo puede fundamentarse con base en una posición de garante, ya que el hecho que parece determinante para la producción de la asfixia mortal, es decir, el acto de ejercer «violentas maniobras para vencer la resistencia de la niña», sujetando su boca y metiendo la cuchara por la fuerza, lo llevó a cabo únicamente la madre. Tan sólo en el voto particular se entra de pasada en la cuestión, afirmándose (FJ 4.^o) que «ambas procesadas que estaban constituidas en garantes, no sólo ocultaron tales lesiones a la enfermera, sino que no llevaron a la niña al médico para que fuera debidamente atendida ...».

(2) Afirma el voto particular, que «debe proclamarse una vez más la utilidad práctica de las diferentes categorías doctrinales y de las diversas fórmulas y criterios de diferenciación entre el dolo eventual y la culpa aportados por la dogmática germánica y por la propia doctrina científica española, en cuanto iluminan y destacan las diferencias de las valoraciones de las actuaciones en función del previsible resultado».

Lo fronterizo del caso se hace patente en la elevada pena impuesta por la Audiencia y confirmada por el Tribunal Supremo, que entiende justificada la sanción en cuestión -cuatro años de prisión menor por un delito imprudente, algo nada habitual en la práctica judicial- «pues los habituales malos tratos de la niña a manos de su madre y abuela, uno de los cuales fue el hecho de autos que produjo la muerte no querida de ésta, merecen un grave reproche social acorde con la pena impuesta». Este argumento no parece de recibo, pues justifica con los malos tratos habituales que se infligían a la niña la elevada pena que se impone como consecuencia del delito imprudente. Los malos tratos se castigaron independientemente en la resolución de la Audiencia, sin haber sido objeto de recurso, y no pueden justificar, en modo alguno, la elevada pena del parricidio imprudente, pues la gravedad de cualquier hecho típico debe fundamentarse en las circunstancias disvaliosas de éste, y no en actuaciones anteriores del sujeto que, además, en este caso ni siquiera se materializaron en el resultado, pues nada tuvieron que ver los golpes en la cabeza detectados a la pequeña en la autopsia con el resultado final de muerte por asfixia.

Es posible que pueda encontrarse la explicación de lo elevado de la pena, en que la Audiencia, al encontrarse ante un caso realmente fronterizo entre imprudencia y dolo eventual, optara por buscar dentro de los marcos penales una suerte de penalidad intermedia. A buen seguro, para dicho tribunal los hechos no merecían ni una pena tan grave como la del parricidio doloso, ni una tan leve como las que se imponen usualmente por delitos imprudentes, pero, obligado a optar entre uno de los dos títulos de imputación, se inclinó por imponer la pena de los segundos en su franja alta (3).

4. La sentencia adopta, como punto de partida para el examen de la tipicidad subjetiva de los hechos, la idea de que «las dos conocidas teorías de la representación y del consentimiento y sus derivadas no han de ser consideradas como opuestas o irreconciliables entre sí». Las teorías de la representación y la del consentimiento son las dos principales posiciones

(3) De hecho, algunos autores han postulado la creación de un título de imputación con penalidad intermedia entre el dolo y la imprudencia para rellenar valorativamente el salto de pena que se da entre ambas figuras. (Cfr. PUPPE, NK, § 15.8 ss). La exclusiva mención del legislador, en los arts. 1 del CP1973 y 10 del CP1995, a dolo e imprudencia como títulos de imputación subjetiva, hace que la aplicación de dicho *tertium genus* no pase de ser una mera consideración de *lege ferenda*, sostenida también en Alemania por SCHÜNEMANN en «Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars», GA, 1985, pp. 341-380. Otras opciones apuntadas, como el castigo del dolo eventual con la pena de los delitos dolosos atenuada mediante la aplicación de la circunstancia del art. 9.4 CP1973, que nunca fueron mayoritarias, han quedado definitivamente descartadas al desaparecer dicha circunstancia en el CP1995. Cfr., al respecto, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 3ªed., Barcelona, 1990, p. 687 y BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed. a cargo de H. HORMAZÁBAL, Barcelona, 1994, pp. 290-291.

doctrinales que en el último siglo se han sustentado para la definición del dolo eventual. La primera afirma la concurrencia de dolo cuando el sujeto actúa representándose como probable o como posible, según los autores, el acaecimiento del resultado. La segunda, en cambio, exige algo más que la mera representación, por entender que lo propio del dolo es la voluntad del sujeto de realizar el tipo penal. Dado que la presencia de dicha voluntad no es demasiado evidente en muchos casos, se recurre a otros elementos de corte pretendidamente volitivo, como pueden ser la conformidad, aprobación o incluso indiferencia del sujeto con respecto al carácter típico de su conducta (4).

Tradicionalmente ambas teorías han sido entendidas como antagónicas, aunque en este caso el Tribunal Supremo pretende dotar a ambas de un denominador común. El argumento esgrimido a este respecto en la sentencia, esto es, para sostener la posibilidad de aplicar indistinta o, incluso, conjuntamente, cualquiera de las dos anteriores teorías, es cuando menos chocante, al afirmarse literalmente que dicha compatibilidad se debe a que «ambas nos proporcionan pistas acumulables para poder detectar en el caso concreto si nos hallamos ante uno u otro supuesto», es decir, ante dolo o imprudencia. Así, se afirma que la primera teoría -la de la representación- nos proporciona el dato de la probabilidad del resultado y, constatado éste, la segunda teoría -la del consentimiento- nos suministra el elemento volitivo, a obtener mediante prueba indiciaria: el consentimiento o aceptación del eventual resultado por parte del autor.

Sin perjuicio de que ambas teorías en muchos casos puedan acabar conduciendo a soluciones idénticas, no parece nada claro que, desde un punto de vista conceptual, sean compatibles. De hecho, los autores que se adhieren a una de ellas rechazan la otra. Por otra parte, debe estimarse incorrecto afirmar que ambas teorías nos proporcionan meras «pistas» para poder decantar la balanza entre dolo eventual o culpa consciente en cada caso concreto. Tanto la mayor parte de las llamadas teorías volitivas -donde se inscribe la teoría del consentimiento- como de las denominadas cognitivas -donde se inserta la teoría de la representación- lo que pretenden es aportar un concepto de dolo eventual, no meras «pistas» para encontrar no se sabe muy bien qué. En todo caso, cabría considerar «pistas» los indicios objetivos a partir de los cuales el Tribunal deduce la

(4) Una de las críticas que tradicionalmente se ha dirigido contra las teorías que exigen un elemento volitivo para el dolo consiste en poner en evidencia cómo, cuando estas teorías pretenden definir el dolo eventual, no utilizan conceptos verdaderamente volitivos sino, a decir de PUPPE, «sucedáneos de voluntad» (*Willenssurrogate*) o «juegos de asociación de palabras» como aprobar, consentir, conformarse o mostrarse indiferente. Cfr. PUPPE, NK, § 15.30. Por su parte, JAKOBS considera que dichos conceptos no son más que «florituras retóricas» con dudosa existencia práctica. JAKOBS, *Derecho penal. Parte General*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid 1995, p. 325.

representación y voluntad del acusado, pero no estos conceptos en sí mismos. Si, por ejemplo, el consentir es una mera «pista» para constatar la existencia de dolo eventual, ¿en qué consiste esta modalidad de dolo? Simple «pista» lo sería, dado el caso, afirmar que en el supuesto concreto un sujeto consintió el acaecimiento del resultado porque no hizo nada para evitar la muerte de la persona que agonizaba ante sus ojos. La «pista» es la conducta externa del sujeto; si ésta nos lleva a afirmar que el autor consintió -y se parte de la teoría del consentimiento- deberemos afirmar dolo eventual, algo muy distinto a decir que el consentimiento en cuestión nos da una «pista» para ver si, ulteriormente y no se sabe con qué criterios, concurre o no dicha modalidad de dolo. La pista, por su mismo nombre -«señal que queda del paso de alguien por un sitio» (5)-, debe ser algo objetivo, aprehensible por los sentidos, cualidad que no puede predicarse ni del conocimiento ni tampoco de la voluntad.

5. Continuando con su argumentación, la ponencia dice inclinarse por las denominadas «fórmulas mixtas» para resolver los límites del dolo eventual, es decir, aquéllas que toman elementos conceptuales (no «pistas») de la teoría de la probabilidad y de la teoría del consentimiento: la previsión del resultado como probable y la aceptación, aprobación o conformidad del sujeto ante dicha probabilidad (6). A continuación se desglosan los requisitos que deben concurrir, según dicha teoría, para poder apreciar dolo eventual y éstos son aplicados al caso:

1.º *Previsión del resultado*: el autor debe representarse la posibilidad de que acaezca el resultado típico, en este caso la muerte de la niña. Es éste un elemento común al dolo eventual y a la culpa consciente. Según la sentencia, del análisis de los hechos probados no es ni tan sólo posible extraer con seguridad que el día de autos madre y abuela llegaron a representarse dicha posibilidad: no era la primera vez que la niña se atragantaba y vomitaba y, además, llevaba varios días con heridas en la boca y recibiendo la comida por la fuerza. «Parece lógico pensar que Soledad y Josefa creyeran que la niña acabaría comiendo como en ocasiones anteriores, aunque se atragantara y llegara incluso a vomitar sangre. Pudieron

(5) MARÍA MOLINER, *Diccionario del uso del español*, Madrid, 1992.

(6) La «fórmula mixta» en cuestión viene a coincidir con la definición propugnada por JESCHECK, hoy dominante en Alemania, según la cual «dolo eventual significa que el autor toma seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella». JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5.ª ed., Berlín, 1996, p. 299. Ésta es la teoría que, como regla general, sigue el Tribunal Federal Alemán: «... el autor actúa dolosamente cuando reconoce como posible, y no como completamente remoto, el acaecimiento del resultado típico, de modo que por ello se entiende que se conforma con la realización del tipo o que por lo menos se resigna a ella (...) La imprudencia consciente se da cuando el autor no está de acuerdo con la posibilidad de realización del tipo, reconocida como posible y, seriamente, no sólo vagamente, confía en que el resultado típico no acaecerá» (BGHSt 36,1, pp. 9-10). En sentido crítico, PUPPE, NK, § 15.51 ss.

prever el hecho de que una vez más volviera a atragantarse, pero no el que de ahí pudiera derivarse el fallecimiento, como lo avalaba la experiencia de esas otras ocasiones inmediatamente anteriores en las mismas circunstancias». Concluye la ponencia que ni tan siquiera cabe afirmar con rotundidad la existencia de culpa consciente, pues ésta también requiere representación de la posibilidad.

2.º *Previsión del resultado como probable*: «tomárselo en serio», especifica la sentencia parafraseando a Jescheck (7). No basta pues con la probabilidad objetiva, según reglas de experiencia, de que de semejante conducta se derive el resultado, sino que es necesario que se aventure un pronóstico en la mente del autor, aun cuando, se añade, no está claro en qué concreto grado de probabilidad debe representarse el acaecimiento del resultado (8). En este caso es evidente que, tras haberse puesto en duda que las acusadas llegaran a representarse la posibilidad del resultado, el Tribunal entiende que no se produjo la representación de éste como probable, utilizando de nuevo el argumento de las experiencias anteriores: ya otras veces habían alimentado de esta manera a la niña y no había pasado nada.

3.º *Consentimiento*: literalmente, según el Tribunal, «que sobre el resultado que aparece como probable en la mente del sujeto, intervenga de algún modo la voluntad, aceptándolo, aprobándolo o conformándose con él». Respecto al caso concreto, se expresa que «lo que afirmamos con seguridad es que no hubo en ningún momento intervención de la voluntad de alguna de las acusadas respecto de ese resultado de muerte». El Tribunal deduce la ausencia de dicho elemento del hecho que las acusadas realizaran «inmediatas maniobras de reanimación y luego acudieron al lugar donde creían que podían prestarse los auxilios médicos que impedirían el que se consumara un resultado que nunca quisieron». Concluye el Tribunal afirmando que las acusadas no se conformaron con el fallecimiento, sino que en todo momento trataron de evitarlo.

No existe demasiada certeza, ya no en esta sentencia sino tampoco en las mismas fuentes doctrinales, sobre cómo debe configurarse el consentimiento, ni cómo puede desligarse de la actitud interna del sujeto -entendida como que éste observe el resultado con agrado o disgusto-, algo que

(7) JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, p. 300: «tomar en serio el peligro significa que el autor estima el riesgo de realización del resultado como relativamente alto».

(8) Una de las críticas por excelencia contra las teorías que exigen para el dolo eventual la representación del resultado como probable por parte del autor es que no especifiquen qué grado de probabilidad, en terminos porcentuales, debe representarse éste. (Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Barcelona, 1996, p. 247). Sin embargo, otros autores replican que los términos «probable-improbable» se utilizan habitualmente en el lenguaje cotidiano sin que su uso responda necesariamente a un previo cálculo de porcentajes numéricos. «La palabra “montón” tiene un sentido y es posible utilizarla aunque nadie pueda responder a la pregunta de cuántos granos hacen un montón», afirma PUPPE, NK, § 15.75.

en principio se rechaza como elemento de la imputación subjetiva, por considerarse impropio de un Derecho penal del hecho (9). Además, la autonomía conceptual de dicho consentimiento se pone en duda cuando el principal indicio para su inferencia práctica no es otro que la representación del resultado como probable por parte del sujeto: cuando alguien entiende como probable que a consecuencia de su actuación se pueda derivar un resultado lesivo y ello no le impide actuar, el sujeto en cuestión está consintiendo en que dicho resultado se produzca (10). Igualmente, el momento en que se consiente debe tomarse en cuenta no cuando ya el resultado es inevitable, como en este caso, sino en el momento en que el sujeto es consciente del riesgo que está creando para el bien jurídico. El comportamiento de las acusadas dirigido a tratar de evitar la realización del riesgo en el resultado se da cuando dicha realización es ya algo irreversible y, todo lo más, puede fundamentar la aplicación a éstas de la circunstancia de arrepentimiento, pero no excluir automáticamente el dolo, pues la concurrencia de sus elementos debe acreditarse en el momento de realización de la conducta típica (11).

(9) Si bien el requisito del consentimiento en su origen (*fórmula de Frank*) se basaba en la actitud interna del sujeto ante el resultado, las constantes críticas recibidas por esta postura han llevado a los autores que defienden teorías de corte volitivo a buscar una cierta neutralización de dicho elemento, aportando expresiones más asépticas desde el punto de vista emocional, como «conformarse» o «aprobar en sentido jurídico». Buena parte de la doctrina pone en duda la viabilidad de estas teorías, entre otras cosas porque, si se vacía de emotividad, el consentimiento se acaba afirmando siempre que el autor actúa en conocimiento de la probable producción del resultado. Cfr. PUPPE, «Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis», *ZStW*, 103 (1991), p. 6 ss., KINDHÄUSER, «Der Vorsatz als Zurechnungskriterium», *ZStW*, 96 (1984), pp. 23-24. En sentido similar, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, p. 402, para quien el tránsito del dolo de la culpabilidad al injusto debe comportar la depuración de los elementos emocionales.

(10) Según JAKOBS, aquellos autores que propugnan teorías de la actitud, (es decir, teorías que incluyen elementos volitivos como el consentimiento o la aprobación), deduciendo siempre dicha actitud de la concurrencia del elemento de representación y de la decisión del sujeto de actuar, «apuntan a una delimitación intelectual vergonzante, y son idénticas, salvo en lo referido al proceso de fundamentación, a la aquí representada», es decir, a la teoría de la probabilidad, a la que, con variantes, se adhiere este autor, para quien, de todos modos, semejante proceder es en definitiva «inocuo». JAKOBS, *Derecho penal*, p. 331. En una línea parecida van las críticas formuladas por GIMBERNAT a la tradicional Jurisprudencia mantenida por el Tribunal Supremo; cfr. GIMBERNAT ORDEIG, «Algunos aspectos de la reciente doctrina jurisprudencial sobre los delitos contra la vida», en *ADPCP*, 1990, pp. 421-430. Según entiende HRUSCHKA, el hecho de que siempre que el autor conoce las circunstancias típicas de su acción se afirme que éste quiso la realización típica cuando actuó, es algo que no puede quedar en el ámbito de la prueba forense del pretendido elemento volitivo del dolo, sino que necesariamente tiene que repercutir en el concepto, Cfr. HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», en *Strafverfahren im Rechtsstaat. Kleinknecht-FS*, Múnich, 1985, p. 193.

(11) CORCOY BIDASOLO, «En el límite entre dolo e imprudencia», *ADPCP*, 1985, p. 974.

6. El voto particular emitido por el Magistrado Sr. Martínez-Pereda Rodríguez, al que se adhiere el Sr. Montero Fernández-Cid, llega a la conclusión de que sí concurría en este caso dolo eventual y, por tanto, las acusadas debieron haber sido condenadas como autoras de un parricidio doloso del artículo 405 CP1973, aunque admite «las dificultades para la fijación de forma nítida de una línea diferencial y divisoria entre ambas formas de culpabilidad».

El voto particular cita diversas teorías sobre el dolo eventual, poniendo especial énfasis en la teoría de la probabilidad, ya acogida en algunas resoluciones anteriores por el Tribunal Supremo (12). Según esta doctrina, «si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró de la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado»: el dolo eventual no se excluye con la esperanza de que no acaecerá el resultado o cuando el autor toma medidas poco serias para eliminar un peligro que conoce como tal (13). En definitiva, se entiende que concurre dolo eventual cuando se acomete una acción a sabiendas de que es probable que a consecuencia de ésta se derive el resultado típico, postura que debe encuadrarse entre las llamadas teorías cognitivas, es decir, aquellas que prescinden de cualquier elemento volitivo para deslindar dolo de imprudencia.

Con todo, la posición que acoge el voto particular no se encuentra en absoluto alejada de la empleada por la mayoría, quien exigía expresamente el requisito del consentimiento, además del de la representación de la probabilidad. En la práctica, el consentimiento se suele estimar existente cuando el sujeto no ha dejado de actuar pese a juzgar probable el acaecimiento del resultado, dado que, como se afirma en el mismo voto particular, el Tribunal Supremo ha seguido manteniendo la teoría del consentimiento, si bien en algunos casos presumiéndolo «desde el momento en que el autor actúa conociendo los peligros de su acción». De hecho, el voto particular habla de «ratificación» del resultado cuando se da esta situación (expresión tomada de la STS 23 de abril de 1992, «caso de la colza») y, aunque dota a la expresión de un significado meramente normativo, sus fronteras con el «aprobar en sentido jurídico» son difusas. En definitiva, no parece descabellado afirmar que en este supuesto el punto clave es la representación (o no) del resultado como probable por parte de las autoras y, de haber existido consenso en este extremo, las soluciones no podían haber distado mucho entre sí, pese a ser nominalmente distintas las teorías que manejan mayoría y voto particular.

(12) Entre otras, el Tribunal Supremo acoge la teorías de corte meramente cognitivo en las SSTs de 23 de abril 1992 («caso de la colza»), 28 de enero 1994, 16 de septiembre de 1994 y 5 de mayo de 1995. Sobre las teorías del dolo eventual aplicadas en tiempos recientes por el Tribunal Supremo, cfr. DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Valencia, 1994, p. 323 ss.

(13) Cfr. la STS 27 de diciembre de 1982, que resuelve el llamado «caso Bultó».

Después de este despliegue de argumentación doctrinal, los magistrados disidentes proceden a fundamentar la que habría sido su resolución del caso: las procesadas conocían la gravedad de las lesiones causadas días antes a la niña, pese a lo cual optaron por no ponerla en manos de personal sanitario y, siendo conscientes de que dichas heridas le impedirían ingerir alimentos sólidos, pretendieron dar de comer a la pequeña Zuleica sujetándole la boca y metiendo en ella la cuchara por la fuerza, lo que condujo al proceso de asfixia. Cuando intentaron llevar a la niña a algún centro de asistencia, «el delito ya se había consumado y entonces aparecen unas maniobras que expresan con toda claridad un arrepentimiento *post factum* que no se niega, pero que resultó ineficaz en la retirada o marcha atrás del camino del resultado». Por todo ello, se prosigue, «el caso habla por sí mismo (*res ipsa loquitur*), y ambas procesadas tomaron en serio la posibilidad e incluso la probabilidad de que el grave resultado se produjera, o lo que es lo mismo, no lo descartaron en su producción y contaron con tal posibilidad conformándose con ello, al menos resignándose ante el probable resultado. Tales agentes comisoras tuvieron que representarse de manera necesaria lo grave de su modo de actuar y las consecuencias que de tal actuación podían derivarse (...) Ha de reputarse dolosa la conducta, porque el conocimiento del peligro propio de la acción que supera el límite del riesgo permitido es suficiente para teñir de doloso un comportamiento, ya que se somete a la víctima a situaciones peligrosas que no se tiene la seguridad de controlar, aunque no se persiga el resultado típico». Los magistrados firmantes del voto particular, en consecuencia, habrían optado por estimar el recurso del Ministerio Fiscal.

III

7. La ya centenaria disputa sobre los límites entre el dolo y la imprudencia es, sin lugar a dudas, uno de los temas que más ríos de tinta ha hecho correr entre la dogmática jurídico-penal, tanto en España como en el Derecho comparado. Sin embargo, y pese a la multitud de teorías esbozadas hasta la fecha de hoy, aún parece estarse lejos de encontrar soluciones incontrovertidas para supuestos como el que nos ocupa (14). La casi totalidad de la doctrina ha centrado sus esfuerzos en tratar de aportar unos conceptos de dolo e imprudencia lo suficientemente diáfanos para permitir su aplicación práctica, pero todo parece indicar que en la mayoría de los casos no se ha alcanzado el objetivo. En la presente sentencia, sin ir

(14) Ello lleva a autores como YÜ HSIU HSÜ, quien acomete un estudio comparativo entre las posiciones actuales de la doctrina y las que se sostuvieron en el XXIV Deutscher Juristentag de 1898, a afirmar que en todo este tiempo «no se ha avanzado nada». YÜ HSIU HSÜ, *Bleibendes und Vergängliches in der strafrechtlichen Vorsatzdogmatik*, conferencia inédita pronunciada en la Universitat Pompeu Fabra, junio de 1995, p. 3.

más lejos, tanto ponencia como voto particular emplean teorías prácticamente idénticas, si no en la forma, sí en el fondo, y ello no es óbice para que acaben llegando a conclusiones totalmente opuestas. El núcleo del problema está en que la ponencia considera que las acusadas no se representaron la muerte de la niña como probable, mientras que el voto particular entiende que sí. Desde planteamientos clásicos parece que, a primera vista, estamos ante un problema de libre valoración de la prueba por parte de los miembros del Tribunal. Sin embargo, entender que la solución del caso debe depender de la aplicación de unas vagas máximas de experiencia judicial, lleva a negar la posibilidad de resolverlo de acuerdo con reglas que puedan generalizarse y, además, consagra la inutilidad de los conceptos al uso de dolo eventual y culpa consciente, por ser incapaces por sí solos de resolver el caso con nitidez.

En los últimos años algunos autores están tratando de enfocar el tema de manera distinta, rompiendo con el paradigma tradicional de delimitación dolo-imprudencia como realidades meramente conceptuales y buscando, a la vez, una perspectiva del tipo subjetivo que no olvide las condiciones de aplicabilidad de las categorías dogmáticas que lo integran. En este sentido, un primer paso lo dan las llamadas «Teorías del dolo como decisión contra el bien jurídico», formuladas por autores que conciben el dolo como un concepto con base fundamentalmente normativa, lo que *a priori* debería facilitar su aplicación. En la práctica, sin embargo, estos autores acaban reincidiendo en los puntos débiles de las teorías tradicionales, porque no les queda otro remedio que mantener la representación y la voluntad, entendidas como algo «que se desarrolla en la esfera más íntima del sujeto», como puntos clave para apreciar la «decisión de aquél contra el bien jurídico», ya que dicha expresión por sí sola puede ser un concepto válido para justificar la acentuada punibilidad del dolo con respecto a la imprudencia, pero no para dar una explicación de cuándo concurre o no dolo en un caso concreto (15).

De entre las más recientes aportaciones merece la pena destacar dos, tanto por su rigor teórico como también por representar dos puntos de vista radicalmente contrapuestos para intentar solucionar el problema que

(15) Dentro de la teoría del dolo como decisión contra el bien jurídico puede incluirse a autores como ROXIN, HASSEMER o SCHROTH en Alemania y DÍAZ PITA en España. La vaguedad de la expresión «decisión contra el bien jurídico» obliga a los autores que la postulan a dar criterios más concretos para poder aplicarla. Sin embargo, dichos criterios no difieren de los aportados por las teorías tradicionales, básicamente, representación y voluntad. Así, ROXIN se acaba decantando por el «tomar en serio», HASSEMER por la voluntad y la representación y DÍAZ PITA, por su parte, requiere que el sujeto aprehenda correctamente la situación y que su objetivo sea la destrucción del bien jurídico o bien, que ésta sea una consecuencia irrenunciable de su fin último. Cfr. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Múnich, 1994, p. 359; HASSEMER, «Los elementos característicos del dolo», trad. DÍAZ PITA, en *ADPCP*, 1990, p. 917; DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 321.

nos ocupa: la de Walter Kargl, en su obra de 1993 *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie* («El dolo jurídico penal sobre la base de la teoría cognitiva de la acción») y la de Ingeborg Puppe en su monografía *Vorsatz und Zurechnung* («Dolo e imputación») de 1992, así como en su comentario al párrafo 15 del Código Penal alemán en la edición de Nomos Kommentar. En ambos estudios, aunque desde perspectivas muy distintas, se pretende ir más allá de la mera elaboración conceptual y se tienen en cuenta las condiciones de aplicación del concepto de dolo.

8. El trabajo de Kargl es, sin duda, el más notable intento en los últimos tiempos de fundamentar el contenido del dolo tomando como punto de referencia la realidad psíquica del sujeto. Como no duda en afirmar en el prólogo de su obra, «en ningún otro ámbito de la dogmática jurídico-penal, la voluntad de normativizar ha despreciado tan a conciencia la perspectiva del autor como en el ámbito del dolo» (16). Este desprecio es algo que el Derecho penal no se puede permitir si realmente pretende satisfacer necesidades preventivas, pues un Derecho penal que prescindiera del referente individual, según Kargl, está renunciando a cualquier finalidad de orden preventivo y se degrada hasta el punto de convertirse en un mero instrumento de retribución del hecho: parafraseando a Klaus Sessar, «¿por qué debería alguien que en su entendimiento no quería matar y, por tanto, no ha actuado dolosamente, aprender a no matar dolosamente con la ayuda de la pena?» (17). No puede postularse, entiende Kargl, un Derecho penal preventivo que ignore la realidad psíquica del sujeto en el momento de comisión de los hechos.

El punto de partida de *Der strafrechtliche Vorsatz* son las investigaciones del psiquiatra forense Reinhart Lempp, quien en 1977 publicó un trabajo consistente en el análisis del comportamiento de 80 jóvenes condenados por homicidio (18). Según este autor, en tan sólo 18 de los 80 casos podía afirmarse a ciencia cierta que el autor hubiera querido realmente matar a la víctima, mientras que en los otros casos, Lempp entiende que se produjo por parte del autor una «ocultación del crimen frente a sí mismo» (19). Sin embargo, las fórmulas utilizadas por la dogmática penal para fundamentar el dolo ignoran completamente esta realidad, y tan sólo buscan en el hecho aquellos datos que permiten afirmar la con-

(16) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz auf der Basis der kognitiven Handlungstheorie*, Francfort d.M., 1993, p. 15.

(17) Cfr. KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 69, cita tomada de SESSAR, *Rechtliche und soziale Probleme einer Definition der Tötungskriminalität*, Friburgo d.B., 1981, p. 216.

(18) El trabajo de LEMPP es *Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden*, Berna, 1977.

(19) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 17 ss.

currencia de categorías tan etéreas como el consentimiento del autor, o si éste tomó o no el riesgo en serio. Ya en los interrogatorios al imputado, tanto policiales como judiciales, se ve por parte de las autoridades un interés desmesurado por completar las tradicionales categorías conceptuales del dolo eventual antes que por reconstruir la verdadera realidad psíquica del autor en el momento de los hechos. Lempp concluye su trabajo afirmando que en los casos estudiados «si en el momento el autor se hubiera representado las consecuencias del hecho, no lo habría llevado a cabo. ¿Qué es, sin embargo, lo que le impide representarse en dicho momento las consecuencias? Sin duda, el hecho mismo y su psicodinámica. En cada emoción y en cada agitación están considerablemente restringidos el pensar y la capacidad de pensar, casi hasta su completa supresión. Cuando menos, el intelecto está tan determinado por el acontecer del momento, que ya no son posibles en dicho momento del hecho perspectivas sobre el futuro o reflexiones sobre las posibles consecuencias» (20).

El trabajo de Lempp permite aventurar a Kargl una serie de conclusiones. La primera de ellas es que las instancias de aplicación del Derecho penal actúan en la convicción de que tienen ante sí un sujeto que en el momento del hecho ha procedido de modo totalmente racional: el sujeto aprehende la existencia de un riesgo, calcula las posibilidades de que el resultado acaezca y, en función de dicho cálculo y de sus intereses, decide actuar. Según Kargl, este prototipo no concurre en una gran mayoría de casos, como se ha encargado de demostrar la investigación de Lempp. El supuesto que nos ocupa, analizado en función de los hechos que aporta la sentencia, parece encuadrable dentro de aquellos casos en que Lempp afirma la ocultación del hecho frente a sí mismo por parte del autor. Así, la conducta de las acusadas, con anterioridad y posterioridad al momento de los hechos, hace difícil aseverar que éstas realmente llevaran a cabo los actos que acabaron desembocando en la muerte de la niña siendo conscientes de su verdadera dimensión y consecuencias. Antes del día de autos, no procuraron asistencia médica a la pequeña por temor a que las autoridades acordaran la privación de la patria potestad, lo que parece demostrar que la vida en compañía de la menor era algo de lo que no querían prescindir. Una vez ejecutada la conducta que desencadenaría la muerte por asfixia de la niña, las acusadas intentaron, aunque demasiado tarde, evitar el fatal desenlace, lo que muestra su disconformidad con el resultado y, además, que en el momento anterior posiblemente estuvieran actuando en desacuerdo con sus verdaderas valoraciones respecto a la vida de la pequeña Zuleica.

La segunda cuestión que se plantea Kargl surge al hilo de la tradicional bipartición entre elementos cognitivos y volitivos en las definiciones de dolo. Para dicho autor, no es en absoluto evidente que pueda sostener-

(20) LEMPP, *Jugendliche Mörder*, p. 198.

se de un modo tan rotundo dicha separación atendiendo a la realidad psíquica del sujeto, lo que le lleva a preguntarse: «¿existe una acción en conocimiento de la posibilidad de lesión que no sea una lesión voluntaria? O, más breve aún: ¿existe una acción no dolosa pese al conocimiento de la posibilidad de lesión?» (21). Kargl va derivando su argumentación hacia un orden de cosas en que el dolo se asienta sobre el conocimiento del sujeto, lo cual no supone, como podría parecer *a priori*, la creación de un concepto tan amplio de dolo que se extienda hasta el ámbito tradicional de la imprudencia consciente, sino todo lo contrario, pues, desde su punto de vista, en relativamente pocos casos puede afirmarse que el sujeto realmente conoce.

Kargl entiende que la búsqueda de elementos volitivos en el dolo es fruto de concepciones reduccionistas-racionalistas de la cognición. Del mismo modo que no puede existir una voluntad vacía -no se puede querer lo que no se conoce-, tampoco puede existir un conocimiento vacío, es decir, exento de emotividad, valoración o decisión. Como se han encargado de demostrar recientes investigaciones psicológicas, la voluntad y el intelecto no pueden enfrentarse como dos realidades contrapuestas. Buena prueba de ello es, a juicio de Kargl, que el BGH en la mayoría de los casos acabe deduciendo la voluntad que podía sostener un sujeto con respecto a un resultado, a partir del grado de conocimiento que dicho sujeto tenía en el momento de actuar (22).

La noción correcta de conocimiento propugnada por Kargl debe tomarse de la teoría de la lógica emocional (*Affektlogik*) formulada por el suizo Luc Ciompi (23). De las conclusiones de dicha teoría se deduce que las estructuras afectivas e intelectuales del hombre están configuradas de modo completamente común (24): *conocer es querer y querer es conocer*. Para Kargl lo importante es, por tanto, delimitar en qué casos se da el conocimiento adecuado para considerar que el sujeto también quiso algo cuando actuó. Llegado a este punto el autor se inclina por una concepción cercana a los postulados de las teorías de la probabilidad: «Un concepto

(21) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 32.

(22) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 52. A juicio de KARGL existen dos tipos de conocimiento uno práctico y directo que se fundamenta en las experiencias vitales del sujeto y otro reflexionado abstracto e independiente de la situación. El problema de gran parte de las teorías del dolo es que se construyen sobre este segundo género de conocimiento, que difícilmente estará presente en el momento de los hechos. Pero, además, en muchos casos se intenta tomar esta modalidad de conocimiento como indicio clave para derivar ulteriormente la voluntad del sujeto, todo lo cual, desde el punto de vista psicológico, resulta inadmisibile.

(23) CIOMPI, *Affektlogik. Über die Struktur der Psyche und ihre Entwicklung*, 4ª ed., Stuttgart, 1994.

(24) Para una somera exposición de los postulados de la lógica emocional, KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 61 ss, donde se resumen los planteamientos elaborados por CIOMPI.

de conocimiento psicológicamente individualizado y, por tanto, eficiente, debe abarcar aquellos elementos de la representación del peligro en los cuales el autor pueda reconocer su querer o bien su decisión. Un conocimiento de posibilidad no es aquí suficiente. Puesto que en un mundo contingente literalmente todo es posible, se debe ser muy exigente en la (virtual) admisión de aceptaciones responsables sobre la medida del peligro representado. Tales exigencias no se pueden calcular matemáticamente en el caso concreto, lo que tampoco es necesario (...) el peligro debe ser tan elevado que una confianza en el buen desenlace no sería realista. Éste es siempre el caso cuando el autor se encuentra con que la mayoría de motivos habla a favor de que se realice la circunstancia del hecho en cuestión. Por ello, lo probable se califica como en alta medida probable, si desde la perspectiva del autor, o bien, cuando sobre las bases de su conocimiento emocional, son completamente mayoritarios los fundamentos que hablan a favor del mal desenlace del peligro. Sólo en este dolo de probabilidad se auto-reconoce el autor y es, por ello, aceptable desde el punto de vista de prevención especial. Y sólo lo que es eficaz en términos preventivo-especiales tiene una dimensión preventivo-general» (25).

En definitiva, Kargl considera que aquello que mejor encaja con su noción del conocer como elemento necesario para el dolo es que el sujeto se haya representado como altamente probable el acaecimiento del resultado. Las situaciones en que el sujeto actúa por debajo de este nivel de representación devienen casos de imprudencia, aunque este autor sostiene una visión ciertamente peculiar de esta figura en su modalidad consciente: «La imprudencia consciente no puede darse (por ello) bajo condiciones psicológicas normales. Es un fenómeno patológico (...) apreciar en un único comportamiento una determinación a favor y una determinación en contra de la realización del tipo no parece tener sentido, pues, de ser así, se separa el conocer del sentir. Sobre la base de la lógica emocional sólo es plausible una interpretación del acontecimiento: quien es consciente en el instante de decisión de la conducta de la concreta posibilidad de acaecimiento del resultado, se decide por la lesión del bien jurídico. Quien carece de este conocimiento no se decide contra el bien jurídico y actúa como mucho imprudentemente. Actuar pese a conocer es la decisión misma» (26).

La resolución del presente supuesto de hecho con las teorías de Kargl llevaría a considerar que en modo alguno es posible condenar a las acusadas por haber provocado dolosamente la muerte de la víctima, pues parece imposible afirmar que, cuando éstas la forzaron a ingerir comida, llegaran a representarse como altamente probable el resultado de muerte. Además, Kargl otorga una gran importancia a la experiencia vital del suje-

(25) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 69-70.

(26) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, pp. 67-68.

to en la fijación del contenido de la representación real de éste, cuestión que en el presente caso sería un motivo más para excluir el dolo, en la medida en que las otras ocasiones en que las acusadas procedieron de idéntica manera el resultado no acaeció. Negado el dolo, no queda claro sin embargo qué decisión debería adoptarse con respecto a la modalidad de imprudencia. Si se entiende que las acusadas actuaron con imprudencia consciente, es decir, que querían a la vez dos realidades mutuamente excluyentes, según el autor, estaremos ante un problema de imputabilidad que, desde luego, de *lege lata*, parece difícil canalizar a través de algún precepto vigente para tener en cuenta las implícitas aminoraciones de culpabilidad. La culpa inconsciente sería otra posibilidad, si se entendiera que las acusadas no llegaron a representarse en absoluto las posibles consecuencias de su actuación.

La teoría de Kargl es elogiada en la medida que expresa la inquietud por intentar conciliar la misión preventiva del Derecho penal con la realidad psíquica del sujeto a quien aquél dirige la amenaza de la pena. Igualmente lo es por fundamentar dicha conciliación en investigaciones empíricas, algo que a menudo olvidan no pocos autores, quienes parten del puro intuicionismo en el análisis de las actitudes de los sujetos ante las prohibiciones penales. Con todo, la realidad que toma por base el autor - los estudios de Lempp sobre el delito de homicidio- no parece suficiente para explicar la globalidad de los comportamientos delictivos y, por tanto, tampoco para aportar un concepto de dolo generalizable. La figura del delincuente racional, que Kargl pone en cuestión, puede ser una *rara avis* en el ámbito de los delitos de homicidio, especialmente cuando la dinámica comisiva de éstos se impregna de connotaciones de tipo pasional, pero no parece que sea posible sostener lo mismo con rotundidad respecto a otros ámbitos de la criminalidad como, por ejemplo, el económico.

Además, aunque sobre el papel Kargl parece equiparar voluntad y conocimiento en un plano en que ambos conceptos se disuelven en una unidad, lo cierto es que el segundo parece tener un papel claramente predominante en la definición de dolo que este autor propugna. Y ello por diversos motivos; el más evidente es, sin duda, que se decante por la teoría de la (elevada) probabilidad, una postura que, desde luego, pone el acento en la cuestión cognitiva: si el sujeto se representó el acaecimiento del resultado típico como altamente probable y, pese a ello, actuó, quiso el resultado. O dicho al revés: el sujeto no pudo no querer el resultado que cuando actuó se representaba como altamente probable (27). Un segundo

(27) De hecho, así lo interpreta YÜ HSÜ HSÜ, para quien la teoría de KARGL parte de una determinada relación entre conocer y querer «para fundamentar que el elemento emocional es inútil»; HSÜ, *Bleibendes und Vergänglichliches*, p. 15. Esta autora reprocha a KARGL la confusión entre voluntad, emotividad y conocimiento pues, según entiende ella, aunque dichos elementos están interrelacionados, no lo están hasta el punto de confundirse.

motivo para justificar este predominio de lo cognoscitivo se debe a que, según Kargl, la voluntad es algo que no puede inferirse aisladamente, pero sí a partir del conocimiento, dato que este autor entiende hasta cierto punto deducible, al afirmar que «si reconocemos que existe una lógica profunda y una lógica superficial del conocimiento que depende de la situación de interacción, entonces parece posible una comunicación parcial con el mundo de experiencias del acusado» (28). Cómo debe llevarse a cabo esta comunicación es algo que queda en el aire, en la medida en que no se afirma expresamente si ésta se debe efectuar mediante una investigación empírica que pretenda escrutar la psique del autor en el momento de los hechos, o si debe realizarse, en tanto que comunicación parcial dependiente de la situación de interacción, a través de las tradicionales máximas de experiencia asentadas sobre la prueba de indicios. La primera opción se antoja de difícil aplicación práctica; la segunda, desvirtúa totalmente las intenciones del autor de no dejar de lado la realidad psíquica del sujeto en la aplicación del Derecho penal. La postura de Kargl resuelve el presente caso en un sentido unívoco, pero su concepto de dolo no parece suficientemente amplio para generalizarlo, a la vez que se plantean serios interrogantes sobre sus condiciones de aplicabilidad (29).

9. El planteamiento de Puppe se erige sobre unas bases completamente opuestas a las de Kargl, desde el momento en que esta autora prescinde en buena medida del fuero interno del sujeto como realidad a la que debe atender el tipo subjetivo y plantea la cuestión del dolo como un problema eminentemente valorativo. Si Kargl exigía para el dolo un alto nivel de representación por parte del sujeto, Puppe se conforma con un contenido de representación mucho menor, lo que no quiere decir que lleve al extremo de formular un concepto objetivo de dolo (30).

Puppe parte de la afirmación de que «es el Derecho y no el autor el competente para decidir sobre la relevancia jurídica del peligro de realización del tipo del cual es consciente dicho autor» (31). Para ello no queda otra solución que diferenciar entre peligros de dolo y peligros de imprudencia. Pero además, Puppe da por buena la idea de que el dolo

(28) KARGL, *Der strafrechtliche Vorsatz*, p. 72.

(29) En sentido similar, EULE-WECHSLER, *Vorsatz und Fahrlässigkeit bei minimal unerlaubten Risiken*, disertación para obtener el grado de doctor, leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bonn el día 11 de marzo de 1996, p. 56. Por otra parte, añade PUPPE que tampoco la forma como concibe la realidad del sujeto la lógica emocional puede considerarse incontrovertida y, de hecho, otras muchas teorías psicológicas utilizan planteamientos distintos; PUPPE, NK, § 15.117.

(30) En un sentido similar al de PUPPE ya se pronunció HERZBERG en su trabajo «Die Abgrenzung von Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit - ein Problem des objektiven Tatbestandes», JuS 1986, p. 249 ss. Para HERZBERG la cuestión clave en el dolo «no depende de si el autor tomó en serio un peligro reconocido, sino de si dicho autor reconoció un peligro a tomar en serio», p. 262.

(31) PUPPE, NK, § 15.61.

equivale a voluntad o a consentimiento, pero en sentido normativo y no psicológico-descriptivo, como lo entienden las teorías tradicionales. Partiendo de ambas premisas, esta autora se propone explicar en qué casos concurre dicha voluntad en sentido normativo. Para ella, «un peligro es peligro de dolo, cuando observado por sí mismo expresa un método idóneo para la causación del resultado», o «una estrategia generalmente apropiada para la causación del resultado» (32). En una visión como ésta, la concurrencia de intención por parte del autor sólo es un factor de riesgo más a tener en cuenta para valorar objetivamente si la conducta generadora de peligro da lugar a la estrategia en cuestión: «cuando un buen tirador a una distancia media con un arma bien dirigida dispara sobre una persona con la intención de matar, da lugar a un peligro de dolo, pero no a causa de sus malas intenciones, sino porque apunta a una zona del cuerpo en la que éste es mortalmente vulnerable» (33). Cuando la intención actúa sobre un peligro inadecuado para conseguir la causación del resultado, por mucha voluntad en sentido psicológico-descriptivo que concurre en el fuero interno del autor, no puede afirmarse la existencia de dolo (34).

Pese a tan considerable grado de objetivación, Puppe no prescinde de la representación del autor, pues para ella «sólo se puede hablar de un método para la causación de un resultado cuando según los conocimientos del que lo emplea, la posibilidad de alcanzar el objetivo es relativamente alta. No se puede decir más de modo genérico sobre la cantidad del peligro de dolo y, en especial, no se puede aportar ninguna cuota de probabilidad. Pero esto no es un defecto, puesto que tampoco nosotros juzgamos en los comportamientos prácticos, de cara a alcanzar cualquier objetivo, según cuotas de probabilidad, sino según un método aprendido de cálculo de acuerdo con reglas de experiencia. Si cae en manos del autor una pistola ajena de la que no sabe si es una pistola de gas o un arma de fuego cargada, éste emplea un método para dar muerte si la sostiene ante la cara de su adversario y dispara» (35). De acuerdo con los postulados de

(32) PUPPE, NK, § 15.90 y 91, respectivamente.

(33) PUPPE, NK, § 15.90 y 108. Cfr. también PUPPE en *Vorsatz und Zurechnung*, «Nos deberemos contentar, por tanto, en la determinación general del peligro de dolo, con un criterio normativo. Existe sólo un peligro de dolo cuando los factores conocidos por el autor y causados por él mismo representan una estrategia razonable de causación del resultado», p. 39.

(34) PUPPE, NK, § 15.111. Una de las conclusiones más interesantes a las que llega esta autora es la de negar que exista dolo en casos en que la probabilidad de causación del resultado es mínima, prescindiendo de la voluntad del sujeto: «el infectado con virus VIH que una única vez mantiene un contacto sexual consentido sin protección, actúa sin duda desconsideradamente en relación a la vida de su pareja, pero no aplica, a la vista de una probabilidad de infección por debajo del 2 por 100, ningún método de homicidio. Por ello no actúa dolosamente, aun cuando estuviera motivado a actuar por la representación de una posibilidad de infección de su pareja», *Vorsatz und Zurechnung*, p. 45. Sin embargo, podría llegar a apreciarse una estrategia de causación si los contactos se repitieran; *ibidem*, p. 46.

(35) PUPPE, NK, § 15.92.

Puppe, sin embargo, el juicio de idoneidad del método de causación no es algo que deba realizar el autor, sino el aplicador jurídico de acuerdo con los conocimientos singulares que el sujeto tiene: «del peligro de realización del tipo por él creado, debe conocer el autor tantos factores como sean necesarios para calificarlo como un peligro de dolo. Pero no necesita valorar el peligro como un método apropiado para la realización del tipo, puesto que ésta es una cuestión jurídica y no fáctica. Debe, en efecto, ser consciente de que existe con carácter general un peligro de realización del tipo. Si le falta por cualquier motivo esta conciencia, se le puede reprochar ceguera ante los hechos, pero no dolo de realización del tipo» (36). En definitiva, «al autor se le imputa la causación de un resultado como intencionada cuando su conducta represente un método idóneo para la causación del resultado bajo las circunstancias por él conocidas o aceptadas» (37).

La teoría de Puppe atenúa en buena medida la importancia de la representación del autor para aseverar la concurrencia de dolo. Por de pronto, en su visión no hace falta que sea este último quien valore si el peligro que está creando es o no un método idóneo para la causación del resultado (peligro de dolo), pues esta valoración corresponde al aplicador jurídico una vez constatado que el autor conocía los factores de riesgo. En el caso que nos ocupa, esta valoración debería resolverse en sentido positivo, pues las acusadas conocían las heridas infligidas a la niña días antes y, en la medida en que ellas mismas le dieron de comer, eran también conscientes de la brutalidad con que la estaban tratando el día de autos, así como de las reacciones de la pequeña ante semejante trato. Pero, sentado esto, ¿debe entenderse el dar de comer forzosamente con una cuchara sopera a una niña con heridas en la boca como un método idóneo de causación de muerte, es decir, como un peligro de dolo? (38). Como afirma Schroth, la teoría de Puppe adolece de indeterminación en la medida en que no en todos los casos es posible consensuar la presencia de dicho peli-

(36) PUPPE, NK, § 15.99. «Aquellos hechos singulares que son condición para que la acción del autor represente la utilización de un método de realización del tipo, es decir, las condiciones singulares de idoneidad del medio, dicho autor sólo debe conocerlas, o bien, representárselas», *Vorsatz und Zurechnung*, p. 48.

(37) PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, p. 66. En este caso debe entenderse «intencionada» como dolosa, en la medida en que PUPPE equipara dolo a voluntad o intención en sentido normativo.

(38) Respecto a situaciones similares a la que nos ocupa, la propia PUPPE se muestra incapaz de dar respuestas concretas: «la peligrosidad para la vida en los malos tratos graves a niños pequeños es a menudo para los legos difícil de estimar. Sin embargo, también existen inequívocas acciones de homicidio. Aquí se ubica el caso del experto luchador de karate que dirigió un golpe con el canto de la mano al occipucio de un niño pequeño, o el caso en que el acusado, en un ataque de rabia, arrojó contra el suelo al niño que lloraba y le dió una patada en la cabeza» (NK, § 15.96). Pero, el caso que nos ocupa, ¿es una acción inequívoca de homicidio?

gro de dolo, además de juzgar al individuo en función de la figura de un hombre medio racional y no analizando su singularidad. La misma autora admite las carencias de su teoría cuando prácticamente reconoce que ésta resuelve con uniformidad la mayoría de supuestos, pero no los casos-límite (39). Pero en éstos, como en el que nos ocupa, también el Juez está obligado a dictar sentencia. Si la posición de Kargl resolvía el caso, aunque de un modo insatisfactorio por hacerlo con un concepto de dolo no generalizable, utilizando los criterios de Puppe ni tan siquiera parece posible alcanzar una solución nítida.

IV

10. Tanto las teorías tradicionales como las más innovadoras han centrado sus esfuerzos en el intento de construir un concepto de dolo capaz de resolver de forma unívoca la totalidad de los casos. Sin embargo, ante hechos como los que nos ocupan, ninguna de ellas parece aportarnos una solución lo bastante convincente, pues una vez enunciado el concepto con el que se va a operar, se plantean graves problemas en el momento de «rellenar» con el *factum* los elementos que lo integran. Siguiendo la línea argumental de la ponencia y del voto particular, la pregunta clave para resolver el presente supuesto radica en si las autoras se representaron como probable o no la muerte de la niña. Hay consenso entre ambas posiciones en que la afirmación del dolo requiere la representación de dicha probabilidad, pero la discrepancia es total cuando se trata de aseverar si dicha representación se dio o no en la realidad. Éste es un problema, se suele afirmar, no de Derecho penal material, sino de Derecho procesal, aunque tampoco desde esta disciplina jurídica se suministran criterios claros para su resolución. Todo ello lleva a que muchos casos parezcan irresolubles y, cuando se acaban resolviendo, su solución se antoja, muy a menudo, arbitraria. El de las condiciones de aplicabilidad de las categorías dogmáticas es un tema que permanece en tierra de nadie, pese a que determina, en igual o mayor medida que otras cuestiones mucho más debatidas, la resolución de los casos.

(39) SCHROTH, *Vorsatz als Aneignung der unrechts-konstituierende Merkmale*, Francfort d.M., 1994, pp. 93-94, se pregunta «¿a partir de cuándo, por ejemplo, un acto de estrangulamiento es una estrategia idónea de homicidio?». A ello replica PUPPE en NK, § 15.95, afirmando que la crítica de SCHROTH «apenas debe tomarse en serio» porque su teoría resuelve de un modo inequívoco la mayoría de casos y, si no se puede pedir más a un concepto del lenguaje de la calle, tampoco cabe hacerlo con un concepto jurídico. En sentido similar a SCHROTH, RUDOLPHI, SK, § 15.5b., quien considera que la distinción entre peligros de dolo y peligros de imprudencia contradice la ley, puesto que la regulación del error de tipo (§ 16 StGB) parte claramente de que los peligros no permitidos exigidos por el delito doloso y por el delito imprudente son idénticos y, por tanto, la diferencia entre dolo e imprudencia debe buscarse en la perspectiva subjetiva del autor.

Desde determinados planteamientos se entiende que, dada la naturaleza subjetiva del dolo, la única vía que permite afirmar o negar la existencia de este elemento del delito es la del estudio psicológico o psiquiátrico del sujeto, con el fin de dilucidar cuál era el estado real de su psique en el preciso momento en que llevó a cabo el hecho delictivo (40). Sin embargo, la práctica cotidiana de los tribunales contradice de modo inequívoco esta postura, siendo el fundamento confesado de dicho proceder la convicción de que el recurso a la psicología es innecesario, aunque también pueda pesar una cierta desconfianza hacia las conclusiones a que podría llevar el recurso a dicha ciencia (41).

Así, el Tribunal Supremo ha afirmado repetidamente que la constatación del dolo del sujeto debe llevarse a cabo a partir de los indicios objetivos presentes en el relato de hechos, por no ser el conocimiento (ni la voluntad) accesible a los sentidos (42). Una primera cuestión a abordar es la de si realmente es posible tener acceso mediante indicios, a menudo débiles y controvertidos, a la auténtica representación del autor en el momento de comisión de los hechos entendida como realidad empírica (43). El indicio por sí solo no dice nada sobre el conocimiento. Es necesario, por tanto, acudir a determinados mecanismos que hagan posible dar, de un modo racional, el salto de dicho indicio objetivo a las aseveraciones sobre el nivel de conciencia del sujeto. El Tribunal Supremo ha considerado tradicionalmente que dicho salto se lleva a cabo mediante la práctica de un juicio de valor o de inferencia en que se aplican determinadas «máximas de experiencia» al sustrato fáctico que conforman los

(40) En este sentido, afirma TORÍO que el dolo «constituye una cuestión puramente psicológica, para cuya concreción no debería excluirse la psicología científica»; cfr. TORÍO LÓPEZ, «Acción peligrosa y dolo. Perspectivas jurisprudenciales y legislativas», en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 175.

(41) Así, por ejemplo, en la STS de 20 de julio de 1990, se afirma que, «en la medida en que el dolo o los restantes elementos del tipo penal no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, ni requieren para su comprobación conocimientos científicos o técnicos especiales, se trata de elementos que se sustraen a las pruebas testificales y periciales en sentido estricto».

(42) Esta idea se repite en incontables sentencias del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en la STS de 7 de marzo de 1991 se afirma: «sabido es que la existencia del dolo, integrado por elementos psicológicos que yacen en la mente del sujeto activo, es difícil de acreditar. Y que como todo lo que se guarda en lo más profundo del ser anímico, sólo puede probarse mediante una serie de datos (anteriores, coetáneos y posteriores) que manifiesten, desempolvando íntimos secretos, la voluntad querida».

(43) Según algunos autores también mediante la prueba de indicios es posible acceder a la representación del autor entendida psicológicamente, es decir, que «la opción por la realidad empírica no supone necesariamente una introducción masiva de dictámenes periciales»; cfr. Díez RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia, 1990, p. 49. Sobre la exclusión de los exámenes psicológicos en el ámbito del dolo, *ibidem*, p. 66 ss.

indicios objetivos (44). Con todo, la práctica de los tribunales permite constatar que en esta fase no se procede igual que en la prueba de hechos objetivos: aunque el Código Civil (art. 1253) regula la prueba de indicios como una modalidad probatoria más, existe una inequívoca línea jurisprudencial que considera que el momento en que corresponde aplicar las máximas de experiencia no es el de la fijación de los hechos probados, sino la fase de fundamentación jurídica de la sentencia (45). Ello ha permitido que la afirmación del dolo por parte del tribunal de instancia pueda ser objeto del recurso de casación (46).

Cuando la base que se utiliza para acreditar la representación del sujeto son los indicios objetivos, se hace difícil sostener la posibilidad de acceder a la realidad empírica de la conciencia de dicho sujeto. Esta dificultad ha llevado a bastantes autores a replantear la naturaleza del juicio de constatación de los elementos subjetivos del delito, entendiéndolo no como un proceso de reconstrucción de fenómenos psicológicos irrepetibles, sino como la imputación al autor de dichos elementos a partir de la aplicación a los indicios de una regla de valoración (47).

(44) Recientemente se ha discutido si el salto de los indicios a la constatación del elemento subjetivo se lleva a cabo mediante un juicio de valor o un juicio de inferencia con esta última expresión parece recalcar en la idea de que mediante el juicio en cuestión se consigue acceder a la representación como realidad empírica. A favor de su uso, BENÉYTEZ MERINO, «Juicio de valor y jurisprudencia», *Poder Judicial*, 1990 (19), p. 10, y MONER MUÑOZ, «El dolo y su control en el recurso de casación», en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, pp. 143-145. BENÉYTEZ afirma que «un juicio de valor, al carecer de toda objetividad, debe desaparecer de cualquier discurso lógico». Con todo, entender que el salto del indicio objetivo a la afirmación del conocimiento puede llevarse a cabo sin practicar valoración alguna, es decir, por pura lógica, supone una afirmación hartamente discutible.

(45) Así, afirma MONER MUÑOZ que la inserción de los juicios de inferencia sobre elementos subjetivos en el relato de hechos es «práctica reprochable, ya que su ubicación correcta debe ser en los fundamentos jurídicos». MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 143. Apoyando esta opinión, las SSTs de 30 de octubre de 1990 y 14 de noviembre de 1992. Sin embargo, no es difícil encontrar resoluciones judiciales donde ya en el *factum* se afirma que el sujeto cuenta con un nivel de conocimientos tal que, al pasar a la fundamentación jurídica, la afirmación de que concurre dolo es algo que cae por su propio peso. Para otro interesante estudio sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de prueba del dolo, cfr. MARTÍN GARCÍA, «Problemas procesales del dolo: su prueba», en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, p. 201 ss.

(46) Sobre este punto, cfr. MONER MUÑOZ, en *Elementos subjetivos de los tipos penales*, pp. 145-148.

(47) Ésta es, globalmente, la idea que defienden los autores que en la terminología de Díez RIPOLLÉS acogen la llamada «perspectiva normativa», en la que se encuadran planteamientos que van desde la afirmación de que al Derecho penal no le interesa la averiguación de toda la verdad material (Krauß), hasta aquellos que sostienen que dicha averiguación es imposible y, por tanto, en la práctica se procede de manera distinta (HASSEMER). Sobre dicha perspectiva, Díez RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos*, p. 73 ss.

Si se acoge esta última opción, la explicación de las posturas discrepantes en el supuesto que nos ocupa debe atribuirse a que sentencia y voto particular aplican reglas de valoración distintas en el tránsito de los indicios objetivos contenidos en el *factum* a las respectivas negación y afirmación del conocimiento necesario para el dolo. Procedamos al análisis de cómo en cada caso se llevó a cabo el proceso de «relleno» del elemento conceptual «representación de la probabilidad» a partir de los hechos previamente probados. En primer lugar, la sentencia entiende que no es posible afirmar la concurrencia del nivel de representación requerido para el dolo, aportando como dato para sustentar tal afirmación el hecho de que ya las acusadas habían procedido otras veces de tan brutal modo y «no había pasado nada». El voto particular, por su parte, considera que «el caso habla por sí mismo» y que las «agentes comisoras *tuvieron que representarse* de manera necesaria lo grave de su modo de actuar» (48). Ante semejante discrepancia cabe entender, como primera posibilidad, que la aplicación de una u otra regla es algo que debe quedar al libre arbitrio del juzgador, según la valoración o «experiencia» de éste sobre el hecho enjuiciado. Pero dicha opción resulta poco satisfactoria, en la medida en que hace que la decisión final dependa exclusivamente de la intuición del Juez o, en casos como éste, de la mayoría de miembros del Tribunal. Para intentar aportar mayores cotas de racionalidad y seguridad jurídica a este momento de aplicación del Derecho, será conveniente profundizar algo más en la naturaleza del llamado juicio de valor o de inferencia que se practica en el ámbito del dolo y del tipo subjetivo en general.

Los razonamientos que permiten realizar el tránsito del indicio objetivo al establecimiento del grado de representación que se da en el tipo subjetivo, las «máximas de experiencia» en definitiva, se fundamentan en la aplicación de *reglas de imputación de conocimientos* (49). La existencia de dichas reglas puede explicarse mediante la idea de que el conocimiento es una experiencia estrictamente personal, es decir, de que el ser humano puede experimentar su propio conocimiento, pero nunca aquello que conocen o desconocen los demás. Esta comprensión no está ni mucho menos circunscrita en exclusiva al terreno de la praxis judicial. Al contrario, dicha praxis es el mero reflejo de un modo de proceder totalmente arraigado en la misma interacción social (50). Cuando en la vida cotidiana afirmamos

(48) Cursivas añadidas.

(49) Cfr., en general, HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten», p. 200 ss. «Como todo lo espiritual tampoco un dolo del hecho se determina y prueba, sino que se imputa». DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, p. 321, entiende que la correcta aprehensión de lo arriesgado de la situación y la decisión conscientemente adoptada en contra del bien jurídico deberán «ser atribuidas al sujeto en base a indicadores externos».

(50) De acuerdo KRAUß, para quien el contenido de los elementos subjetivos se fija de acuerdo con las categorías valorativas de las valoraciones sociales, y no con el análisis empírico de las estructuras psicológicas del sujeto. KRAUß, «Der psychologische Gehalt subjektiver Elemente im Strafrecht», *Brunns-FS*, Colonia, 1978, p. 21 ss.

que un tercero conoce o desconoce algo, no lo hacemos porque hayamos «experimentado» la realidad empírica de sus pensamientos, sino porque una serie de datos objetivos nos permiten imputarle dicho conocimiento de acuerdo con determinadas reglas que rigen la comunicación humana (51).

La conducta del sujeto es la principal fuente de indicios a partir de los cuales es posible aplicar una regla de imputación de conocimientos: tal es el caso de la confesión del acusado. Quien confiesa lo que se representó en el momento de realizar la conducta típica no está permitiendo acceder a la realidad de su psique en dicho momento, sino que, a partir de un indicio objetivo como es su confesión, se aplica por el juzgador una regla de imputación de conocimientos que puede expresarse diciendo que quien afirma haber conocido algo cuyo conocimiento le perjudica, efectivamente lo conoció (52).

Evidentemente, es imposible desarrollar hasta el mínimo detalle todas las reglas de imputación de conocimientos que rigen en nuestra sociedad; sin embargo, las utilizamos constantemente. La mayor fuente de indicios para la aplicación de estas reglas es la conducta externa del sujeto. Pero también imputamos conocimientos a partir de la posición social de dicho sujeto (53), o bien, mediante la constatación de transmisiones de conocimientos de terceros al autor con anterioridad al hecho (54). Además, exis-

(51) Las reglas de imputación de conocimientos vendrían a ser una clase de las llamadas por VOLK *reglas de coordinación o correspondencia* («Zuordnungsregeln» o «Korrespondenzregeln»). Mediante estas reglas «se une los conceptos teóricos con los conceptos de observación; estas reglas se preocupan de la relación con la “realidad”. No lo hacen desde luego de la misma manera que las definiciones clásicas. Los conceptos teóricos no se reducen por completo a lo observable, sino que sólo son parcialmente rellenos con contenido empírico»: «Strafrechtsdogmatik, Theorie und Wirklichkeit», en *Bockelmann-FS*, Múnich, 1979, p. 77. Las reglas de correspondencia vendrían a responder a la pregunta «¿Cómo se puede probar ésto en el proceso?»; cfr. VOLK, «Dolus ex re», en *Arthur Kaufmann-FS*, Heidelberg, 1993, p. 617.

(52) Cfr., en sentido similar, HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten», p. 199, donde se niega, en contra de lo que tradicionalmente se venía manifestando, que la confesión del acusado sea el medio por excelencia para acreditar plenamente el dolo de éste.

(53) La imputación de conocimientos en función de la posición social del sujeto es algo que a menudo puede verse en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, en los hechos probados de la STS de 23 abril de 1992 («caso de la colza») se sostiene que el carácter venenoso de la anilina es «de conocimiento general entre los empresarios y técnicos introducidos en la rama de los aceites». Otro ejemplo se puede tomar de la STS 22 de julio de 1993, donde se afirma que «tan clara es la imitación y tan conocida es en el mercado la ginebra Larios, que no cabe pretender que fuera necesario un requerimiento notarial para que la fabricación de la ginebra Lirios de autos pudiera ser reputada delictiva, máxime siendo su autor un fabricante de licores que conoce bien el mercado y la gran difusión y publicidad del producto imitado» (cursivas añadidas).

(54) Éste es el argumento utilizado, por ejemplo, por el BGH en el llamado «caso del virus del sida». En este supuesto, un enfermo de sida mantuvo diversas relaciones sexuales sin utilizar preservativo, pese a haber sido repetidamente informado por personal sanitario de la gravedad de su enfermedad y de la peligrosidad de ésta

te una serie de conocimientos mínimos que se imputan originariamente a todos los ciudadanos «normales». La ausencia relevante de estos conocimientos mínimos es algo que no resolvemos en sede de dolo, sino de culpabilidad, con todas las repercusiones que ello conlleva (55). Al igual que el conocimiento, y más o menos por las mismas vías, es posible también imputar desconocimientos.

Toda regla de imputación de conocimientos puede ser sometida en abstracto a un juicio de adecuación desde la perspectiva de la interacción social. Así, por ejemplo, si alguien sostuviera que todos los trabajadores de la construcción tienen conocimientos de biología molecular, dicha afirmación sería rechazada por inadecuada, dada la actual configuración de nuestra sociedad. Sí parece adecuada, por el contrario, la regla según la cual se afirma que el carácter venenoso de la anilina es de conocimiento general entre los empresarios aceiteros (56). Evidentemente los casos pueden complicarse mucho más, sobre todo cuando concurren varios indicios que, a su vez, lleven a la aplicación de reglas distintas o, incluso, contradictorias. Por ello es especialmente importante que, en sus fundamentaciones jurídicas, los aplicadores del Derecho expresen cuáles son las

para los demás, así como de sus vías de contagio. Constatada la transmisión de esta información, el BGH sostiene que el acusado conocía, en los momentos en que mantuvo relaciones sexuales, cuál era la peligrosidad real de su conducta, pero no lo afirma probando dicho conocimiento como dato empírico en el momento de actuación del sujeto, sino imputándolo en virtud de la prueba de las anteriores transmisiones de información al autor por parte del personal sanitario. Cfr. BGHSt, 36, p. 1.

(55) Ello explica la causa de inimputabilidad del artículo 20.3 CP95, aplicable a los supuestos en que el sujeto «tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad». El fundamento de esta causa no es otro, al fin y al cabo, que la ausencia en el sujeto de determinados conocimientos considerados presupuesto básico de la vida social.

(56) En sentido contrario PÉREZ DEL VALLE, para quien «no hay una determinación general de las condiciones en las que existe dolo, ya que estas condiciones se infieren del caso concreto». Este autor parece afirmar que, en el ámbito del dolo, las máximas de experiencia, y no sólo los indicios, se extraen para cada caso de la realidad externa del hecho particular; en cambio, respecto del conocimiento de la antijuricidad sí existirían unas «premisas mayores de eficacia general», esto es, unas máximas de experiencia preexistentes al supuesto concreto. Sin embargo, en ambos casos se lleva a cabo una misma clase de juicio –en virtud del cual se atribuyen conocimientos a un sujeto– y, por tanto, se hace difícil explicar por qué debería procederse de manera distinta en cada caso. Desde mi punto de vista, lo que sucede es que en la esfera del conocimiento de la antijuricidad se atribuye al sujeto la conciencia de una realidad muy concreta, como es la vigencia de determinadas normas jurídicas. Ello ha permitido un minucioso desarrollo de las reglas en que se basa dicha atribución. Este desarrollo es mucho más difícil para el ámbito del conocimiento de los elementos típicos, pues éstos comprenden un número muchísimo más amplio de realidades. Pero, más o menos desarrolladas, las reglas preexisten en ambos casos, pues de lo contrario, no podrían ser sometidas, en abstracto, a un juicio de adecuación a la interacción social. Cfr. PÉREZ DEL VALLE, «La prueba del error», *Revista de Derecho Procesal*, 1994, pp. 427-428.

reglas en virtud de las cuales imputan a un sujeto determinados conocimientos, por qué aplican unas con preferencia a otras y, asimismo, que argumenten la adecuación de dichas reglas al actual contexto de interacción social.

11. Examinemos ahora, a la luz de estas exigencias, las reglas de imputación de conocimientos utilizadas por ponencia y voto particular para llegar, en el caso que nos ocupa, a sus respectivas soluciones. Recordemos que lo que se trataba de determinar era si las acusadas se representaron o no como probable (o si tomaron en serio la posibilidad de) que a consecuencia de su conducta se acabase derivando la muerte de la pequeña Zuleica.

La ponencia utiliza en este caso una regla de imputación de desconocimiento. Las acusadas ya antes habían actuado de manera similar a cómo lo hicieron el día de autos y el resultado, sin embargo, no se había producido, lo cual implica que en el momento de los hechos que se enjuician desconocían la peligrosidad de su proceder. El Tribunal aplica aquí una regla que viene a decir: quien ha llevado a cabo una conducta peligrosa sin que el peligro llegara a materializarse, no juzga como probable la materialización de dicho peligro cuando vuelve a actuar de idéntica manera. Esta afirmación no puede superar un juicio de adecuación a la interacción social: haber tenido suerte en ocasiones anteriores no quiere decir que en la situación presente (como tampoco en aquéllas) se haya dejado, como regla general, de ser consciente del peligro. Nadie diría que quien ha jugado diez veces a la ruleta rusa saliendo indemne en todas ellas, ya no es consciente del peligro que tal juego conlleva cuando se decide a jugar por undécima vez. Sin embargo, la ponencia se basa en una regla como ésta para imputar a las acusadas el desconocimiento de la probabilidad de acaecimiento de la muerte de Zuleica y, por tanto, la ausencia de dolo eventual.

Por su parte, el voto particular simplemente afirma que las acusadas «tuvieron que representarse de manera necesaria lo grave de su modo de actuar». Aquí se está, de un modo más evidente que en la literalidad de la postura anterior, imputando conocimientos. No obstante, puede criticarse a dicho voto que no fundamente de modo explícito cuáles son los datos objetivos en los que basa semejante imputación. Probablemente se utilizarían argumentaciones no muy alejadas de las siguientes: las acusadas sabían que la niña padecía heridas de una cierta gravedad desde el momento en que decidieron no suministrarle la preceptiva asistencia médica por temor a perder su custodia, lo cual confirma que conocían perfectamente un primer factor de riesgo y, además, lo juzgaban de una entidad no desdeñable, pues le atribuían la virtualidad de privarles de la custodia de la menor si llegaba a oídos de las autoridades. Las acusadas conocían el tamaño desproporcionado de la cuchara, los vómitos con sangre de la pequeña y sus continuos espasmos, atragantamientos y lloros cuando la obligaban a comer, simplemente porque todo ello lo tuvieron ante sus

ojos. En definitiva, las acusadas conocían todos los factores de riesgo en su forma externa. La argumentación debe dar ahora el paso siguiente, que consiste en afirmar que del conocimiento de todos estos datos objetivos se deriva el juicio por parte del sujeto activo de que el riesgo de muerte es probable o elevado. En nuestra sociedad entendemos que, forzosamente concluiría el razonamiento, cuando una persona en su sano juicio conoce rasgos tan inequívocos de la extrema gravedad del peligro no puede dejar de representarse como probable el acaecimiento del resultado. Y, si ésta es la reconstrucción correcta del hilo de los razonamientos del voto particular, su conclusión, discutible o no, presenta un nivel de adecuación a los mecanismos sociales de imputación de conocimientos del que carece la de la mayoría.

V

La formulación expresa de las reglas de imputación de conocimientos puede producir una cierta sensación de incomodidad si éstas se juzgan a la luz de un principio de imputación subjetiva entendido de manera psicologizante. Sin embargo, cuando en nuestras relaciones cotidianas con los demás decimos o pensamos que otra persona conoce (o desconoce) algo, no lo hacemos porque tengamos acceso a la realidad de su conciencia, sino en virtud de la imputación de dichos conocimientos a través del uso de unas reglas tan arraigadas en la interacción social que se utilizan casi siempre de modo automático. En muchas situaciones son los demás quienes nos imputan conocimientos a nosotros haciendo uso de dichas reglas y la conclusión a que llegan éstos acierta en la inmensa mayoría de los casos cuál ha sido la realidad de nuestro conocimiento. Si se acomete, en consecuencia, la reformulación del principio de imputación subjetiva teniendo en cuenta estos extremos, la incomodidad se desvanece en buena medida. Ciertamente, la aplicación de las reglas en cuestión puede conducir a (indetectables) situaciones materialmente injustas, en que el conocimiento que se impute a un sujeto nunca haya «existido» empíricamente hablando (57). Todos hemos tenido alguna vez la experiencia -habitualmente desagradable- de que nos atribuyan en virtud de datos objetivos la posesión de unos conocimientos que nunca tuvimos. Éste es un riesgo que, con todo, no hace más injusto al Derecho de lo que lo pueda ser la sociedad misma. Afirmar que la aplicación de conceptos como el de dolo

(57) Sin embargo, no debe confundirse el empleo de dichas reglas con el de una presunción de dolo, entre otras cosas porque las reglas permiten imputar tanto conocimientos como desconocimientos y, por otra parte, porque éstas actúan sobre el caso concreto con todas sus circunstancias externas y no se formulan *a priori* para cualquier hipotético caso. Sobre la diferencia entre imputación y presunción del dolo, HRUSCHKA, «Über Schwierigkeiten», p. 197 ss, y PÉREZ DEL VALLE, «La prueba del error», p. 417.

requiere la comprobación empírica de la realidad «interna» del sujeto a través de la libre valoración por parte del Juez de los indicios objetivos no es, en modo alguno, mejor que la solución que aquí se propone, en la medida en que desde siempre tras aquella postura, en apariencia tan respetuosa con la individualidad del sujeto, se ha abierto paso un puro decisionismo que ha malogrado el esfuerzo previo de la doctrina por elaborar conceptos desde una perspectiva garantista. Asumir como inevitable que en algunos casos realidad empírica y resultado de la imputación puedan no coincidir; aceptar el insoslayable uso social de reglas de imputación de conocimientos y exigir, a la vez, que las máximas de experiencia judicial se sometan a un juicio de adecuación desde el punto de vista de la interacción social, es algo que en modo alguno parece ir en detrimento de una aplicación equitativa y transparente del Derecho penal.

La prueba del dolo en la estafa

(Comentario a la STS 393/1996, de 8 de mayo)

CARLOS PÉREZ DEL VALLE

Ltrado del Tribunal Supremo, Profesor adjunto de Derecho Penal,
Universidad San Pablo-CEU, Madrid

1. La prueba de los elementos subjetivos del tipo presenta problemas especiales que han sido resaltados por la doctrina frecuentemente. En particular, parece posible afirmar que aportaciones al concepto del dolo como la teoría de Armin Kaufmann sobre la voluntad de evitación (1) o la más reciente de Frisch en relación con el conocimiento del peligro (2) están vinculadas a las dificultades de la prueba.

En particular, la Jurisprudencia se ha desarrollado especialmente en estos aspectos en cuanto se refiere al dolo de homicidio –sobre la base de la distinción entre el *animus necandi* y el *animus laedendi* (3)– y al dolo de la receptación (4). Sin embargo, la delimitación de criterios en relación

(1) «Der dolus eventualis im Deliktaufbau», en *ZStW*, 70 (1958), pp. 64 ss, y en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, pp. 59 ss, en particular pp. 67 s. También presenta un fundamento procesal la crítica que dirige a esta tesis Winfried HASSEMER, en «Kennzeichen des Vorsatzes», *Horn* y otros (dir), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Colonia, 1983, pp. 289 y ss., en particular al referirse a los indicadores del dolo.

(2) Wolfgang FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Colonia, 1983, pp. 99 ss.; también, en «Offene Fragen des dolus eventualis», *NStZ*, 1991(1), pp. 23 ss.

(3) Cfr. recientemente: «... el dolo de los delitos de homicidio y, en su caso, de asesinato, se debe inferir de los indicadores externos que permitan conocer la dirección de la voluntad del autor, de modo que cuando el autor realiza una conducta que, por sí misma, genera el peligro de muerte, no cabe ya plantear la exclusión del dolo» (cfr. STS de 2 de enero de 1996).

(4) Cfr. STS de 29 de septiembre de 1995 : «El dolo de este delito se da cuando el autor –según las circunstancias– se haya representado varios posibles orígenes de la cosa y una de estas representaciones constituya un delito contra los bienes ajenos». De

con otros delitos no ha tenido un desarrollo similar, de modo que la discusión ha quedado reducida tradicionalmente a comprobaciones del caso concreto (5). En mi opinión, la sentencia que paso a comentar rompe con esa línea y permite afirmar que determinados hechos no pueden ser aceptados por sí solos como reveladores de la existencia del dolo del delito de estafa.

2. En la sentencia de instancia, el tribunal había absuelto a los procesados de los delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad del que eran acusados los gestores de una sociedad dedicada a la explotación y, en particular, al subarrendamiento de apartamentos. Los apartamentos pertenecían a diversos inversores, que los habían adquirido en cuotas a esta sociedad sin intención de ocuparlos y con el fin de obtener un rendimiento de la inversión, para lo cuál los arrendaban a la sociedad gestora. Sin embargo, ante la mala marcha del negocio, la Junta General acordó la disolución y liquidación de la sociedad. En ese momento, no se había llegado a iniciar la construcción de algunos de los apartamentos indicados, aunque la de otros se había finalizado hasta el punto de que habían llegado a ser explotados.

El TS se refiere a la prueba del dolo de la estafa en relación con dos recursos diferentes, formalizados en todo caso por compradores de apartamentos que no llegaron a ser construídos, pues en los contratos de compraventa se indicaba que las cantidades percibidas a cuenta deberían ser devueltas a los inversores en el caso de que la construcción no se iniciara en el plazo señalado por la póliza de la Ley 57/1968 (6).

3. En los recursos se esgrimen dos argumentos distintos. En el primero, se afirma que la falta de respuesta a los requerimientos de pago efectuados por los compradores recurrentes constituye un dato importante «que indica, en sumo grado, la actitud de los querrelados en una sintomática defraudatoria» y que de allí se desprendería un dolo especialmente grave en tanto que «la idea originadora del negocio fraudulento es el

esta forma, queda enmarcada la compra de objetos a desconocidos y por precio vil como elemento que «permite inducir el conocimiento del comprador de la adquisición de un objeto proveniente de un delito contra los bienes».

(5) En muchas ocasiones enfocadas de forma incorrecta, y dirigidas, por ejemplo, a la comprobación positiva de un error de tipo, sin incidir en que se trata de la cara inversa —es decir, de la negación— de la existencia de dolo. Sobre este aspecto, PÉREZ DEL VALLE, «La prueba del error en el proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal*, 1994(2), pp. 413 ss, en particular p. 416.

(6) La Ley 57/1968 de 27 de julio regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas por parte de las personas o entidades promotoras, cuando las entregas de dinero son anteriores al inicio de la construcción o durante la misma. En su artículo 1.1.ª exige la garantía de devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés mediante un contrato de seguro o por aval solidario, «para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido». Evidentemente, es éste el plazo al que se refiere la sentencia en el argumento indicado.

actuar en masa». En el segundo, se mantiene que el hecho de que no se diese comienzo a la construcción de los apartamentos «demuestra que su intención era la de no iniciarlos y desaparecer con el dinero de los compradores».

En su respuesta, el TS indica, por una parte, que «una intimación del cumplimiento de obligaciones contractuales no implica sin más que el incumplimiento subsiguiente se adecue al tipo penal de la estafa». Esta conclusión se apoya en la necesaria coincidencia del dolo de la estafa con el momento del engaño, pues si se presentara sólo en el momento de la intimación se trataría de un *dolus subsequens*, y no sería posible afirmar la tipicidad de la estafa —con excepción de los casos de omisión impropia— cuando el dolo concurre con posterioridad al error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado (7).

Respecto al segundo argumento, el TS indica que si los acusados «no ejecutaron ninguna afirmación de hechos falsos como si fueran verdaderos, ni que tuvieran conciencia de la imposibilidad de incumplimiento de las obligaciones que asumían, es indudable que falta toda base fáctica para afirmar el dolo».

4. La sentencia, en los extremos indicados, permite abordar una primera reflexión general en tanto que representa un límite expreso al peligro de extensión de la *praesumptio doli* a la figura que la Jurisprudencia ha denominado «negocios jurídicos criminalizados» (8). Ciertamente, este peligro no es, en sentido estricto, una presunción legal (9) incompatible con la valoración en conciencia de la prueba (10), sino el que representa la denominada prueba *prima facie*, procedente del proceso civil y que, sobre la «prueba de apariencias» (*Anscheinsbeweis*) —que surge de una primera apariencia— provoca una inversión en la carga de la prueba (11). No obstante, la conexión directa entre la denominada prueba *prima facie* y la prueba de apariencias no es totalmente clara, puesto que en ocasiones se ha negado que la consideración de la «primera apariencia» constituya necesariamente una inversión de la carga de la prueba en el proceso penal, sino tan sólo una prueba de indicios (12).

(7) En este sentido, con carácter general, JAKOBS, *Strafrecht-AT*, Berlín, 2.^a edic, 1981, 8/1; BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal-Parte General*, 4.^a edic, 1997, p. 129.

(8) Cfr., la STS 16 de marzo de 1995 (RA 1895), tanto en cuanto a la detallada exposición del contenido de la figura y a algunos precedentes jurisprudenciales recientes.

(9) Cfr., p. ej., el artículo 539 CP italiano en relación con delitos sexuales cometidos en perjuicio de un menor de catorce años: el acusado no puede invocar como excusa la ignorancia de la edad del ofendido.

(10) H. HENKEL, «Die "praesumptio doli" im Strafrecht», en *Bockelmann/Gallas* (dir.), *Festschrift für Eberhard Schmidt*, 1961, pp. 578 ss., en particular p. 581.

(11) HENKEL, *Eb. Schmidt-FS*, p. 589.

(12) VOLK, «Kausalität im Strafrecht», *NSiZ* 1996, p. 107. Cfr., de forma particular las consideraciones que aparecen en la nota 10.

En mi opinión, la introducción de máximas de experiencia evidentes a través de las cuáles es posible afirmar el dolo sobre la base de determinados aspectos del comportamiento del autor provoca la defensa en el proceso sobre ese punto (13). La discusión que se origina no ha de ser reconducida necesariamente a una inversión de la carga de la prueba, si se considera que el principio *in dubio pro reo* está vigente también en la cuestión del error de tipo (14) y que las afirmaciones del acusado en relación con el error de tipo —con la ausencia de dolo— son en realidad ya una prueba aportada al proceso en el juicio, cuyo rechazo ha de ser racionalmente fundado en la sentencia.

Por tanto, la argumentación relativa a la determinación de principios de experiencia no implica una inversión de la carga de la prueba en la medida en que requiere un respaldo en las circunstancias particulares del caso y, por tanto, del sujeto (15). En este caso, la sentencia establece con claridad este presupuesto, puesto que se exige al argumento utilizado por la acusación la fuerza suficiente para desvirtuar las afirmaciones de los acusados.

5. Por otra parte, parece claro que el TS quiere establecer límites en el razonamiento indiciario, que necesariamente han de configurarse sobre los argumentos utilizados por el tribunal.

En los citados «contratos criminalizados», la Jurisprudencia ha configurado la prueba del dolo (en este caso, el silencio sobre la intención de no cumplir la parte de la obligación implicaría el engaño sobre un elemento interno) sobre la base de que «el contrato no revela en sí nada anormal en su perfección, pero queda después de manifiesto por la conducta ulterior que sólo existió el propósito de engañar al otro contratante» (16).

(13) Cfr. PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994(2), pp. 418-419. En ese orden de consideraciones, entiende HRUSCHKA («Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Gössell/H. Kaufmann* (dir.), *Strafverfahren im Rechtsstaat-Festschrift für Theodor Kleinknecht*, Munich, 1985, pp. 191 y ss, en particular, pp. 201-202, que el problema del dolo constituye un juicio adscriptivo vinculado a estos hechos externos. La diferenciación entre el lenguaje descriptivo y adscriptivo está desarrollada por HRUSCHKA en *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.^a ed., Berlín, 1988, pp. 425 y ss. En los juicios adscriptivos no son «verdaderos» o «falsos» o «obligatorios» o «no obligatorios» (como sucede con el lenguaje descriptivo o prescriptivo): son «fundados» o «infundados» y, si consisten en un reproche o en una reprensión son «justos» o «injustos». Estas consideraciones conducen a un planteamiento sugerente desde la perspectiva de la teoría de la prueba y, sobre todo, de la argumentación jurídica de las partes en el proceso y del tribunal, aunque un examen crítico de esta posición sólo puede ser abordado en profundidad si se tiene en cuenta la teoría de la imputación de HRUSCHKA, y ello no es posible en el comentario de una sentencia.

(14) Cfr., KLEINKNECHT/MEYER, *Strafprozeßordnung*, 38.^a ed., § 261-30, en relación con el § 16 *StGB*.

(15) Lo que, por otra parte, es ya un límite reconocido a la prueba *prima facie* en la Jurisprudencia y la doctrina alemana cuando se trata de probar hechos internos (cfr. HENKEL, *Eb. Schmidt-FS*, p. 590).

(16) Cfr. la STS 16 de marzo de 1995 antes citada.

Frente a esa posición, creo que la sentencia comentada se separa en forma positiva de la línea precedente. En realidad, no sería desacertado llegar a la conclusión de que es imposible afirmar la existencia de dolo en la estafa y, en particular, en los llamados «contratos criminalizados», sobre la base de elementos de prueba situados en el tiempo con posterioridad a su celebración. En efecto, el único elemento posterior que permite al tribunal respaldar su convicción sería la confesión, que de todos modos debería ponderar racionalmente junto a otros elementos (17). En cualquier otro caso –también en las declaraciones de referencia (18)– es necesaria, en el juicio inductivo, la concurrencia de otros elementos precedentes o coetáneos a la celebración del contrato.

6. En este orden de consideraciones, parece necesario también constatar la relación con los hechos del factor que rechaza el TS como revelador de la existencia de dolo. La acusación se refiere a la falta de contestación a unas intimaciones al pago que, en principio, exteriorizaría la actitud de los acusados con el fin de mantenerse ocultos a la acción de los perjudicados por el negocio.

Sin duda, es cierto que la ausencia de contestación a las intimaciones supone la manifestación de un interés en sustraerse a las acciones de quienes pueden ser los perjudicados por el incumplimiento de las obligaciones contraídas. Sin embargo, ese factor no está relacionado directamente con el núcleo del comportamiento que se quiere subsumir en el concepto de engaño (la celebración del contrato) sino con las consecuencias del mismo (el cumplimiento de las obligaciones derivadas de aquél). De esta forma, parece claro que, en la prueba del dolo y en la discusión sobre el error de tipo, los argumentos empleados han de estar directamente relacionados con los hechos (19) y no con sus consecuencias (20).

(17) «La confesión del hecho puede entrar en el marco del artículo 741 de la ley de enjuiciamiento criminal, siempre que se valoren pruebas que han de ser valoradas y haciéndolo sin infracción de las reglas de la lógica y de los conocimientos científicos» (cfr. STS de 17 de octubre de 1992).

(18) «Los testigos de referencia no pueden fundamentar la condena del acusado por sí solos (...). De lo contrario, se darían por válidas las declaraciones de una persona que no pudo ser interrogada por el acusado y su defensa en los términos del artículo 6.3 d) CEDH, que no prestó juramento y que no declaró ante el tribunal». Un caso distinto es el caso en que un coautor o un cómplice que interviene en la ejecución exponen su participación en los hechos en los que implican al acusado que niega el engaño y el dolo. Aquí la declaración es, en mi opinión, una prueba directa, a diferencia de lo que sucede con las declaraciones de inductor o cooperadores que no intervienen en la ejecución, y que tan sólo pueden respaldar la existencia de un *dolus antecedens* –insuficiente para afirmar la tipicidad de la estafa– y, por ello, indicadores para la prueba del engaño. Además, ésta es una demostración procesal de que la diferenciación entre la coautoría y las formas de participación no puede ser eludida con la igualdad del marco de pena previsto por la ley.

(19) PÉREZ DEL VALLE, *RDP*, 1994(2), pp. 426-427.

(20) Por ese motivo, en la prueba del dolo de matar de una tentativa carece de trascendencia el argumento relativo a la conclusión –es decir, a la gravedad de las

Esta exigencia de relación directa permite distinguir una primera línea de argumentos que pueden ser empleados racionalmente en la prueba del dolo, pero no impide que el tribunal pueda utilizar otro tipo de indicadores, como los mencionados por la acusación. Sin embargo, la entrada de datos no relacionados directamente con los hechos debe quedar vedada en tanto no exista un indicador directo que permita una conexión con el comportamiento imputado, con un mecanismo similar al de las declaraciones de referencia. De esta forma, si el tribunal prueba que la empresa en nombre de la cuál se celebró el contrato por parte de los acusados no tenía un funcionamiento económico real, hubiera sido posible afirmar que la falta de respuesta a la intimación al pago era la manifestación del interés en ocultarse ante los requerimientos de los inversores en correspondencia a un plan inicial en el que se enmarcaba el silencio de la intención de no pagar. Sin embargo, en este caso el indicador directo que se propone como ejemplo no podía respaldar la entrada de indicadores indirectos en la argumentación, puesto que se había probado la actividad de la empresa en un mismo sector económico.

7. Finalmente, es necesario hacer dos especificaciones apoyadas en consideraciones fundamentalmente dogmáticas. Por un lado, la negación del dolo de engaño en estos casos está vinculada a hechos y no a juicios de valor (21). La condición de que el tribunal deba acudir a juicios indiciarios para su constatación no afecta a esta circunstancia, puesto que la prueba de indicios no se basa en un juicio de valor, sino en un juicio lógico-inductivo, y las reglas de la lógica inductiva no pueden ser consideradas como juicios de valor (22).

Por otra parte, el solapamiento procesal que se produce entre la prueba del objeto del engaño (hecho interno consistente en la voluntad de no pagar) y el dolo de engañar (conocimiento del riesgo que entraña para el patrimonio del otro el silencio sobre ese hecho interno) no debe restar claridad a la diferenciación dogmática de ambos elementos, en la medida en que es posible que el silencio se haya producido sin conocimiento del riesgo concreto que entrañaba ese silencio. Por ese motivo, pese a que los elementos de prueba sean en muchos casos idénticos, deben emplearse de

lesiones— pues de otro modo no sería posible una tentativa de homicidio sin resultado de lesiones. La gravedad sólo habría de tomarse en consideración en tanto implique la exteriorización del lugar al que se dirige la agresión y la fuerza de la misma, en caso de que la peligrosidad del acometimiento dependa también de la intensidad de la fuerza (como, por ejemplo, en un ataque con un objeto contundente o con arma blanca).

(21) LACKNER, *Strafgesetzbuch-Leipziger Kommentar*, 10.^a ed, Berlín, 1979, § 263-11. Esta posición no se ve alterada aunque se discuta esta distinción, como hace SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch-BT*, 3.^a ed, Frankfurt a. M., 1987, § 263-10.

(22) En este sentido, STS 227/1996, de 20 de marzo.

forma separada en la argumentación, puesto que de otro modo se imposibilitaría la discusión sobre el dolo y se incurriría en el riesgo de una *praesumptio doli* en la propia estructura de la decisión judicial, que sólo puede ser evitada con la utilización de criterios como los apuntados en la sentencia comentada.

ÍNDICE

FASCÍCULO II

Págs.

DOCTRINAL

<i>El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995</i> , por Agustín Jorge Barreiro	327
<i>La armonización del Derecho Penal en los Estados miembros de la Unión Europea</i> , por Klaus Tiedemann	385
<i>La obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional en el nuevo Código Penal</i> , por José Ramón Serrano-Piedecasas	405
<i>Algunas reflexiones acerca de los delitos societarios y las conductas de administración desleal</i> , por Teresa Rodríguez Montañés	425
<i>El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa</i> , por Rafael Alcácer Guirao	473

CRÓNICAS EXTRANJERAS

<i>Peligro y peligrosidad</i> , por Hans-Joachim Hirsch	509
<i>La regulación penal alemana sobre la discriminación racial y la xenofobia tras la nueva «Ley de Lucha contra la Criminalidad»</i> , por Jon Mirena Landa Gorostiza	529
<i>Derecho penitenciario colombiano: una aproximación desde la experiencia española</i> , por Abel Téllez Aguilera	591

SECCIÓN LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro	625
--	-----

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García	677
<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> . Sección dirigida por Santiago Mir Puig: <i>La determinación del conocimiento como elemento del tipo subjetivo</i> , por Ramón Ragués Vallès	795
<i>La prueba del dolo en la estafa. Comentario a la STS 393/1996, de 8 de mayo</i> , por Carlos Pérez del Valle	823

