

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO LII

MCMXCIX



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZÁLEZ-CUÉLLAR G.^º
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 BERISTÁIN 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 el Boletín Oficial del Estado.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros,
comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y
revistas de la especialidad.

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

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia
(Centro de Publicaciones)
c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado
c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
Tel.: 902 365 303
Fax: 91 538 21 21

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

**TOMO LII
MCMXCIX**

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2002

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

NIPO (BOE): 007-02-060-1
NIPO (M. de Justicia): 051-02-005-2
ISSN: 0210-3001
Depósito legal: M-126/1958

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

Pena y reparación

CLAUS ROXIN

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Munich (*)

SUMARIO: I. La idea de la reparación en el más reciente Derecho penal alemán.—II. Las ventajas prácticas de la inclusión de la reparación en el Derecho penal. 1. Las ventajas para la víctima. 2. Las ventajas para el autor. 3. Las ventajas para la Administración de Justicia.—III. Reparación y acuerdo de compensación autor-víctima a la luz de los fines de la pena. 1. La importancia de la reparación y de la reconciliación para la compensación de la culpabilidad. 2. La importancia de la reparación y de la reconciliación para la prevención especial. 3. La importancia preventivo-general de la reparación y de la reconciliación.—IV. La importancia de la reparación y del acuerdo de compensación autor-víctima para la estructura del Derecho penal y del proceso penal. 1. Reparación y acuerdo de compensación autor-víctima como «tercera vía» del sistema sancionador. 2. Reparación y acuerdo de compensación autor-víctima como medio de solución social de conflictos. 3. La víctima como partícipe independiente en el proceso penal. 4. La reaproximación del Derecho penal y el Derecho civil. 5. Proceso penal contradictorio y consensuado.—V. Conclusión.

I. LA IDEA DE LA REPARACIÓN EN EL MÁS RECIENTE DERECHO PENAL ALEMÁN

Si el Derecho penal debe tener una configuración más liberal o más represiva, más benévola o más estricta, es una cuestión a la que,

(*) Traducción del alemán por Enrique Gimbernat Ordeig. Conferencia pronunciada por Roxin en Villahermosa, México, el 16 de noviembre de 2000, dentro de los actos celebrados con motivo de la investidura como doctores «honoris causa» por la Universidad Juárez Autónoma de México del autor y del traductor del presente artículo.

en tiempos cambiantes y en numerosos países, se responde de diferente manera, y sobre la que, probablemente, nunca se alcanzará un consenso mundial. En cambio, en los últimos veinte años ha surgido una nueva corriente politicocriminal que en casi todos los países ha encontrado interés y un amplio acuerdo: la inclusión de la reparación en el sistema penal de sanciones. En la mayoría de los casos ello va vinculado al esfuerzo por alcanzar un acuerdo de compensación, es decir: una reconciliación entre el autor y la víctima.

Las propuestas que se hacen para alcanzar un acuerdo de compensación así entre autor y víctima son muy diversas en los detalles. Pero la idea fundamental es la misma: Se debe llegar a una atenuación de la pena, o a una suspensión condicional a prueba de la pena, o, incluso, a una renuncia a la pena, si el autor repara los daños producidos y se esfuerza por alcanzar una reconciliación con la víctima. Me voy a referir al Código Penal alemán, pero sólo como a un ejemplo que puede ser perfectamente mejorado, y que dispone en su § 46 a, introducido en 1994, que el tribunal puede atenuar la pena, o, incluso, en penas privativas de libertad de hasta un año de extensión, prescindir de ella, si el autor, en su esfuerzo por llegar a un acuerdo de compensación con la víctima, repara completamente o en su mayor parte el hecho cometido, o, al menos, procura hacerlo seriamente, o si –aunque sea sin un acuerdo de compensación autor-víctima– aporta una reparación del daño que exige de él esfuerzos personales importantes. También para la suspensión condicional a prueba de la pena encontramos un precepto (el § 56, párrafo segundo, inciso segundo), en el que se dice: «Para llegar a una resolución hay que tener en cuenta también, sobre todo, el esfuerzo del condenado por reparar los daños causados por el hecho».

Además, el legislador alemán ha intentado, a finales de 1999, facilitar el acuerdo de compensación entre el autor y la víctima con preceptos de Derecho procesal penal. En el nuevo § 155 a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana (StPO) se dice: «El Ministerio Fiscal y el tribunal, en cualquier estadio del procedimiento, deben examinar las posibilidades de alcanzar un acuerdo de compensación entre el imputado y el lesionado». Según el § 155 b StPO, que asimismo ha sido introducido en el último año, el Ministerio Fiscal y el tribunal pueden hacer, incluso, que se ocupen del hecho instancias de arbitraje –de carácter público y, también, privadas– «con la finalidad de alcanzar un acuerdo de compensación entre el autor y la víctima o la reparación del daño». Estas instancias deberían llegar a una solución amistosa del conflicto surgido por el hecho punible, solución que las

partes implicadas, por sí solas, a menudo no están en situación de conseguir.

Un modelo así, tal como el que ha introducido el legislador alemán, escalonadamente, en los últimos tiempos, había sido preparado mediante un Proyecto Alternativo mucho más detallado de 1992, que comprendía 25 párrafos, y en el que yo intervine como coautor, y que asume y desarrolla, en una Exposición de Motivos de más de 100 páginas, toda la discusión alemana e internacional sobre el tema. Frente a ese Proyecto, la legislación alemana se encuentra todavía en un estadio experimental. Pero en ella se puede reconocer claramente la idea fundamental de un acuerdo de compensación entre el autor y la víctima dirigido a la reparación.

El modelo que acabo de describir se diferencia de las viejas formas de vinculación entre el Derecho penal y el Derecho civil, tal como las que representan la *action civile* francesa y la *compensation order* inglesa, en dos nuevas ideas básicas. En primer lugar, en que no es el perjudicado el que reclama, como en la *action civile* francesa, su indemnización de daños en el proceso penal, y en que tampoco es el juez, como en la *compensation order*, el que condena al autor en el proceso penal al pago de la indemnización. Por el contrario, es el autor mismo quien, sin reclamación y sin condena, aporta una prestación reparadora dirigida a la reconciliación. Y, en segundo lugar, en que esas aportaciones repercuten eficazmente sobre la pena, atenuándola o sustituyéndola. La reconciliación y la reparación, por consiguiente, se convierten en elementos esenciales del sistema de sanciones.

II. LAS VENTAJAS PRÁCTICAS DE LA INCLUSIÓN DE LA REPARACIÓN EN EL DERECHO PENAL

Si la reparación y el acuerdo de compensación entre el autor y la víctima han encontrado una aceptación tan amplia en la más reciente discusión politicocriminal, ello se debe, en primer lugar, a las ventajas prácticas que esta novedad trae consigo para todos los afectados por el hecho punible: para la víctima, para el autor y, también, para la Administración de Justicia.

1. Las ventajas para la víctima

Las más evidentes son las ventajas para la víctima. Resulta indemnizada rápidamente sin ningún costo ni esfuerzo propios, mientras que

el sistema penal anterior, que remitía al Derecho civil para la indemnización de daños, casi siempre perjudicaba adicionalmente a la víctima. Pues la víctima no sólo tenía que invertir mucho tiempo y dinero para reclamar ante un tribunal civil, sino que el proceso penal impedía, también casi siempre, que el perjudicado pudiera obtener alguna vez su indemnización. Pues si el autor está encerrado en un establecimiento penitenciario no puede ganar dinero ni tampoco, por consiguiente, y en la mayoría de los casos, indemnizar a la víctima. Y aunque el autor sólo hubiera sido condenado a una pena de multa, esta obligación disminuye su capacidad y, casi siempre, también su voluntad de tener que pagar algo, adicionalmente, a la víctima. Por consiguiente, la punición del autor no reportaba a la víctima ventaja alguna, sino, más bien, ulteriores perjuicios. La vinculación que ahora se propone entre sanción y reparación ofrece, en cambio, la mejor posibilidad de ayudar a la víctima a obtener rápidamente sus derechos. Por ello no puede sorprender que la marcha triunfal de la idea de la reparación en el Derecho penal se haya visto esencialmente promocionada por la teoría de la víctima, por la victimología, que en las últimas décadas ha ascendido hasta convertirse en una ciencia independiente.

2. Las ventajas para el autor

Pero la inclusión de la reparación y del acuerdo de compensación autor-víctima en el Derecho penal favorece tanto al autor como a la víctima. Pues aquél tiene la posibilidad, mediante una reparación rápida y voluntaria, de salir librado con una importante atenuación de la pena, o, incluso, y tal vez, con una suspensión condicional a prueba de la misma. Tanto desde un punto de vista social como personal, ahí se encuentra una gran oportunidad de que se motive al autor para emplear todas sus fuerzas, a fin de alcanzar un acuerdo de compensación que satisfaga a la víctima. Estamos aquí, por consiguiente, ante la situación poco común en la que convergen los intereses de la víctima y del autor, y precisamente ahí reside la gran fuerza de fascinación de este modelo y la perspectiva de que supere la prueba de la práctica.

3. Las ventajas para la Administración de Justicia

En tercer lugar, también la Administración de Justicia obtiene grandes ventajas de esta regulación. Para empezar, se ahorra un proceso civil o, por lo menos, esfuerzos inútiles de ejecución de sentencias. Pues la *action civile* o la *compensation order*, a las que me he referido al principio, sólo proporcionan a la víctima un título ejecutivo

que carece de cualquier valor cuando el autor, como suele suceder, o bien no posee nada o bien se sustrae a la ejecución. Este gasto inútil de energía en el proceso y en la ejecución desaparece, en cambio, cuando el autor, tal como prevé el modelo propuesto, presta por sí mismo la indemnización de perjuicios. Además, la Administración de Justicia penal se evita practicar pruebas costosas y que exigen mucho tiempo, si el autor y la víctima se ponen de acuerdo y los hechos sometidos a enjuiciamiento están fuera de discusión. Por consiguiente, cualquier acuerdo de compensación autor-víctima vinculado con la indemnización tiene que ser bienvenido por la Administración de Justicia.

III. REPARACIÓN Y ACUERDO DE COMPENSACIÓN AUTOR-VÍCTIMA A LA LUZ DE LOS FINES DE LA PENA

Hasta ahora hemos enjuiciado y contemplado, sólo desde el punto de vista de los intereses personales, que la inclusión de la reconciliación y de la compensación de daños en el Derecho penal aporta ventajas para todos los afectados. Pero el resultado positivo también se confirma si se enjuicia el modelo propuesto desde el punto de vista supraindividual de los fines de la pena, para lo cual, y dentro de esta conexión, voy a dejar a un lado la discutida cuestión de cuál es la teoría correcta de los fines de la pena. Pues independientemente de donde se quiera ver el fin determinante de la pena: en la justa retribución, en la prevención general, en la prevención especial, o en una combinación de todas estas metas, en cualquier caso la reconciliación y la reparación del daño pueden ser útiles por igual para todos estos fines de la pena.

1. **La importancia de la reparación y de la reconciliación para la compensación de la culpabilidad**

Ello rige, en primer lugar, para la idea de que lo injusto acontecido debe ser retribuido justamente, compensado y, con ello, anulado. La pena puede cumplir esa tarea sólo de una forma simbólica y no especialmente convincente, porque es difícil de comprender cómo puede ser compensado y eliminado del mundo un hurto, por ejemplo, encerrando al ladrón durante seis meses. Y con ello tampoco se cambia en nada, en la realidad, el perjuicio de la víctima. Una auténtica compensación del hecho, un restablecimiento de la situación originaria, sólo se puede conseguir cuando el daño haya sido remediado y los efectos

inmateriales del hecho hayan sido eliminados mediante una reconciliación.

2. La importancia de la reparación y de la reconciliación para la prevención especial

Pero también un acuerdo de compensación reparador entre autor y víctima puede contribuir en mucho para el cumplimiento del fin preventivo especial de la pena. Es sabido que es muy difícil, y, a menudo, imposible, resocializar a un autor en un establecimiento penitenciario. Porque no es fácil corregir actitudes psicosociales deficientes, y porque es doblemente difícil preparar a un delincuente para una vida legal en libertad bajo las condiciones de ausencia de libertad. La pena de multa tampoco puede apenas contribuir a un comportamiento futuro irreprochable del autor.

La obligación de reparar el daño causado y de esforzarse por una reconciliación con la víctima, en cambio, puede influir mucho mejor de manera positiva en la actitud social del autor. Pues si el autor se tiene que ocupar personalmente del daño producido –tanto si éste afecta a valores materiales o si consiste en una lesión corporal–, se verá obligado a enfrentarse interiormente con su comportamiento, lo que puede contribuir a una modificación de su deficiente orientación social. El autor puede comprender también, fácilmente, que es justo y socialmente conveniente tener que indemnizar a la víctima y buscar un acuerdo de compensación personal con ella. Esta comprensión de tener que hacer algo socialmente constructivo y de remediar las consecuencias de una mala acción mediante buenas acciones, puede ayudarle, en mucho, a llevar en el futuro una vida conforme a la legalidad. Además, no hay que pasar por alto que al no incurrir en una pena de prisión, tal como sucede con una renuncia a la pena o con una suspensión condicional a prueba, se le evitan al autor tanto los efectos desocializadores que suponen arrancarle de su profesión y de sus vínculos sociales como los peligros de infección criminal en el establecimiento penitenciario.

3. La importancia preventivo general de la reparación y de la reconciliación

A favor de una función reparadora del Derecho penal hablan también, finalmente, razones de prevención general. Ciertamente que ha de ser considerado escaso el efecto intimidatorio de la reparación sobre la generalidad de los ciudadanos. Pero es que el efecto intimita-

torio de las amenazas penales también es escaso, ya que el comportamiento del delincuente va acompañado, en principio, de la optimista premisa de que no va a ser capturado. Por lo general, lo único que tiene efectos intimidatorios es el peligro real de ser descubierto, esto es: el control preventivo. Pero es que la prevención general no se agota en la intimidación, sino que es entendida por la política criminal moderna, más bien, como la llamada prevención general positiva. De acuerdo con ella, el efecto socialmente útil del Derecho penal reside, sobre todo, en que transmite a la población la confianza en la protección del ordenamiento jurídico y en su fuerza para imponerse.

Para alcanzar este efecto de confianza son presupuestos esenciales la reparación y el acuerdo de compensación entre el autor y la víctima. Pues la generalidad de los ciudadanos no considera que la fractura del Derecho haya sido ya curada con un castigo del autor, en tanto en cuanto el daño que ha sufrido la víctima no haya sido remediado y la paz jurídica perturbada no haya sido restablecida mediante un acuerdo entre el autor y la víctima.

Investigaciones empíricas llevadas a cabo en distintos países han puesto de manifiesto que, en delitos menos graves, la población está mayoritariamente dispuesta a considerar suficientes, como sanción única, las prestaciones compensatorias efectivas del autor que le cuesten un esfuerzo. Y también para la víctima es más importante, a menudo, una reparación rápida y plena que el castigo del autor. En cualquier caso se puede decir que la generalidad, cuyo representante destacado es la víctima, considera superada y liquidada la perturbación de la paz jurídica producida por el delito sólo cuando la situación generada por el hecho haya sido restablecida en la medida de lo posible.

Naturalmente que hay hechos que no son susceptibles de ser reparados como los homicidios o los delitos violentos brutales. Aquí un castigo es tan imprescindible como lo es en los delitos patrimoniales graves o en los delincuentes reincidentes. Pero incluso en los delitos más graves los esfuerzos de reparación pueden desarrollar un efecto de atenuación de la pena. Si alguien infiere a otro lesiones corporales de gravedad con daños permanentes, las consecuencias del delito, por muy serios esfuerzos que se hagan, no pueden desaparecer del mundo. Pero un eventual arrepentimiento del autor de asumir plenamente los costes hospitalarios y la financiación de otras medidas para hacerle la vida más fácil deben reducir también, en un caso así, la pena. No tengo ninguna duda de que esto sería aceptado socialmente y favorecería una prevención general positiva.

En la reacción social a la inclusión de la reconciliación y de la reparación en el proceso penal merecen también atención aquellos delitos que no han generado ningún daño susceptible de ser reparado, tal como sucede con la tentativa fracasada y, también, con los delitos de peligro abstracto (como la conducción en estado de embriaguez sin consecuencias lesivas). También en muchos delitos contra bienes jurídicos supraindividuales (por ejemplo, el falso testimonio) falta frecuentemente un daño aprehensible (así, cuando el tribunal percibe, desde un principio, que la declaración del autor es mentirosa). ¿Qué sucede aquí con la idea de la reparación? Seguro que la generalidad de las personas encontraría inconveniente, y que dañaría la aceptación social de mis propuestas, que el autor pudiera alcanzar, mediante la reparación, atenuaciones de la pena en, por ejemplo, un delito consumado e, incluso, una renuncia a ésta, mientras que en la mera tentativa nunca podría conseguir tales beneficios.

El problema puede solucionarse permitiendo también una «reparación simbólica» en los casos en los que no se ha producido un daño. El autor podría pagar una suma a un fondo de compensación de víctimas que exigiera de él prestaciones personales o renunciaciones personales considerables. Con los recursos de este fondo podría ayudarse, entonces, a víctimas de delitos necesitadas, que no pudieran percibir otra indemnización, y al autor se le podrían otorgar los mismos beneficios previstos para la reparación de un daño real.

También debe ser mencionado el caso del autor que, a pesar de emplear su mejor voluntad, no está en situación de aportar una reparación en dinero. Pues sería difícilmente soportable, socialmente, y, por ello, estaría contraindicada desde la perspectiva de la prevención general, que únicamente los autores económicamente solventes pudieran disfrutar de los privilegios de la reparación, mientras que sólo se reaccionaría con la pena frente a autores indigentes. Pero en estos casos se puede prever una reparación mediante aportaciones de carácter laboral. Éstas podría prestarse bien directamente al perjudicado, por ejemplo: reparando las cosas que el autor le ha dañado, bien asumiendo el autor voluntariamente otros trabajos cuyo rendimiento se aplicaría al lesionado.

De esta manera puede aplicarse, ampliamente y sin injusticias sociales, la idea de la compensación voluntaria a delitos que no hayan producido daños y a autores que no disponen de medios económicos.

IV. LA IMPORTANCIA DE LA REPARACIÓN Y DEL ACUERDO DE COMPENSACIÓN AUTOR-VÍCTIMA PARA LA ESTRUCTURA DEL DERECHO PENAL Y DEL PROCESO PENAL

Si verdaderamente se quiere tomar en serio la idea de la reparación en el Derecho penal, en ese caso hay que tener en cuenta que ello tendría consecuencias de largo alcance para todo el sistema de la Administración de Justicia penal. Hasta ahora el legislador alemán trata la reparación en el Código Penal bajo el título de la «medición de la pena». Pero, en realidad, la integración de la reparación en el Derecho penal es un acontecimiento que nos obliga a revisar en muchos puntos las bases tradicionales del Derecho penal y del Derecho procesal penal. Resumidamente, quiero mencionar brevemente cinco aspectos que me parecen especialmente importantes.

1. Reparación y acuerdo de compensación autor-víctima como «tercera vía» del sistema sancionador

La reparación no sólo tiene importancia para la medición de la pena, sino que representa una novedosa forma de sanción que aparece, independientemente, al lado de las penas y de las medidas de corrección y de seguridad conocidas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Su autonomía reside en que no se le impone al autor de una manera que sólo le permite aceptarla y soportarla con resignación. Por el contrario: él mismo tiene que asumir la responsabilidad y tiene que colaborar activamente para restablecer la paz social perturbada.

La importancia de esta sanción para el Derecho penal descansa en el principio de subsidiaridad, es decir: en el principio de que la pena, como la medida politicosocialmente más severa, sólo debe aplicarse cuando el mismo resultado no pueda alcanzarse con otros medios menos gravosos. Por consiguiente, la pena debe retroceder en la medida en que la reparación y los esfuerzos de reconciliación sean suficientes para la compensación de lo injusto sobrevenido y para la satisfacción de las necesidades de prevención especial y general del Derecho penal.

2. Reparación y acuerdo de compensación autor-víctima como medio de solución social de conflictos

La inclusión en el sistema penal sancionador de la indemnización material e inmaterial de la víctima significa que el Derecho penal se aparta de la idea abstracta y que hace un giro hacia la realidad social.

Cuando Hegel, el gran filósofo del idealismo alemán, enseñaba que lo injusto es «anulado» mediante la pena, esto no pasa de ser una anulación ideal, es decir: un acontecimiento que tiene lugar en un mundo normativo e, incluso, metafísico. La satisfacción de los daños y la reconciliación, en cambio, llevan a cabo en la realidad algo bueno, y caracterizan, así, la transición del Derecho penal desde la atribución de meros significados a la solución social de conflictos.

3. La víctima como partícipe independiente en el proceso penal

La reparación y el acuerdo de compensación autor-víctima transforman al proceso penal de una situación relacional bilateral en una trilateral. Anteriormente, el proceso penal era un procedimiento que sólo se desarrollaba entre el Estado y el imputado. El lesionado no tenía un papel procesal independiente y, como mucho, aparecía en él como testigo. En la nueva regulación propuesta, en cambio, la víctima aparece como partícipe coactuante de una solución social del problema.

4. La reaproximación del Derecho penal y el Derecho civil

La clara distinción conceptual entre los Derechos penal y civil es considerada uno de los grandes logros jurídicos del siglo XIX. Mientras que en las viejas épocas de la historia del Derecho una de las tareas esenciales del Derecho penal consistía en proporcionar al lesionado y a su grupo familiar una compensación por los daños sufridos, el moderno desarrollo del Derecho ha cortado el lazo entre autor y víctima. De acuerdo con ello, el Derecho penal, como disciplina del Derecho público, sólo se ocupa de la relación del Estado con el delincuente. Las pretensiones de la víctima sólo están sometidas al Derecho civil. Hoy tenemos que admitir que esta estricta separación era un camino equivocado y que, por los motivos que he expuesto, en el futuro será necesaria una reaproximación entre el Derecho penal y el Derecho civil.

5. Proceso penal contradictorio y consensuado

El proceso penal hasta ahora vigente es contradictorio: Ministerio Fiscal e imputado se enfrentan como adversarios. Este proceso contradictorio continuará conservando su importancia en el futuro. Pues siempre que el acusado afirme su inocencia, que discuta determinados puntos de la acusación, o que no muestre interés en la reparación y en el acuerdo de compensación autor-víctima, deben seguir mantenién-

dose todos sus derechos a un procedimiento contradictorio, y, especialmente, todos sus amplios derechos de defensa.

Pero junto al procedimiento contradictorio figurará, cada vez más, una segunda forma procedimental: la consensuada, diseñada para la reparación y el entendimiento. Y es que muchos inculcados no niegan el hecho que se les imputa, ni tampoco podrían hacerlo con posibilidades de éxito teniendo en cuenta las pruebas que les incriminan. Pero tienen un gran interés en llegar a un entendimiento con la víctima y en salir bien librados del proceso. Como ya he expuesto, en tales casos el lesionado, y también el Estado, tienen el mismo gran interés en un acuerdo de compensación autor-víctima. Y esto significa que el proceso contradictorio tradicional debe ser completado con reglas independientes para un proceso consensuado, pues en un proceso así hay que llegar a acuerdos cuya conclusión, licitud, contenido y límites tienen que ser determinados legislativamente mediante un aparato especial de reglas.

V. CONCLUSIÓN

Cada una de las innovaciones estructurales que he esbozado presenta problemas que ponen en cuestión desarrollos jurídicos que durante mucho tiempo parecían seguros. Por ello no puede sorprender que aún hoy, y a menudo, sea muy fuerte la resistencia contra estas evoluciones jurídicas que, en parte, casi aparecen como revolucionarias. En cualquier caso, nuestra ciencia todavía tendrá que trabajar muchos años en las reestructuraciones de nuestro sistema sancionador y procesal introducidas por la victimología y por la idea de la reparación. Sería una alegría para mí que esta breve ponencia también pudiera contribuir algo a la discusión mexicana de estos problemas.

Teoría y *praxis* de la injerencia(*)

PROF. DR. GÜNTHER JAKOBS

Universidad de Bonn

I. TEORÍA DE LA INJERENCIA, PRIMERA PARTE

A) Relaciones positivas y negativas

Todo delito, sea un delito de comisión o de omisión, defrauda una expectativa jurídicamente garantizada. En cuanto al contenido de la expectativa, es necesario distinguir: frente a cualquier persona existe la expectativa de organizarse de tal manera que su propio círculo de organización no produzca daños para los círculos de otras personas. Los círculos de organización de las personas se definen como unidades separadas, y ninguno de los círculos debe convertirse en la razón del empeoramiento de otro círculo. Puesto que se trata de no empeorar la situación de los demás círculos, a este respecto desde hace mucho tiempo se habla de una relación negativa de las personas; no existe la expectativa de que todos prestarán ayuda a todos, sino sólo la expectativa de que no se perturbarán. La situación es distinta en las así llamadas relaciones positivas: éstas tienen como contenido mejorar el estado de la organización de otra persona o el estado de una institución del Estado. A este respecto, el ejemplo principal lo ofrecen los padres en su relación con sus hijos: está claro que los padres no quedan definidos de modo suficiente por el hecho de ser personas que no deben le-

(*) Título original: «Theorie und Praxis der Ingerenz» (manuscrito). Traducción de Manuel CANCIO MELIÁ (Universidad Autónoma de Madrid).

sionar a sus hijos, sino que sólo cuando se añade la ulterior expectativa de que deben formar con sus hijos un mundo común beneficioso para éstos.

Para un estudio de la injerencia, es decir, de los deberes que resultan de un determinado comportamiento previo, no sólo es de la mayor importancia la separación de relaciones positivas y negativas (1), sino también la independencia de esta distinción de la diferenciación entre hacer y omitir. Ciertamente, a primera vista el contenido de la relación positiva parece ser el de un mandato de apoyo activo, mientras que el contenido de la relación negativa parece ser el de una prohibición de lesión; pero esta primera impresión es engañosa. Las relaciones *positivas* también pueden presentarse en forma de *prohibiciones*; en particular, se prohíbe al sujeto obligado que haga dejación de su capacidad para cumplir su deber. Dicho con un ejemplo: a los padres que deben vigilar a sus hijos les está prohibido alejarse de sus hijos. A la inversa –y esto es aquí más importante–, las relaciones *negativas* pueden configurarse como *mandatos*, concretamente, cuando es necesario un mandato para evitar o cesar la lesión de una organización ajena. Dicho de nuevo con un ejemplo: el propietario de un perro debe ordenarle que se detenga cuando éste está en disposición de morder a otras personas.

Por consiguiente, tanto en las relaciones negativas como en las positivas existen mandatos y prohibiciones; dicho de otro modo: hay mandatos dirigidos a todos (2) –todos deben retirar su organización cuando el estado actual de ésta amenace con lesionar a otros– y prohibiciones que sólo se dirigen hacia aquellos en los que concurre un deber especial –sólo a los padres (y a otras personas encargadas de la tutela) les está prohibido abandonar a un niño gravemente enfermo–. El corte entre actuar y omitir es una distinción fenotípica –¿qué apariencia tiene lo que debería haber ocurrido?–, mientras que el corte genotípico existe entre los deberes que competen a todos en la relación negativa, es decir, los deberes correspondientes al rol general del ciudadano, y los deberes especiales (3) en la relación positiva, es decir, los deberes de los titulares de un *status* especial.

(1) Exhaustivamente SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 67 ss., con amplias referencias.

(2) Las voces que se han manifestado en contra de esta posición no se dirigen contra los mandatos en sí mismos (o sólo de modo secundario), sino en contra de su deficiente positivización; *vid.* al respecto SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwehrungen und Strafgesetz*, 1974, pp. 318 ss., 355 s.

(3) La lesión de éstos da lugar al delito de deber; sobre esto es fundamental ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.^a ed., 1999, pp. 352 ss., 695 ss.

La injerencia fundamenta un deber en una relación negativa; es la organización previa en la que se basa. Por ello sería erróneo intentar hallar un *status* especial del sujeto obligado por injerencia: no lo tiene; pues no es un *status* lo que fundamenta su deber, sino el estado de su organización. Por lo tanto, en la concreción de la injerencia no se trata de fundamentar que el omitente preste a un círculo de organización ajeno su apoyo, sino que revoque su usurpación de una organización ajena. Un ejemplo de ello: el propietario de un jardín ha invitado a unos padres con su hijo como huéspedes y permite de modo descuidado que el niño coma bayas de una planta venenosa, por ejemplo, un arbusto de dafne. Así las cosas, los padres y el propietario del jardín tienen que procurar un remedio. La razón del deber en el caso de los padres es su *status*: deben mejorar la mala situación del niño mediante su auxilio, con independencia del origen de la situación. El propietario del jardín —que su deber deriva de injerencia aún queda por demostrar— externamente debe hacer lo mismo, pero por una razón completamente distinta: las bayas en el estómago del niño son una usurpación de la que debe responder, y debe revocarla en la medida en que ello aún sea posible. Ayudando al niño revoca su organización lesiva. Brevemente: los padres deben mejorar la situación, el propietario del jardín, en cambio, debe hacer concluir un empeoramiento.

B) El sinalagma de libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias

Con lo anterior queda descrito qué es lo que implica la injerencia, si es que ésta existe: un deber perteneciente al campo de las relaciones negativas. Ahora bien, aún no ha quedado determinado si, y, en caso afirmativo, en qué medida, la existencia de relaciones negativas obliga a la existencia de un deber derivado de injerencia (4). Sobre esto siguen algunas consideraciones.

En una sociedad de libertades, y, más aún, en una sociedad que además hace posibles contactos en alto grado anónimos, es decir, en una sociedad que pone a cargo de los ciudadanos la configuración del comportamiento a elegir, con tal de que ese comportamiento no tenga

(4) En contra SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 231 ss., 313 ss. y *passim*; *idem*, GA 1974, pp. 231 ss., 235 ss.; SANGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, 1989, pp. 318 ss., 409 s. y *passim*; LAMPE, ZStW 72, pp. 93 ss., 105 s. (*dolus subsequens*); de modo incidental también ROXIN, ZStW 83, pp. 369 ss., 403; con importantes restricciones PFLEIDERER, *Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun*, 1968, pp. 128 ss.; muy escéptico WELZEL, JZ 1958, pp. 494 ss.

consecuencias lesivas, la libertad descentral de elección debe verse correspondida, en cuanto sinalagma, por la responsabilidad por las consecuencias de la elección (5). Sin este sinalagma entre libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias sería imposible organizar al menos los contactos anónimos, lo que significa que no habría sociedad. Por ello, cada persona es garante de la inocuidad de su conducta. Este sinalagma no puede quedar limitado al mero comportamiento corporal; pues una persona asume para sí más que su propio cuerpo, es decir, además, el derecho de propiedad, otros derechos, etc. La suma de todos los derechos susceptibles de ser lícitamente defendidos es el círculo de organización de la persona, y puesto que la persona es tan libre en su organización como en la determinación de su comportamiento corporal, especialmente, está autorizada para excluir a cualquier otra persona de esa organización, de modo correspondiente sólo ella, es decir, la persona que es titular del círculo de organización, puede ser quien debe procurar su configuración sin consecuencias lesivas y quien debe responder por eventuales errores en esa configuración.

De lo acabado de decir, en primer lugar, deriva de manera casi evidente la posición de garantía respecto del propio actuar: todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas.

No es casual que todo ello esté fuera de discusión; estos deberes forman parte de modo evidente de la configuración de la constitución jurídica de la sociedad. ¿A quién iba a incumbir la evitación de daños, si no al único autorizado para llevar a cabo la organización, es decir, el

(5) Sobre esto JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991, 28/13 ss.; ídem, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 7 ss., 19 ss.

propietario o titular? Para el establecimiento de su posición de garantía no es decisivo, por lo demás, que haya producido el estado peligroso de su propiedad de modo *contratio a deber*, con tal de que le corresponda la competencia en relación con la víctima potencial. En este ámbito, pueden presentarse algunas cuestiones difíciles de delimitación. Dicho con un ejemplo: aquel sujeto al que otro arranca su bastón de la mano para golpear con él a un tercero, queda desposeído y no tiene deber alguno de evitar la paliza, pero quien puede ordenar a su perro que detenga su ataque una vez que otro lo ha azuzado para que ataque a un tercero, estará obligado a hacerlo (el hecho de permitir ser azuzado para atacar es un riesgo típico del animal), y las situaciones críticas en una central nuclear deben ser neutralizadas por el titular de la misma incluso después de un atentado terrorista. Por lo tanto, ya en los deberes de aseguramiento en el tráfico –y no recién al abordar la injerencia– puede ser que concurren varios círculos de organización respecto de la competencia (dicho sea de paso, esto puede suceder también en el ámbito de la comisión, por ejemplo, cuando la víctima actúa a su propio riesgo). Por consiguiente, que existan problemas paralelos en el campo de la injerencia no puede ser la razón para rechazarla de plano.

Frente a los deberes de aseguramiento que tienen como contenido configurar la organización propia de tal modo que no se produzca un curso lesivo, cabe distinguir –aún dentro del ámbito de los deberes en virtud de competencia por organización, es decir, aún en cuanto deberes negativos– desde el punto de vista *fenotípico* los deberes de salvamento, dirigidos a revocar un curso lesivo que ya ha penetrado en la organización ajena. En el campo de los deberes negativos, los deberes de salvamento –a diferencia de los deberes de aseguramiento– son objeto de polémica, pues parece a primera vista que en este ámbito se trata de llevar a cabo una ayuda a la víctima, es decir, que ya no estamos ante algo negativo, sino ante un elemento positivo. Ésta, sin embargo, es una visión precipitada, visión que está relacionada con la separación fenotípica entre aseguramiento salvamento, pero no alcanza a captar el núcleo del asunto. Expondré esta situación con ayuda del ejemplo antes propuesto del propietario de un arbusto venenoso que no asegura de modo suficiente ese peligro frente a un niño. Cuando el veneno ha llegado al estómago del niño, hay que extraerlo; esto no es más que el aseguramiento frente a ulteriores daños derivados. Y cuando el veneno ya ha entrado en el sistema de circulación de la sangre, ha de administrarse un antídoto –de nuevo, no es más que el aseguramiento frente a daños ulteriores derivados. Y si el niño después del tratamiento entra en un estado de completo agotamiento, es nece-

sario cuidarlo, y también en este caso no se trata de nada distinto del aseguramiento frente a daños ulteriores derivados. Por consiguiente, para el sujeto que está obligado por el deber negativo en todo caso se trata de no permitir que suceda una usurpación de libertad ajena, o que, en todo caso, que no se produzca una *ulterior* usurpación. Respecto de los sujetos obligados por un deber positivo, en el ejemplo, los padres, que no han incurrido en usurpación alguna, el mismo comportamiento se presenta como ayuda positiva, precisamente, porque la usurpación no es obra suya. Dicho de otro modo: el sujeto responsable de una usurpación debe procurar que ésta sea *retirada* por completo o al menos en la medida en que ello resulte posible (de modo comparable a la retirada de tropas de un territorio ajeno); el cuidado del sujeto obligado por un deber positivo, por el contrario, se dirige a *rechazar* la fuente de la lesión mediante un apoyo positivo (de modo comparable al rechazo del enemigo). Por consiguiente, el así llamado deber de salvamento por injerencia es materialmente un deber de aseguramiento, un deber negativo, y no un deber de solidaridad con la víctima, sino un deber de revocación de la usurpación de libertad ajena.

C) La injerencia como creación de un riesgo especial

Si con lo acabado de exponer queda claro que no se puede prescindir por completo de la injerencia, la cuestión decisiva es, entonces, cuáles son los requisitos que deben plantearse frente a la conducta previa. Acerca de los extremos cabe alcanzar un consenso: no basta cualquier comportamiento con efectos causales para la fundamentación del deber, y sí es suficiente una conducta antijurídica. Respecto de lo primero, no hace falta mucha fundamentación; quien no se comporta de modo más arriesgado de lo que resulta imprescindible en la vida diaria, no ha creado una razón para atribuirle consecuencias lesivas. A modo de ejemplo: un paseante que se conduce de modo normal no adquiere el deber de ayudar por el hecho de que su apariencia externa lleve a un perro de gran tamaño a tirar de tal modo de la correa que la persona que lo ha sacado a pasear se cae y sufre lesiones. Y la situación no es más compleja respecto de lo segundo: quien se ha conducido de modo contrario a Derecho, ha usurpado la libertad ajena y debe ocuparse de que no se produzcan consecuencias lesivas, o, al menos que éstas sean las menos posibles. Dicho de nuevo con un ejemplo: quien tropieza por un gran descuido suyo con otro, está obligado a sujetarlo para que éste no caiga al suelo. Entre estos dos extremos está el problema.

La fórmula de que el comportamiento previo ha de ser antijurídico (6) lleva más allá de su propio contenido, como mostrará el correspondiente análisis. ¿Por qué se hace alusión, precisamente, a la antijuridicidad? Porque la conducta antijurídica impone algo a la víctima, usurpa su libertad. Pero esto no sólo sucede en el caso de un comportamiento antijurídico, sino que, por ejemplo, también se da en algunos supuestos del así llamado estado de necesidad agresivo. A modo de ejemplo: quien en caso de un incendio en su vivienda penetra en la vivienda de su vecino ausente para llenar un cubo de agua, impone a su vecino una situación a tolerar, por lo que está obligado a volver a cerrar el grifo del agua después de terminar con las labores de extinción del incendio y el agua estropearía el suelo de madera.

Hay otros ámbitos en los que alguien puede imponer a otro una limitación de su libertad de modo ajustado a Derecho (7). En lo principal, se trata de todas aquellas conductas en las que una responsabilidad por el riesgo jurídico-civil establecida por Ley —eventualmente, junto con un seguro obligatorio— demuestra que si bien se trata de una conducta permitida, el sujeto que lo organiza se arroga algo frente a los demás, de modo que incluso está obligado a asegurar a los demás en el plano jurídico-patrimonial. Dicho con un ejemplo: que un automovilista que atropella a un peatón por un defecto de su vehículo que no le resulta cognoscible deba pagar en caso de necesidad su ataúd, pero no deba estar obligado —a falta de una conducta previa generadora de un riesgo no permitido— a evitar la muerte —hablando en términos fenotípicos— mediante medidas de salvamento es una conclusión incomprensible.

Parece claro que la fórmula de la antijuridicidad es demasiado estricta. Los deberes de injerencia no sólo quedan fundamentados por un comportamiento antijurídico, sino por cualquier comportamiento previo mediante el cual se asuma frente a la víctima un riesgo espe-

(6) En este sentido, fundamental GALLAS, *Studien zum Unterlassungsdelikt*, 1989, pp. 86 ss. (se trata de una conferencia de 1963, cfr. loc. cit. p. V); RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, pp. 157 ss., 163 ss.

(7) La extendida afirmación de que «sería contradictorio permitir un comportamiento y valorarlo como correcto desde el punto de vista del Derecho, pero convertirlo a pesar de ello de manera mediata en fundamento de responsabilidad jurídico-penal después de que cause un resultado que no ha sido evitado por el autor» (Baumann/Weber/Mitsch, *STRAFRECHT. Allgemeiner Teil*, 10.ª ed., 1995, § 15 n.m. 67) es errónea: habría que fundamentar que el permiso se presenta como «consecuencia de una ponderación de intereses individuales», y no sólo como «espacio de libertad... en interés de la dinámica social»; NK-SEELMANN, *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, edición a cargo de Neumann et al., 6.ª entrega, 1999, § 13 n.m. 49.

cial (8). En lo que sigue, se expondrá qué significa esa afirmación en detalle mediante un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal *, que ha alcanzado ya los cincuenta años de desarrollo. Para ello, se expondrá un número de cierta consideración de sentencias, y se verá que el Tribunal Supremo Federal —a pesar de vincularse en los últimos tiempos verbalmente a la fórmula de la antijuridicidad— materialmente sigue la fórmula de que ha de tratarse de un riesgo especial. Después de esta exposición crítica, se retomará la determinación del riesgo especial, intentando llevar a cabo una precisión de la sistemática de la injerencia.

II. PRAXIS DE LA INJERENCIA

A) La continuación de la jurisprudencia del *Reichsgericht*

De modo constante, el *Reichsgericht* ** reconoció el comportamiento previo como posible fundamento de un deber de garante (9), y, concretamente, sostenía que queda obligado a evitar el resultado aquel que «mediante sus propias acciones... ha creado una situación contraria a la Ley... o circunstancias que en su ulterior desarrollo producen el resultado que infringe el ordenamiento jurídico» (10). A pesar de todas las diferencias que aparecen en las distintas sentencias, sí queda claro que el RG entiende por «creación» de una «situación contraria a la Ley» o de las «circunstancias» peligrosas algo más específico que una causación cualquiera, concretamente, una conducta con una tendencia

(8) NK-SEELMANN (nota 7), § 13 n.m. 49; JAKOBS (nota 5, 1.ª referencia), 29/39; OTTO, *NJW* 1974, pp. 528 ss., 534; además, discrepando en aspectos puntuales, HERZBERG, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, pp. 294 ss.; WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, pp. 209 ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 180 ss.; ídem, *STRAFRECHT. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 1998, § 6 n.m. 67 ss.; Maurach/GÖSSEL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Teilband 2*, 7.ª ed., 1989, § 46 Rdn. 99; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 219 ss.

* Bundesgerichtshof, BGH; las citas que aparecen a continuación se refieren a la colección oficial (tomo y páginas) de jurisprudencia en materia penal.

** RG; Tribunal Supremo del REICH ALEMÁN, *Tribunal Supremo de Alemania hasta 1945* (n. del t.).

(9) Ya RG 17, 260 ss., 261; además 24, 339 s.; 46, 337 ss., 343; 58, 130 ss., 131 s.; 68, 100 ss., 103 s. (omisión como conducta previa); 72, 20 ss., 22 s.; 74, 283 ss., 285.

(10) RG 46, 337 ss., 343.

crítica, lo que ciertamente no es más que una descripción vaga, pero al menos más que una mera concurrencia previa con efectos causales de la conducta.

Ya en un momento temprano (1952), el BGH tomó como referencia el concepto elástico –pero no carente de contenido– de la «creación» (11): el acusado había tapado de modo ajustado a Derecho la senda que conducía a una vivienda provisional con material de una obra, lo que condujo a que los habitantes de la vivienda hicieran un camino nuevo, pero –como resultaba previsible– en un lugar peligroso; el acusado ni cerró ni aseguró el camino nuevo, y un niño sufrió una caída y murió como consecuencia de las heridas sufridas. No cabe ninguna duda de que concurre una causación, incluso, que concurre una causación adecuada, pero el BGH argumenta del siguiente modo: «Sin embargo, el hecho de tapar el camino antiguo aún no supuso la *creación* de la situación de riesgo...» (12). Si bien –en la argumentación del BGH– también una conducta conforme a Derecho puede crear el deber de intervenir, en caso de que mediante ese comportamiento se «cree» una situación de riesgo, quien actúa conforme a Derecho no tiene por qué contar con un comportamiento antijurídico de terceros responsables (13). Si se deja al margen la formulación exageradamente amplia –forma parte de algunos comportamientos, para que se ajusten a Derecho, por ejemplo, cuando se están manejando veneno o armas, contar con acciones antijurídicas de terceros responsables (14)–, la fundamentación puede resultar convincente: quien no genera un riesgo especial, no responde («no tiene... por qué contar con ello»), como formula el tribunal en el marco de una concepción imperativista (15); pero ¿cuál es la solución si *sí* contó con ello?) porque otros desvíen de modo antijurídico su conducta hacia lo peligroso.

B) Complicidad en falso testimonio

Sin embargo, quien sí genera un riesgo especial, es responsable. Como no podía ser de otro modo, a la hora de determinar lo especial existen oscilaciones; las expondré, en primer lugar, respecto de la complicidad en falso testimonio por omisión, en la medida en que el deber de evitación deba inferirse de injerencia. Se trata de un problema

(11) BGH 3, 203 ss., 204.

(12) *Loc. cit.* (nota 11), 204, sin cursiva en el original.

(13) *Loc. cit.* (nota 11), 205.

(14) Cfr. BGH 17, 289 ss. (vehículo de motor).

(15) *Loc. cit.* (nota 11), 205.

que surgió como cuestión especial de los procesos de divorcio desarrollados conforme a la legislación anterior * y que se caracterizaba porque habitualmente la conducta omisiva venía acompañada con mucha probabilidad –pero sin que ello resultara susceptible de prueba– por un acuerdo activo para ocultar la verdad. Una de las partes del proceso niega, en contra de la verdad, haberse comportado con una tercera persona de modo contrario a su matrimonio o incluso haber cometido adulterio, provocando con ello la toma de declaración a la tercera persona –que es citada a instancia de la otra parte como testigo– y no impide su falso testimonio (o al menos, su declaración incorrecta). Ya el RG partió de que la parte que niega los hechos ostenta posición de garante, aunque no siempre con la misma fundamentación. Así, por ejemplo, en un caso en el que una sirena evidentemente hábil había seducido a un hombre igualmente evidentemente bastante más joven, aparece el argumento de que la parte «sobre todo... introdujo al joven amante de modo tan intenso en la relación adúltera que éste estaba dispuesto a hacer todo por ella» (16) –lo especial del riesgo, por lo tanto, se busca en la relación interna. Sin embargo, en otro caso se infiere la especialidad de la relación interna, concretamente, de la circunstancia de que «la testigo, si quería decir la verdad, se veía obligada a admitir conductas que le producirían deshonor, que incluso debían ponerla en una situación que generaba el riesgo de ser sometida a persecución penal» (17).

La Sección primera del BGH endureció los criterios para asumir la concurrencia de una posición de garantía, haciéndose así eco de la crítica que la jurisprudencia del RG había despertado en la bibliografía (18): de acuerdo con su posición, la negativa mendaz de la parte no fundamenta *per se* un deber de evitación, pero sí el mantenimiento o incluso el incremento en intensidad de la relación contraria al matrimonio hasta la fecha de la práctica de la prueba. «Las relaciones amorosas entre hombre y mujer... conllevan en muchos casos que ambas partes –sobre todo cuando del hacerse pública esa relación pueden

* En el Derecho matrimonial alemán anterior, en los procedimientos de divorcio era relevante determinar cuál era la parte «culpable» en la separación, determinación que tenía repercusión en los términos de la sentencia de divorcio.

(16) RG 72, 20 ss., 22 s.

(17) RG 75, 272 ss., 275; –sorprendentemente, en las sentencias no se mencionan las considerables consecuencias *económicas* de la declaración de «culpabilidad» en un divorcio de acuerdo con la regulación entonces vigente– probablemente una demostración de la tendencia hacia la hipocresía característica de esa época.

(18) MAURACH, *SJZ* 1949, 541; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1947, p. 88; más adelante BOCKELMANN, *NJW* 1954, 697.

generarse problemas para una de las partes— sientan el deber o la tendencia de defenderse mutuamente...» (19). Por lo tanto, la relación interna y la externa se vinculan, pero simultáneamente se limita la obligación al caso de una relación amorosa practicada aún en ese momento.

La Sección cuarta en un primer momento consideró prescindible tal intensificación cuantitativa, sino invocó la jurisprudencia del RG y ofreció la siguiente argumentación respecto de la relación externa: «La negación por parte del acusado hace... próximo el riesgo de una declaración dolosamente falsa de la testigo, ya que ésta, al admitir las relaciones adúlteras, se imputaba a sí misma una acción generadora de deshonor, sometiéndose al riesgo de una persecución en el orden jurisdiccional penal» (20). Ahora bien, en una resolución posterior la Sección toma como elemento decisivo que en el caso concreto tal intensificación concurriría doblemente, en primer lugar, al existir promesa de la parte en cuestión de casarse con la testigo después del divorcio, y, en segundo lugar, mediante el mensaje de que la parte mantendría contra viento y marea la versión mendaz (21). Finalmente, la intensificación se considera un requisito imprescindible: «El sentimiento de mutua obligación... por sí solo... no basta, precisamente, para crear una situación especial de riesgo para el testigo, que obligaría al cónyuge culpable a impedir que el testigo haga una declaración inveraz» (22) —sigue un resaltamiento de la relación interna (mantenimiento de las relaciones hasta el momento de práctica de la prueba).

El argumento utilizado en contra de esta jurisprudencia antes y después de su época de vigencia, en el sentido de que el testigo sería él mismo responsable (23) de su declaración, es, en sí mismo, evidentemente correcto: tanto la configuración de la relación interna (la vinculación) como de la relación externa (peligro de deshonor) no deben atribuirse menos al testigo que a la parte en el proceso, y ello también en la medida en que se trate de una intensificación cuantitativa (el mantenimiento de las relaciones, el atractivo de una promesa de matrimonio). Pero el argumento carece de contenido, de modo igualmente

(19) BGH 2, 129 ss., 134, con comentario de SCHMIDT-LEICHNER, *NJW* 1952, 512 s.

(20) BGH 3, 18 ss., 19.

(21) BGH 14, 223 ss., 230 s., 231 s.

(22) BGH 17, 321 ss., 323.

(23) WELZEL, *como en nota* 18; ídem, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 215 con referencias; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Strafgesetzbuch*, 25.ª ed., 1997, n.m. 40 previo al § 153; ARZT/WEBER, *Strafrecht. Besonderer Teil, Lehrheft* 5, 1982, n.m. 379.

evidente, en el contexto relevante; pues la responsabilidad de un ejecutante no excluye la participación accesoria de la que parten el RG y el BGH, como queda de manifiesto en el hecho de que nadie excluiría la concurrencia de una inducción a falso testimonio por el mero hecho de la responsabilidad del inducido. Por ello, lo correcto no es preguntar por la responsabilidad del testigo, sino por la concurrencia o no de competencia de la parte procesal por el hecho –responsable– del testigo.

Esta competencia no puede hallarse en una intensificación cuantitativa, sino sólo en la relación base: si ésta, es decir, el adulterio, es entendida como decisión común de minar en secreto una institución básica del mundo civil, llevando en esa medida una vida mendaz en un aspecto más que marginal, entonces ambos intervinientes comienzan por prometerse mutuamente a jugar al rol de personas mendaces, y la determinación de cuáles sean las consecuencias en concreto depende de lo que suceda de ahí en adelante. Si ésta –una inducción mutua genérica a la mentira– es la concepción *objetiva* correcta del adulterio en una sociedad civil, el adulterio da lugar a una posición de garantía por injerencia, como decidieron primero el RG y al principio también la Sección cuarta del BGH, y la resolución posterior de la Sección cuarta del BGH (24), que toma como punto de referencia la intensificación cuantitativa no deriva de una percepción madura de los presupuestos de la injerencia, sino del debilitamiento progresivo de la relevancia del matrimonio para la sociedad civil –o, expresado con mayor exactitud, sociedad tan solo reducidamente civil– y viceversa de la disminución progresiva del peligro inherente a un adulterio. En tal situación, el riesgo reducido del adulterio aún puede ser cubierto durante algún tiempo por una intensificación cuantitativa (persistencia o promesa de matrimonio), pero para ello ya son consideraciones de carácter psicológico las que sustituyen el significado objetivo social del comportamiento; una clara muestra de ocaso: en lugar de la institución que configura personas se coloca lo interindividual creado por individuos.

En este sentido cabe entender también la jurisprudencia reciente acerca de la complicidad en falso testimonio por omisión: quien induce a una falsa declaración fuera del proceso, se afirma, debe ser considerado garante de evitar un delito de falso testimonio realizado en el marco del proceso (25). Por un lado, el delito de falso testimonio constituye un exceso del inducido, es decir, que se basa en su disposición individual; pero, por otra parte, la toma de declaración se ordena por el tribunal, de modo que *ex ante* no puede determinarse si se podrá

(24) BGH 17, 321 ss.

(25) BGH NSIZ 1993, 489.

evitar o no. Por ello, la inducción a prestar falsa declaración fuera del proceso puede concebirse, también aquí, como creación de un mundo mendaz, y de nuevo la determinación de cuáles sean las consecuencias en concreto depende de lo que suceda de ahí en adelante, de modo que la inducción puede fundamentar el deber de enfrentarse en una medida *objetivamente* fijada al riesgo de ulteriores desarrollos.

C) La responsabilidad del empresario de hostelería

Otras resoluciones relativas a la injerencia se refieren a la responsabilidad de propietarios de establecimientos de hostelería por las consecuencias de poner a disposición (26) de los clientes bebidas alcohólicas. En un primer momento, el BGH amplió bastante los límites de la responsabilidad en una sentencia referida a la responsabilidad de un hostelero por una conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas —con nefastas consecuencias— de su cliente: «quien crea (!) el riesgo de la comisión de un delito, está obligado a evitar el riesgo que amenaza desde esa situación...» (27). La «creación» se infiere únicamente del hecho de que «las bebidas alcohólicas consumidas (por el cliente en el establecimiento) le habían colocado en una situación en la que ya no estaba en condiciones de reanudar la conducción con su automóvil», de modo que «por lo tanto» existía un deber jurídico (28). A la hora de fundamentar el deber jurídico, el BGH no menciona en absoluto la cuestión de la inimputabilidad —que concurría en el caso— del cliente (29). Esto, sin embargo, no significa que el BGH no viera en absoluto la posibilidad de resolver el conflicto por medio de imputación al propio cliente (§ 323 a StGB *); sin embargo, no la trata

(26) No sólo de servir las activamente; en BGH 4, 20 ss., 23, el cliente había pasado a servirse él mismo.

(27) BGH 4, 20 ss., 22 con comentario de v. WEBER, *NJW* 1953, 1072 s.; LANGE, *JZ* 1953, 408 ss.

(28) *Loc. cit.* (nota 27). Probablemente es incorrecta la aprobación por parte del BGH de la consideración del juez *a quo* de que los esfuerzos realizados para evitar que el cliente siguiera bebiendo y después conduciendo demostraban la concurrencia de conciencia de antijuridicidad; lo que demuestran es una voluntad de evitación; pero que ésta estuviera vinculada a la conciencia de la existencia de una norma jurídica o de una norma moral, o, por el contrario, incluso derivara de una prestación más allá de cualquier obligación para el actuante, queda completamente abierto.

(29) BGH 4, 20 en relación con el registro general de los tomos 1 a 10, 113.

* El § 323 a StGB tipifica el delito de comisión de hechos antijurídicos en estado de inimputabilidad producido dolosa o imprudentemente por ingestión de bebidas alcohólicas u otras sustancias embriagadoras [Vollrausch, embriaguez completa]. (n. del t.).

como un problema de la posición de garantía, sino de codelincuencia, y decide que concurre un supuesto de autoría accesoria (30). Pero al fundamentar la autoría accesoria exclusivamente en la ausencia de una decisión común de cometer el hecho (31) y la causación previsible (o no evitación) del resultado, deja de lado la problemática normativa: ¿es el hostelero responsable de los clientes alcoholizados?

Así las cosas, no puede resultar sorprendente que después se intentara interpretar la resolución acabada de referir en sentido restrictivo (32) hasta que el propio BGH, diez años después, trazara por sí mismo los límites de la responsabilidad de manera más estricta. De acuerdo con esta nueva posición, la fórmula según la cual quien hubiera «creado o participado en la creación» de un peligro será garante de la evitación no ha de hacerse extensiva «a cualquier comportamiento socialmente habitual y aprobado generalmente», y la expendición comercial de alcohol es una conducta de esas características, de modo que no sería correcto convertir al hostelero, que ejerce un oficio permitido, prácticamente en «guardián y tutor de sus clientes» por medio de un deber de garantía (33). Por consiguiente, en lugar de causaciones evitables ahora se habla de atribuciones: la disponibilidad ubicua de alcohol se acepta como *standard* social, de modo que la competencia por el riesgo de un consumo excesivo no ha de corresponder (también) al suministrador, sino exclusivamente al consumidor.

Del cambio de perspectiva del entendimiento del delito desde el ataque a un bien jurídico (causación de peligros) hacia el quebrantamiento de un rol (defraudación de expectativas sociales) parece inferirse a primera vista que el hostelero no adquiere la condición de garante aunque el cliente pierda su imputabilidad, con tal de que en el momento de recibir el alcohol aún fuera imputable. El BGH, sin embargo, hace uso de una argumentación distinta: «El límite se encuentra en aquel punto en el que la embriaguez del cliente ha alcanzado de

(30) BGH 4, 20 ss., 21.

(31) En todo caso, al menos el suministro de alcohol tuvo lugar de modo consensuado. Sobre la participación accesoria como parte de la conducta no permitida (de la «imputación objetiva») cfr. JAKOBS, *GA* 1996, pp. 251 ss.

(32) Especialmente OLG [Oberlandesgericht, Tribunal Superior en un Estado federado] KARLSRUHE *JZ* 1960, pp. 178 s. con comentario de WELZEL, *loc. cit.* pp. 169 ss. El tribunal tomó como punto de referencia la inimputabilidad del cliente, aunque lo cierto es que el BGH no la menciona como elemento que sea necesario para la fundamentación de la responsabilidad del hostelero; por el contrario, parte de la completa incapacidad *para conducir*, BGH 4, 20 ss., 22, también en el resumen de doctrina.

(33) BGH 19, 152 ss., 154.

modo evidente tal dimensión que ya no puede actuar de modo responsable» (34); no aparece una limitación de esta determinación a aquellos casos en los que el cliente ya se hallaba en esa situación al servirle el hostelero el alcohol (35), de manera que resulta evidente que se pretende que alcanza el *status* de garante quien sirve alcohol a un cliente aún imputable que después se embriaga hasta la inimputabilidad.

Ahora bien, el suministro de alcohol a personas (aún) responsables forma parte del comportamiento —denominado por el BGH de este modo— «comportamiento socialmente habitual y aprobado generalmente» (36). Pero el BGH no ha decidido que tal comportamiento nunca fundamente un deber, sino sólo que «no... cualquier» (37) comportamiento de esta índole fundamenta tal deber; por consiguiente, algunas de estas conductas sí pueden dar lugar perfectamente a la existencia de un deber, presentando en esta medida las constelaciones de casos que aquí interesan la dificultad de que, si se sigue al BGH, exactamente la misma conducta (suministro de alcohol) en unos casos no genera deber alguno (el consumidor sólo ingiere una cantidad de alcohol que no elimina su imputabilidad), mientras que en otras ocasiones sí lo genera (el consumidor bebe hasta la inimputabilidad). Por lo tanto, lo decisivo para la génesis del deber no es la configuración de la conducta junto con su contexto en el momento de llevarse a cabo el comportamiento, sino el desarrollo del contexto producido con posterioridad. La conclusión que se alcanza es la siguiente: la entrega de alcohol es una conducta socialmente adecuada que, sin embargo, en cuanto riesgo especial —como muchos de estos riesgos, como, por ejemplo, la conducción de un automóvil— conlleva deberes como consecuencia, concretamente, el deber de dominar el riesgo. Mientras el consumidor se mantenga imputable, el riesgo se considera dominado, y sólo cuando se produce su inimputabilidad se genera el deber del hostelero. Por consiguiente, resulta posible fundamentar de modo coherente en el plano dogmático la resolución del BGH; otra cuestión distinta es que sea correcta la hipótesis de partida, es decir, que la sociedad entienda la puesta a disposición de alcohol en establecimientos de hostelería como riesgo especial.

(34) BGH 19, 152 ss., 155; siguen ulteriores excepciones: mal estado de salud, especial sensibilidad del cliente, 156.

(35) Este caso es comparable con el suministro de alcohol a personas de carácter infantil o que de otro modo no son responsables: en este caso se genera un deber *en la medida en que* se organice el riesgo; esto último, en lo que se refiere al suministro de alcohol a personas ya completamente ebrias difícilmente podrá ser probado.

(36) Como en nota 33.

(37) Como en nota 34.

El BGH no sólo debía determinar la protección jurídico-penal de terceras personas, sino también la protección del propio bebedor: ¿puede el hostelero lícitamente expulsar al bebedor del establecimiento una vez que éste está completamente ebrio? El tribunal repite prácticamente de modo literal las consideraciones relativas a la protección jurídico-penal de terceras personas, es decir, toma como punto de referencia el «comportamiento socialmente habitual y aprobado generalmente» hasta el límite de la pérdida de la autorresponsabilidad del cliente (38), afirmando a continuación, sin embargo, que la «entrega de bebidas embriagantes» es socialmente inadecuada cuando «conduce a tal grado de ebriedad que el embriagado pone en riesgo su propia persona y a otros» (39), lo que, tomado literalmente, significaría en la actualidad que la inadecuación se alcanzaría cuando se sirva a un conductor una cantidad de alcohol que puede producir una concentración de alcohol en sangre de al menos 1,1 por mil. Aunque se le quite relevancia a esta mezcla entre pérdida de responsabilidad y comportamiento peligroso, atribuyéndola sólo a una deficiente formulación (40), es llamativa una diferencia respecto de la sentencia antes mencionada: pues en ella no aparece limitación alguna de lo socialmente habitual a los supuestos de entrega de alcohol que no conduzcan a la embriaguez plena; tan sólo se le imponen al hostelero determinados deberes para el caso de que el cliente sea inimputable. En esta sentencia, por el contrario, ya se censura la entrega que conduce a la embriaguez, probablemente, para obtener cierta armonía con la argumentación que ahora (41) es corriente en relación con los deberes derivados de injerencia después de accidentes de tráfico rodado —sobre esto se volverá más adelante.

Sin embargo, no es *esta* distorsión de la situación argumentativa la que indica el déficit más llamativo de la sentencia, que es la completa equiparación de la situación de deberes frente al cliente con aquellos deberes frente a terceras personas: al menos, el cliente se ha buscado el problema por sí mismo, mientras que los terceros pueden verse amenazados por el riesgo que emana de un conductor ebrio aún sin haber infringido ningún deber de autoprotección; dicho de otro modo, el cliente, en lo que se refiere a *su* integridad, actúa a propio riesgo. En consecuencia, en la responsabilidad por el «riesgo

(38) BGH 26, 35 ss., 38.

(39) *Loc. cit.* (nota 38).

(40) Se habla de la pérdida de la autorresponsabilidad y del riesgo que se produce «en tal caso», es decir, probablemente *sólo* en tal caso, *loc. cit.* (nota 38).

(41) BGH 25, 218 ss.

para (el sujeto ebrio) mismo y terceros» (42) ha de diferenciarse entre la situación de deberes frente a terceros, por un lado, y, por otro, frente al consumidor, y si resultara posible fundamentar deberes también frente a éste, es seguro que ello no puede hacerse recurriendo exclusivamente al material de argumentación utilizado por el BGH.

Hay otra reflexión relativa a la injerencia que tampoco puede resultar satisfactoria: el hostelero acompañó al cliente, cuando éste se quiso marchar, hasta el exterior, para que no se cayera al bajar la escalera de acceso. El BGH considera que ello constituye un incremento del riesgo «objetivamente contrario a deber». Esto, sin embargo, sólo sería correcto si el cliente acompañado hasta la calle estuviera peor que aquel que sufre una caída por la escalera una suposición que en el caso parece absurda. Además, en todo caso, este incremento del riesgo no da lugar a un deber autónomo (43); pues si no existía ya un deber de garante del propietario del establecimiento, sólo estaba obligado en virtud del mandato *general* de prestar auxilio en casos de catástrofe y accidente (§ 323 c StGB *) a impedir al cliente que abandonara el lugar, y, entonces, su conducta de acompañarlo hasta el exterior sólo supuso una infracción de *ese* deber, nada más (44). El problema es el siguiente: ¿cómo deben distinguirse aquellas consecuencias negativas que derivan de la organización del autor de la mera redistribución de riesgos generales de la vida, que debe soportar la víctima? Dicho con un ejemplo, quien arroja a otro al agua para preservarle de una insolación está obligado a volver a sacarlo del agua, pero quien saca del agua a otro que se estaba ahogando, no está obligado por haber organizado *esto* a evitar también una insolación. No resulta posible abordar aquí las cuestiones de detalle.

La solución relativa a la entrega de alcohol ha sido trasladada por el BGH, en lo que se refiere a la protección del consumidor, también a

(42) BGH 26, 35 ss., 38.

(43) Distinta es la argumentación en BGH 26, 35 ss., 38: «Hay un elemento adicional». También según las sentencias BGH NSTZ 1994, 84 s., 85 (con comentario de HOYER, *loc. cit.* pp. 85 s.; comentario de MITSCH, *JuS* 1994, pp. 555 ss.), una «modificación esencial de la situación de la persona necesitada de auxilio» ha de fundamentar una posición de garantía.

* El § 323 c StGB tipifica el delito de omisión de auxilio (n. del t.).

(44) También la suposición de que existe una «asunción de garantía» autónoma por el hecho de acompañar al sujeto fuera, BGH 26, 39, va demasiado lejos: partiendo de la base de que el hostelero estuviera obligado únicamente en virtud del § 323 c StGB, al acompañar al cliente fuera hubiera lesionado *este* deber, y no asumido una garantía.

otras sustancias tóxicas (45), aunque ello sin ampliar el material de argumentación; en un primer momento, tan sólo aparece casi una mera invocación de la sentencia relativa al deber de garante del hostelero, complementada por el comentario de que la existencia de una autopuesta en peligro consentida del consumidor no excluye que se puedan «fundamentar deberes de garantía para el momento en el que el riesgo se realice de modo cognoscible», como derivaría «ya del propio hecho» de que el consumidor «no deseaba su propia muerte, sino tan sólo estaba de acuerdo con que el consumo de heroína le produjera tal riesgo» (46). Por muy cierto que esto sea, de ningún modo se deduce de ello que el suministrador del estupefaciente sea garante de la evitación de las consecuencias de errores de cálculo imprudentes del consumidor. Una sentencia posterior se limita a repetir la misma afirmación (47).

D) Comportamientos en el tráfico rodado

En lo que se alcaza a ver, el RG no ha supuesto la existencia de un deber de garante de los intervinientes en el tráfico rodado después de un accidente (48), mientras que el BGH aplica la fórmula antes expuesta de la creación del riesgo (49). Sin embargo, también la conducción de automóviles es una conducta socialmente habitual (o se ha convertido en ello), de modo que se impone la pregunta de si el conductor se convierte en garante incluso después de conducir correctamente cuando a pesar de ello se produce un accidente. Es mérito de la Sección cuarta del BGH haber abierto a la jurisprudencia nuevas vías en una sentencia del año 1973 (50), y ello, además, mediante una fundamentación tan exhaustiva como, al mismo tiempo, segura y breve —se trata sin duda de la resolución más relevante hasta la fecha del BGH acerca de la problemática de la injerencia—. El caso a enjuiciar era el siguiente: un automovilista había tenido una colisión con un peatón

(45) Esta cuestión se deja expresamente sin resolver en BGH 32, 262 ss., 264 con comentarios de ROXIN, *NSiZ* 1984, pp. 411 s.; KIENAPFEL, *JZ* 1984, pp. 751 s.; HORN, *JR* 1984, pp. 513 s.; OTTO, *Jura* 1984, pp. 536 ss.; STREE, *JuS* 1985, pp. 179 ss.; SCHMIDT, *MDR* 1985, p. 1; existe una traslación en BGH *NSiZ* 1984, p. 452 con comentario de FÜNFSSINN, *StV* 1985, pp. 57 ss.; BGH *NSiZ* 1985, pp. 319 s. (no publicado en esta parte en BGH 33, 66 ss.) con comentario de ROXIN, loc. cit. 320 s.

(46) BGH *NSiZ* 1984, p. 452 columna derecha *in fine*.

(47) BGH *NSiZ* 1985, pp. 319 s., 320.

(48) Cfr. WELZEL, *JZ* 1958, p. 494.

(49) Por ejemplo, BGH 7, 287 ss., sentencia en la que el tribunal sólo se ocupa con cierto detalle del lado subjetivo del hecho; BGH *VRS* 13, 120 ss., 123.

(50) BGH 25, 218 ss. con comentario de RUDOLPHI, *JR* 1974, pp. 160 s.

ebrio, habiéndose comportado el conductor –así había que suponer *in dubio pro reo*– de modo correcto, mientras que el peatón –como nuevamente era obligado suponer *in dubio pro reo*– penetró de manera tan rápida en la calzada que el accidente resultaba inevitable; el automovilista no prestó ayuda; por ello, la víctima, que yacía sobre la calzada, fue atropellada por un camión y perdió la vida (51).

El BGH argumenta que quien «ha creado o co-creado el riesgo de un daño» está obligado a la evitación del resultado, precisando, sin embargo, que «no cualquier contribución a la aparición de un riesgo» genera ese deber. Por lo tanto, de nuevo se trata del correcto entendimiento del concepto de «creación», para cuya concreción el tribunal se refiere a la sentencia antes referida en cuanto al punto de inflexión en la jurisprudencia y relativa al deber de los hosteleros después de la entrega de alcohol (52): en opinión del BGH, «por regla general» un comportamiento socialmente habitual no puede fundamentar una posición de garantía porque, precisamente, constituye un «comportamiento previo conforme a deber» (53). Y de modo paralelo, según el BGH, ha de enjuiciarse una conducta en el tráfico rodado; en su opinión, la conducción de automóviles forma parte de las «modalidades de conducta generalmente aprobadas como socialmente habituales», y ello «en todo caso mientras que el vehículo y el conductor no se encuentren afectados por defectos (especiales)... y el vehículo sea manejado en todo momento de modo adecuado al tráfico» (54). De acuerdo con este punto de vista, no sería «equitativo» que mediante tal conducción ajustada a Derecho el conductor se convierta en el «guardián» de otro participante en el tráfico «que a través de su comportamiento contrario al

(51) *Loc. cit.* (nota 50)*Loc. cit.* (nota 50), 219; el tribunal examinó en el marco del § 221 párrafo 2.º, 2.ª alternativa StGB (en su antigua redacción) la concurrencia de una posición de garantía del conductor.

(52) La afirmación de que BGH 11, 353 ss. se refiere a otro problema jurídico distinto (BGH 25, 218 ss., 222), en lo que se alcanza a ver, aún no ha sido asumida por nadie más: se trata del mismo problema, que resulta ser resuelto de modo distinto. La sentencia BGH 11, 353 ss. (con comentario de WELZEL, *JZ* 1958, pp. 494 ss.) probablemente se generó –como más adelante la resolución BGH 34, 82 ss.– sobre la base de una problemática en la averiguación del lado subjetivo del hecho trasladada al ámbito del tipo objetivo: alguien entregó un cuchillo –¿para pelar una manzana? ¿cómo arma?–, con el que poco después el receptor atacó a un tercero; puesto que no podía probarse dolo de complicidad, se construyó un deber de garante del sujeto que lo entregó respecto de la víctima, a pesar de que es seguro que la entrega de un cuchillo, a menos que suceda en una situación de complicidad, no «crea» un riesgo.

(53) BGH 25, 218 ss., 220 s.

(54) *Loc. cit.* (nota 50), 221.

tráfico ha creado de modo exclusivo y culpable la causa... del verdadero peligro» (55).

Es notable lo que *no* se dice en la sentencia, es decir, en primer lugar, que el comportamiento previo deba ser contrario a deber –si bien una conducta conforme a deber «por regla general» no genera posición de garantía, siguen siendo posibles las excepciones–, y, en segundo lugar, que en el caso concreto sea la adecuación a deber el fundamento decisivo de la negación de una posición de garante –la razón decisiva está en el carácter adecuado a deber del comportamiento de conductor en su relación con la radical infracción de los deberes de autoprotección de la víctima, tal y como se formula también de manera exacta en el resumen de doctrina–. Con ello, la Sección ha alcanzado el centro mismo de la problemática de los deberes de salvamento derivados de injerencia: concurriendo una conducta antijurídica por parte del autor y un comportamiento acorde a los deberes de autoprotección por parte de la víctima, el autor ha usurpado la libertad de la víctima, ha «creado» el riesgo, de modo que debe volver a atenuar el riesgo en cuanto sinalagma –esto no es cosa distinta de la evitación de ulteriores consecuencias de su propia organización–. Tratándose de un comportamiento ajustado a Derecho por parte del autor y una conducta contraria a los deberes de autoprotección por parte de la víctima (como en el caso a enjuiciar), la víctima ha «creado» por sí misma el peligro, y por ello no resulta «equitativo» (56), o, mejor dicho: justo, imponer al autor un deber de su eliminación. Sólo *esto* es lo que constata la Sección cuarta, y para resolver el caso no había que decidir nada más. La opinión de que la resolución vincula la injerencia de modo necesario con una conducta previa contraria a deber, entendimiento extendido en Alemania, no hace justicia a la sutilidad de la fundamentación: el tribunal se limita a negar los deberes de injerencia en los casos en los que concurre una conducta acorde a deber en el caso del autor y un comportamiento contrario a los deberes de autoprotección en la víctima, y, además, insinúa que asumiría la existencia de una posición de garantía si hubiera existido una conducta contraria a deber por parte del autor, y, en particular, deja abierta la cuestión de cómo ha de resolverse el caso de que aunque el conductor no cometa error alguno, falle el vehículo (57).

Consideraremos junto a la sentencia de la Sección cuarta una resolución anterior de la Sección segunda relativa a la posición de garantía

(55) *Loc. cit.* (nota 50), 222.

(56) *Loc. cit.* (nota 50), 222.

(57) Cfr. la cita de la sentencia hecha *supra* en el texto correspondiente a la nota 54.

después de legítima defensa (58). En esta resolución aparece ya el punto de partida argumentativo de analizar las respectivas contribuciones de todos los causantes del peligro *en el contexto de las aportaciones de los demás intervinientes*, aunque en un caso bastante drástico y sencillo: al sujeto que se defiende se le impone la necesidad de la defensa, mientras que el atacante genera el conflicto de modo arbitrario; por consiguiente, no admite duda alguna quién ha creado la situación de riesgo. El tribunal añade el *argumentum ad absurdum* de que el atacante no puede imponer una protección que se le niega a quien ha sufrido un accidente (59). No hay nada más que anotar al respecto (60).

La propia Sección cuarta ha arrojado ciertas sombras sobre su modélica resolución de 1973 al partir en una sentencia posterior de que queda fundamentada una posición de garantía en virtud de injerencia ya cuando un conductor se ha comportado de tal manera antijurídicamente «en inmediata conexión con el accidente» que esta conducta «pudo» (61) haber contribuido a la producción del accidente, concretamente, cuando conducía a velocidad excesiva y posiblemente ha producido por ello el accidente, pero sin que ello, precisamente, pueda ser objeto de prueba, y sin que, además, quepa excluir una grave infracción de las reglas del tráfico por parte de la víctima (62). En todo caso, como resulta evidente, sería inadecuado vincular el deber en el momento del hecho con la situación de prueba en el momento de dictarse la sentencia. Pero si aquello a lo que quiere hacerse referencia no es la situación probatoria, sino la conducta inadecuada que se da por probada, lo decisivo es determinar si ésta manifiesta sus efectos en el accidente, si lo ha «creado», y precisamente esto es lo que no pudo ser probado. Lo que sí pudo ser probado, sin

(58) BGH 23, 327 s. con comentarios de WELP, *JZ* 1971, pp. 433 ss.; HERZBERG, *JuS* 1971, pp. 74 ss.

(59) BGH 23, 328.

(60) Sería incorrecto intentar generalizar el contenido de la resolución en el sentido de que una conducta justificada *nunca* puede constituir un comportamiento previo a efectos de injerencia –y es que lo decisivo es el contexto–; en este sentido, quien interviene en estado de necesidad agresivo se convierte en garante cuando la víctima de la intervención sólo tiene deber de tolerancia y no está obligado (como garante o en virtud del § 323 c StGB) a llevar a cabo, además, prestaciones positivas; cfr. JAKOBS (nota 5, 1.ª referencia), 29/43 s. con referencias; *vid. también infra* en el texto correspondiente a la nota 71.

(61) BGH 34, 82 ss., 84 con comentario negativo de RUDOLPHI, *JR* 1987, pp. 162 ss.; también en contra RANFT, *JZ* 1987, pp. 859 ss., 864 s.; a favor HERZBERG, *JZ* 1986, pp. 986 ss., 989 ss.

(62) *Loc. cit.* (nota 61), 83.

embargo, es que el conductor, de modo bastante carente de escrúpulos, excluyó su comportamiento defectuoso como causa del accidente en una situación en la que una persona con una actitud conforme al ordenamiento jurídico en todo caso hubiera partido de la posibilidad de la existencia de tal relación. Esto, la ceguera ante los hechos del autor, es recompensado *de lege lata* por el § 16, párrafo 1.º inciso 1.º StGB * y por la ausencia de punibilidad de la tentativa imprudente. Contemplada la cuestión desde este punto de vista, la extensión de la responsabilidad por injerencia tiene la finalidad de poder demostrar también frente a un autor ciego ante los hechos que conoce los presupuestos de una posición de garantía (delimitada de manera demasiado amplia). De este modo, la sentencia quizás pueda ser satisfactoria en el resultado alcanzado, pero no, desde luego, en la fundamentación.

E) Responsabilidad por el producto

El BGH ha apoyado igualmente en la injerencia el deber de retirada de productos industriales lesivos (63): los directores de diversas empresas interrelacionadas, dedicadas a la producción de elementos químicos, no retiraron a tiempo del mercado (64) un producto para el cuidado del cuero, cuya peligrosidad para la salud –peligrosidad que no era ni irrelevante ni completamente excepcional (65)– no resultaba cognoscible mediante la aplicación de los métodos de ensayos habituales. El tribunal deja abierta la cuestión de si también una conducta previa acorde a deber puede fundamentar una posición de garantía, al

* El § 16 StGB dispone lo siguiente: «Error sobre elementos del hecho. 1) Quien en el momento de cometer el hecho desconoce una circunstancia que forma parte del tipo legal, no actúa con dolo. Queda incólume la punibilidad por comisión imprudente. 2) Quien en el momento de cometer el hecho supone erróneamente que concurren circunstancias que cumplirían el tipo de una Ley más beneficiosa, sólo puede ser penado por comisión dolosa con base en esta Ley más beneficiosa». (n. del t.)

(63) BGH 37, 106 ss., 115 a 123; cfr. referencias respecto de la bibliografía relacionada con esta sentencia en TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 49.ª ed., 1999, § 13 n.m. 11 b.

(64) Y permitieron que el producto se siguiera produciendo y entregando. El BGH interpreta esta conducta como actuar positivo (nota 63), 114, lo que puede ser correcto, por ejemplo, si se siguieron dando instrucciones relativas a la producción o la distribución, pero no necesariamente lo es, por ejemplo, si lo que sucedió es que sin intervención de los directores todo siguió su curso habitual –aunque entonces estaríamos ante una omisión de garante (deber de aseguramiento en el tráfico) en lo que se refiere a la *distribución* (la *producción* está permitida mientras los productos sean custodiados correctamente).

(65) Es decir, que superaba, en caso de concurrir cognoscibilidad objetiva, el riesgo permitido, *loc. cit.* (nota 63), 118.

sostener que existiría una doble infracción de deber por parte de los directores: de acuerdo con el BGH, concurriría una infracción de preceptos en materia de Derecho de alimentos, ya que de acuerdo con éstos no está permitido poner en circulación objetos que por su composición son nocivos para la salud (66), y, además, según la posición del tribunal, la distribución se produjo de modo «objetivamente contrario a deber», «ya que el ordenamiento jurídico... prohíbe crear riesgos de los que, si nadie interviene en el curso de los acontecimientos, deriven daños corporales para terceros» (67), bastando «la desvaloración del resultado de puesta en peligro» y no siendo necesaria «culpabilidad personal»; también se habla de «infracción del deber de cuidado» y de imprudencia (68).

El resultado obtenido puede llegar a resultar satisfactorio: una sociedad que se encuentra saturada en lo que se refiere al gran número de productos disponibles, puede entender los productos nuevos como una especie de molestia, que si bien no está prohibida, es impuesta al público por el productor en su propio beneficio, y en caso de existir la posibilidad de que se produzcan daños, en consecuencia, es el productor, quien ha «creado» el riesgo especial, quien debe ocuparse de eliminar el peligro. Como se acaba de indicar, en la sentencia fundamental relativa a la injerencia en un accidente de tráfico había quedado expresamente sin resolver el enjuiciamiento de *aquel* caso en el que todos los implicados se han comportado de modo correcto, pero el vehículo tiene un defecto oculto que tiene consecuencias negativas (69). En el presente ámbito, se trata de una constelación de casos completamente análoga: tanto el productor como el consumidor se conducen de modo correcto, pero un defecto del producto oculto hasta ese momento amenaza con traer consecuencias. Partiendo de esta concepción, es garante quien crea un riesgo especial, como cabe observar en el caso del vehículo de motor en la responsabilidad por riesgos derivados del funcionamiento; la conducta contraria a deber es un supuesto especialmente llamativo de un riesgo especial, pero, precisamente, no es el único posible, e incluso *Rudolphi*, quien ha participado de modo determinante en el desarrollo del dogma de la necesaria contrariedad a deber de la conducta previa (70), en la actualidad al menos sostiene respecto de algunas conductas realizadas en

(66) *Loc. cit.* (nota 63), 117 s.

(67) *Loc. cit.* (nota 63), 117.

(68) *Loc. cit.* (nota 63), 118 s.

(69) BGH 25, 221; *supra* texto correspondiente a la nota 54.

(70) RUDOLPHI, *como en nota* 50; ya ídem, (nota 6), pp. 157 ss., 163 ss.

estado de necesidad justificante que éstas conducen a una posición de garantía (71).

Al optar el tribunal, en vez de continuar con esta línea jurisprudencial (y no: modificarla), por creer que puede transitar las vías ya trazadas y seguras respecto del comportamiento previo contrario a deber, ello conduce a una mera continuidad aparente; pues tanto la resolución relativa a la injerencia en el accidente de tráfico como la segunda sentencia respecto de la responsabilidad del hostelero infieren la conformidad a Derecho del comportamiento no de su falta de idoneidad para la causación del resultado (pues en tal caso, no se podría tratar de un problema de los límites de la *injerencia*), sino de su adecuación social en la perspectiva *ex ante*. A la inversa, la responsabilidad por injerencia en caso de conducta previa contraria a deber, aceptada implícitamente en ambas sentencias, no sólo parte de la causación del riesgo de producción del resultado (si así fuera, se debería haber afirmado también en estas resoluciones la concurrencia de una posición de garantía), sino que, además, se vincula a la superación del riesgo permitido, igualmente en la perspectiva *ex ante*. La contrariedad a deber sin infracción del cuidado debido que se invoca en la sentencia de la responsabilidad por el producto, en cambio, no es nada más que el desvalor de resultado que amenaza, sin consideración del desvalor de la acción. Tomada literalmente, la máxima rectora de la sentencia conduce a imponer a cualquier causante de un riesgo un deber de garante. Sin embargo, del contexto se deduce que sólo se hace referencia al causante decisivo, a quien ha «creado» el riesgo, es decir, que se quiere identificar a quien ha asumido un riesgo especial como garante.

F) Participación

Finalmente, se llama la atención sobre algunas resoluciones en las que se trata la responsabilidad por omisión de un partícipe por hechos ulteriores de otro partícipe. Ninguna de las sentencias se encuentra en la colección oficial de jurisprudencia –editada por el tribunal–, aunque casos de este tipo parece que suceden con cierta frecuencia. De ello cabe deducir que el tribunal aún no ve claro el camino acertado para resolver los supuestos –dicho sea de paso, la bibliografía tampoco lo ve.

En una resolución del año 1985 (72), el acusado había participado en un delito de lesiones, y a continuación no evitó el homicidio doloso

(71) SK-RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7.^a ed., 31.^a entrega, 1999, § 13 n.m. 40 a.

(72) BGH NStZ 1985, p. 24.

de la víctima cometido por otro de los partícipes. El tribunal falló que hubo complicidad por omisión, argumentando que el partícipe en el hecho previo debe evitar incluso daños ulteriores mediatos, como, por ejemplo, que la víctima tendida en la calle sea arrollada por un automóvil, y que esto ha de ser de aplicación a ataques dolosos de otros coautores del hecho previo cuando quepa «esperar» que esos ataques se produzcan «prácticamente como continuación» de ese hecho previo (73). Para comprender la resolución, en primer lugar es necesario reducir a su núcleo correcto —muy pequeño, prácticamente tautológico— la habitual afirmación doctrinal de que ningún partícipe responde del exceso de otro partícipe; este núcleo es el siguiente: nadie responde de un curso lesivo que no le incumbe. Sin embargo, y éste es el primer elemento de fundamentación del tribunal, quien es responsable del desamparo de la víctima es garante de que éste no se traduzca en un ulterior daño. Si, por lo tanto, en el caso en cuestión el desamparo de la víctima al menos ha facilitado la comisión del hecho (no se describen los hechos con exactitud) (74), la sentencia se mantiene en el marco de lo comúnmente aceptado. Sin embargo, quizás el tribunal se ha referido al desamparo de la víctima tan sólo a título de ejemplo, y lo decisivo sería entonces la segunda vía de fundamentación, es decir, que quepa «esperar... la continuación» del hecho previo por parte de otro de los partícipes. Pero ¿no es responsable exclusivamente el propio partícipe si toma, sin que los demás le animen a ello específicamente, el primer hecho como motivo para cometer un ulterior delito (75)? Acostumbrados como estamos a limitar subjetivamente el alcance de la participación, probablemente la mayoría contestaría afirmativamente a la cuestión, lo que, sin embargo, no haría justicia al estado moderno de la dogmática: respecto de la omisión, el lado subjetivo en el hecho previo sólo es de interés secundario; por el contrario, lo decisivo es cuál es el riesgo no permitido que el partícipe ha creado mediante su participación en el hecho previo (76), y para resolver esta cuestión no se puede decretar que ese riesgo acaba exactamente en el punto en el que acaba su dolo, o que queda limitado por aquello acordado expresamente, etc. Quien participa en un hecho consistente en dar rienda suelta a impulsos agresivos adquiere competencia respecto de un suceso cuyos límites no necesariamente se alcanzan en el

(73) Loc. cit. (nota 72).

(74) Respecto de la facilitación como complicidad *JAKOBS* (nota 5, 1.^a referencia), 29/102 a.

(75) En este sentido *NEUMANN, JR* 1993, pp. 161 ss., 162.

(76) *Vid. JAKOBS* (nota 31), pp. 265 s.

momento en el que se han agotado los impulsos agresivos *proprios*. Dicho de otro modo: no es el arbitrio subjetivo del partícipe lo que limita su responsabilidad, sino el significado objetivo de su participación. —Esto se manifiesta con claridad en una resolución (77) posterior. El acusado y un coautor habían sometido a la víctima a severas torturas, el coautor a continuación la mató estrangulándola. Puede que el sentido individual de la participación del acusado fuera «torturar, pero no matar», y a pesar de ello, su contribución puede haberse prestado a un suceso global que desde la perspectiva objetiva significara «torturar y, si es necesario, matar» (78).

La última sentencia hasta el momento (79), en lo que alcanzo a ver, se refiere a un supuesto en el que tanto el acusado como un partícipe habían manifestado que querían «darle un mamporro» a la víctima, golpeando a continuación el partícipe a la víctima de tal modo con el mango de un cuchillo que ésta —que ya estaba ebria— cayó al suelo. El partícipe, aquejado —lo que no era cognoscible para el acusado— de una «agresividad incrementada por enfermedad», pasó entonces a producirle a la víctima dos cortes en la «región parietal central»; no hubo continuación de la agresión porque el acusado se opuso. No se demandó ayuda; el acusado lo rechazó por miedo a la policía. La víctima murió al no ser auxiliada; una de las causas de la muerte fue la pérdida de sangre.

El tribunal rechaza —asumiendo, de modo superfluo, el requisito de la conducta previa antijurídica— la concurrencia de una posición de garantía por injerencia, argumentando que si bien el acusado había participado en las lesiones del ejecutante concretadas en el golpe, esta participación no habría creado un «riesgo próximo» de la producción de la muerte, puesto que la perturbación del comportamiento del partícipe no era previsible (80), y ello con las palabras de la sentencia de 1985,

(77) BGH NStZ 1992, pp. 31 s. con comentarios de SEELMANN, StV 1992, pp. 416 s.; NEUMANN, JR 1993, pp. 161 ss.

(78) En esta medida, no puedo sumarme a la opinión de NEUMANN, *loc. cit.* (nota 77) de afirmar la concurrencia de una prohibición de regreso a causa de la decisión libre del coautor de pasar al homicidio: en la prohibición de regreso, el comportamiento carece, en un juicio *objetivo*, de un (determinado) significado delictivo; en este caso, en cambio, se trata de inferir el sentido objetivo de las características del suceso, y no de lo asumido psíquicamente por el partícipe. Dicho en términos extremos: quien da a uno de dos contendientes una pistola cargada, partiendo de la suposición —mejor o peor fundamentada— de que éste abandonará por sí mismo la lucha al sentirse en situación de superioridad, tendrá que intervenir si el contendiente ahora armado se dispone a hacer uso del arma.

(79) BGH NStZ 1998, pp. 83 s.

(80) *Loc. cit.* (nota 79), p. 84.

en el sentido de no cabía «esperar» los cortes «prácticamente en continuación» del golpe inicial —una interpretación que resulta razonable; sin embargo, también lo sería la interpretación contraria, al menos en caso de que el partícipe hubiera actuado en estado de semiinimputabilidad (extremo al que no se refiere la sentencia). La ausencia del análisis acerca de si no fue el desamparo de la víctima abatida lo que hizo posibles los cortes probablemente derivará de la misma suposición: la prohibición de privar a una víctima de la posibilidad de la autodefensa en opinión del tribunal probablemente no esté destinada a prevenir riesgos completamente extraños (si es que los cortes realmente eran completamente extraños).

Finalmente, el tribunal tampoco considera que la manifestación del acusado en contra de demandar ayuda constituya una conducta de injerencia: la toma de posición en contra de llamar a alguien «sólo» supone, en opinión del BGH, un acto de «apoyar la decisión» del otro partícipe; quien no es garante él mismo, «no adquiere una posición de garantía propia por la decisión tomada conjuntamente con un garante de omitir» (81). Esto es correcto en la medida en que una omisión del no-garante conociendo la omisión del garante no intercambia las posiciones: siguen siendo autores accesorios. Pero en el caso de un «apoyo de la decisión», la cuestión puede ser distinta: puede constituir una complicidad en la omisión del garante, generando como tal, precisamente, deberes de injerencia, aunque sólo de la intensidad correspondiente a una participación a título de complicidad (82). Y con mayor razón concurriría, de darse una «decisión tomada conjuntamente con un garante de omitir», en cuanto inducción mutua a la omisión (inducción a no salvar) una participación accesoria del acusado que fundamentaría un deber por injerencia.

Como conclusión respecto del ámbito de la responsabilidad por injerencia por hechos ulteriores cabe constatar que se han identificado las dos líneas argumentativas posibles: competencia por el desamparo de la víctima y por el agotamiento de aquello que forma parte típicamente del hecho. En lo que se refiere a esta última línea de argumentación, la teoría de la imputación objetiva en forma de la teoría de la conducta no permitida desplaza —acertadamente— la determinación hasta ahora existente de los elementos comunes relevantes, demasiado orientada en atención a lo subjetivo.

(81) Loc. cit. (nota 79), p. 84

(82) JAKOBS (nota 5, 1.ª referencia), 29/102.

III. TEORÍA DE LA INJERENCIA, SEGUNDA PARTE

A) De nuevo: creación de un riesgo especial

Si se vuelven a considerar las sentencias referidas, cabe constatar que si bien el Tribunal Federal Supremo ha modificado su posición, asumiendo verbalmente en las resoluciones más recientes el requisito de una conducta previa antijurídica, especialmente en la sentencia relativa a la responsabilidad por el producto (83), materialmente sigue manteniendo las máximas, mucho más elásticas, de la sentencia fundamental en materia de conducta de injerencia en el tráfico rodado (84), y ello con razón: el requisito de un comportamiento previo contrario a Derecho restringe en demasía la responsabilidad por injerencia, puesto que puede suceder que la víctima tenga derecho a no verse afectada, si no por el comportamiento previo, sí por sus consecuencias. La proposición de que quien ha de tolerar el comportamiento previo debe tolerar también las consecuencias hasta el momento no se ha fundamentado, ni siquiera por aproximación, y, probablemente, es de imposible fundamentación. Ciertamente, en el caso concreto podrán mantenerse fructíferas discusiones acerca del riesgo especial; pero este problema no es más que la cuestión análoga que se plantea, como antes se ha expuesto, respecto de una organización por comisión: también en esos casos hay que decidir si el curso lesivo debe ser imputado al autor, a la víctima que actúa a riesgo propio o a una tercera persona. Por consiguiente, lo que sucede es que no resulta posible evitar la problemática.

La determinación de cuándo concurre un riesgo especial ha de llevarse a cabo mediante una contraposición de la organización del omite y la de la víctima. Ahora bien, el BGH ha relativizado en la sentencia varias veces citada respecto del tráfico rodado la respuesta a la cuestión acerca de si la conducción de automóviles constituye un riesgo especial: en todo caso no respecto de quien va dando tumbos ebrio en la calzada. Esto suena como si se tratara de averiguar un *saldo* de competencia, a obtener mediante compensación de la competencia de uno —la del conductor respecto del riesgo de funcionamiento del vehículo— con la del otro —la del peatón ebrio por su infracción de las medidas de autoprotección—. Si esto realmente fuera así, debería ser posible, incluso, obtener el saldo correspondiente mediante compensa-

(83) Cfr. *supra* II. E.

(84) En detalle *supra* II. D.

ción en relación con una creación antijurídica del riesgo, es decir, con una dejación de las medidas de autoprotección por parte de la víctima al menos comparable. Dicho con un ejemplo: quien deja sin vigilancia, por imprudencia leve, un arma, no sería garante frente a quien, manipulándola igualmente con imprudencia leve, se autolesiona y necesita de ayuda. Sin embargo, tal decisión sería incorrecta: mientras exista una conducta errónea que despliega sus efectos, concurre una usurpación de libertad ajena, aunque la víctima presente una «concur-rencia de culpa» preponderante. Por consiguiente, de lo que se trata es sólo de excluir aquellos comportamientos previos cuyo riesgo, precisamente, no se realiza por la competencia de la víctima. Dicho con un ejemplo: un vehículo de motor constituye un riesgo especial aunque sea utilizado de modo correcto, y ello por ciertos posibles cursos lesivos respecto de víctimas cuidadosas o al menos bastante cuidadosas; sin embargo, no forma parte de esos cursos la colisión con un sujeto ebrio que va dando tumbos por la calle. O: constituye un riesgo no permitido lanzar una roca por una empinada pendiente en una zona frecuentada por excursionistas; pero si uno de ellos se queda inmóvil, con dolo suicida, delante de la trayectoria de la roca, no se realiza un curso que la prohibición pretenda inhibir, y por ello no se genera deber alguno en el sujeto, que de por sí se comportó de modo imprudente. La cuestión decisiva, por lo tanto, no es quién se ha portado peor, el sujeto que realiza el comportamiento previo o la víctima, sino si lo especial de la conducta previa no ha tenido efecto a consecuencia del comportamiento de la víctima, o si, por el contrario, sí ha tenido efecto a pesar de la intervención de la víctima. Se trata, en consecuencia, de la determinación del fin de la norma, no de un saldo de competencias después de una compensación cuantitativa.

Detalles respecto del riesgo especial: desde luego que una conducta antijurídica genera en todo caso un riesgo especial, aunque la víctima a su vez incumpla las medidas de autoprotección, a menos que esta infracción se produzca de modo tan drástico que el sujeto que se conduce antijurídicamente no tuviera que contar con tal desarrollo. Otros grupos de casos: la puesta de circulación de un vehículo de motor aún es, al menos en el sistema del ordenamiento jurídico alemán, un riesgo especial, como muestra la existencia de una responsabilidad por puesta en riesgo con seguro obligatorio. Por lo tanto, si en un vehículo correctamente conducido —en exactamente aquel caso que el BGH dejó sin resolver en la sentencia antes citada— se realiza el riesgo de funcionamiento y un peatón, que se ha comportado a su vez también de modo correcto, sufre lesiones, existe para el conductor un deber de salvamento, pero, como acaba de decirse, no si el peatón ha

superado por su parte mediante una conducta gravemente infractora de los deberes de autoprotección el riesgo creado por el conductor en el sentido de que ya no se pueda hablar de un riesgo especial (tal y como era el caso en la sentencia referida). También concurre un riesgo especial en la medida en que existiría la posibilidad de intervenir contra un riesgo por vía del estado de necesidad *defensivo*. Y es que sería extraño que el titular de un ámbito de organización hubiera de soportar los costes de un salvamento, pero no estuviera obligado a fomentar él mismo tal salvamento. Dicho con un ejemplo: los animales que han acabado siendo peligrosos constituyen un riesgo especial en lo que se refiere al riesgo típico que emana de animales.

No crea un riesgo especial quien se defiende correctamente de un atacante antijurídico; pues el atacante le ha impuesto el conflicto al atacado y, por ello, tiene competencia preferente respecto de la solución, tal y como —antes se ha expuesto— resolvió el BGH. Lo mismo rige respecto de la defensa en el estado de necesidad *defensivo*. Dicho con un ejemplo: quien abate a golpes un animal que lo ataca, no está obligado como garante a retirarlo de la calzada para que no sea arrollado. Sin embargo, sí se genera un riesgo especial en una intervención en estado de necesidad *agresivo*; pues aquí se impone a alguien que no está implicado un conflicto; también de esto ya se ha hablado antes. Queda aún una consideración complementaria relevante que añadir: en la medida en que el sujeto no implicado hubiera estado obligado a su vez al salvamento —en Alemania existe una infracción de omisión de socorro—, y esté en condiciones de evitar ulteriores daños, debe llevar a cabo esa evitación por sí mismo. Dicho con un ejemplo: cuando personas que están ayudando a apagar un peligroso incendio en una casa vecina entran en la casa a por agua, quien habita en ésta está obligado *en la medida en que le resulte posible* a volver a cerrar el grifo él mismo; pues estaría obligado a entregar el agua para apagar el incendio bajo pena de omisión de socorro. La situación es distinta cuando alguien hace uso de una cañería de agua ajena para salvar algunas plantas, aunque éstas sean valiosas: el titular de la propiedad utilizada para el salvamento no estaría obligado a intervenir en tal caso por falta de suficiente dimensión del peligro que amenaza. Esto suena confuso, y lo es; la incongruencia de las reglas enunciadas se fundamenta en la incongruencia de las instituciones del Derecho penal alemán. El deber de la víctima en el estado de necesidad *agresivo* va más lejos que el deber de auxilio que deriva del mandato de prestar socorro en caso de necesidad.

Un riesgo especial puede ser asignado a un determinado círculo de organización cuando fue creado en gestión de intereses sin mandato a

favor de ese círculo. Dicho de nuevo con un ejemplo: para no arrollar a otro ciclista que ha caído delante de él —de modo culpable o no—, un ciclista se ve obligado a dar un frenazo y esquivarlo, con lo que cae a su vez a la cuneta. Si necesita ayuda, el ciclista que cayó en primer lugar está obligado a prestarla, pues la maniobra *también* era asunto suyo. Dicho de otro modo, a quien necesita ayuda le incumbe soportar los «costes» de las medidas de auxilio de aquellas personas que a su vez no son responsables de esa necesidad de ayuda.

La medida de la prestación a realizar: el hecho de que también un comportamiento conforme a Derecho puede acabar convirtiéndose en una usurpación de libertad ajena es algo generalmente conocido por lo demás en el marco del ordenamiento jurídico, de modo que casi parece extraña la persistencia con la que se ha mantenido en el ámbito de la injerencia el dogma de la antijuridicidad. Intentaré clarificar esto con base en los escalonamientos de las causas de justificación. Los representantes del requisito de la antijuridicidad tienen la vista fijada de modo estático exclusivamente en la legítima defensa (85): el atacante debe asumir todo lo que sea necesario para la defensa, porque usurpa una organización ajena, y con toda seguridad es, además, garante de la retirada de la usurpación. Pero también en el caso del estado de necesidad defensivo aquel sujeto en cuya organización se encuentra un foco de peligro tiene una competencia preferente para su eliminación, y ello incluso aunque el curso lesivo a evitar sea consecuencia de un comportamiento ajustado a Derecho (aunque generador de riesgo). Esto queda claro teniendo en cuenta la circunstancia de que sólo podrá invocar lícitamente la dimensión exorbitante de sus costes cuando éstos sean desproporcionados en relación con el bien salvado; por consiguiente, en caso de necesidad debe sacrificar más (o permitir que se le quite más) de lo que salva (o de lo que otros salven); dicho de otro modo, parece evidente que está más cerca del daño que amenaza que la potencial víctima. Y entonces también debe ser así en lo que se refiere al salvamento. Dicho con un ejemplo: cuando el propietario de un animal que amenaza con lesionar a otro animal, habiéndose comportado de modo ajustado a Derecho, se ve en la necesidad de matar a

(85) Puesto que aquí se trata el problema de principio de una usurpación también por medio de una conducta ajustada a Derecho, queda fuera de consideración que, de acuerdo con estudios recientes, la legítima defensa tiene como presupuesto la concurrencia de un ataque culpable (o que de tratarse de un ataque no culpable, debe limitarse la permisión de tomar todas las medidas necesarias para la defensa) (referencias en JAKOBS, nota 5, 1.ª referencia, 12/16 ss. con nota 30). Con mayor exactitud habría que distinguir entre conducta previa culpable, antijurídica no culpable y conforme a Derecho.

su animal, está obligado a llevar al otro al veterinario si el suyo lo lesionó antes de que lo pudiera matar. Ciertamente, esta obligación no es ilimitada; pero este problema, precisamente, el de los límites de la justificación y de los deberes en virtud de injerencia, también se plantea en caso de una conducta previa antijurídica, aunque «más tarde». Dicho de nuevo con un ejemplo: quien lesiona al gato de su vecino no queda obligado a abandonar su profesión para cuidar durante meses al animal hasta que sane, y ello aunque la lesión se produjera con *dolus malus*: del mismo modo que existe en la legítima defensa una solidaridad mínima (86), en el ámbito de la injerencia después de una conducta previa antijurídica existe un límite al deber. En los casos relevantes en la práctica, tráfico rodado y responsabilidad por el producto, sin embargo, estos límites no han desempeñado papel alguno, ya que los bienes puestos en riesgo eran del máximo rango.

Por consiguiente, si no sólo un comportamiento antijurídico, sino cualquier *asunción de un riesgo especial, es decir, de un riesgo cuya neutralización sea cometido del autor de acuerdo con la asignación hecha por el ordenamiento jurídico* (sea de él solo, sea junto con la víctima) (87) genera deberes de injerencia, tal y como lo insinuó el BGH en la sentencia relativa a la conducta de injerencia en el tráfico rodado y —en contra de la formulación literal— aplicó materialmente en la resolución relativa a la responsabilidad por el producto, esto significa que se trata de deberes de garantía, pero no que los garantes no puedan introducir —de modo diverso en función de la cualidad de la conducta previa— sus intereses en colisión. Las reglas de la colisión de deberes, en este ámbito, en cuanto reglas relativas a la colisión entre un deber y una medida obligada de autoprotección, ya se ocupan de que un deber de garante no conduzca a una carga desproporcionada; dicho sea de paso, del mismo modo que sucede en el delito de comisión: el deber de respetar los bienes ajenos termina «más tarde» para aquel que se ha puesto en una situación de necesidad de modo antijurídico que para aquel que entró en necesidad en el marco de una actividad permitida, pero arriesgada, y para este último «más tarde» que para aquel que sufre la situación de necesidad sin ningún tipo de competencia propia por ello.

B) Injerencia en el delito de comisión

Finalmente, quisiera plantear una cuestión que, en lo que alcanzo a ver, hasta el momento no se había formulado (88): si en el caso de

(86) Referencias en JAKOBS (nota 5, 1.ª referencia), 12/46 ss.

(87) *Vid.* sobre esto III. A., al principio.

(88) *Cfr.*, sin embargo, JAKOBS (nota 5, 2.ª referencia), p. 36 nota 77.

la injerencia se trata de un deber negativo, como en el caso de los deberes de aseguramiento en el tráfico y como en los deberes de respeto de las prohibiciones en los delitos comunes, entonces, debería ser posible demostrar la existencia de injerencia en el ámbito de la comisión, aunque carezca de relevancia práctica. Para aclarar lo acabado de decir: del mismo modo que el delito de omisión sólo puede ser cometido por una persona competente, es decir, por un garante, el delito de comisión sólo puede ser cometido por una persona que conduce generando un riesgo no permitido. Quien quiera, que lo formule diciendo que en el delito de comisión sólo el autor (partícipe) que actúa de modo objetivamente imputable es garante de la evitación del resultado. El *topos* de la equivalencia a la comisión de la omisión obtiene entonces un sentido que va más allá de vagas asociaciones de una imagen de parecido a la comisión: se trata de la competencia por organización (89), y a consecuencia de esta normativización del concepto de comportamiento cabe colocar junto a la equivalencia a la comisión de la omisión una equivalencia a la omisión de la comisión, y esto hasta el punto de que también respecto del delito de comisión cabe desarrollar deberes que desde la perspectiva fenotípica se presentan como deberes de salvamento, aunque materialmente, también en este caso, no sean más que deberes que imponen no lesionar a otra persona por causa de la configuración de la propia organización.

Puesto que la injerencia constituye en el caso del delito de omisión el fundamento de un *mandato* al autor, al arrogarse éste mediante la ejecución del comportamiento previo un riesgo especial, mandato que no le afectaría sin esa conducta previa, por injerencia en el delito de comisión debe entenderse una conducta mediante cuya ejecución a su vez se asuma un riesgo especial, y a causa de esta conducta ha de *prohibírsele* al autor una conducta subsiguiente, conducta que sin el comportamiento previo podría lícitamente llevar a cabo, o al menos podría ejecutar sin pena por un delito de comisión. Por consiguiente, se trata de casos en los que una conducta previa de las características descritas se convierte en un daño en caso de que a continuación se produzca otra conducta, que de por sí se halla permitida. Dicho con un ejemplo: quien empuja por descuido a otra persona, de modo que ésta está a punto de caer, ha de sujetarla: un *mandato*; si la persona empujada al caer intenta sujetarse al brazo del sujeto descuidado, éste no puede lícitamente retirarlo: una *prohibición* que desde el punto de vista

(89) Queda fuera de consideración el delito de deber (sobre esto ROXIN, como en nota 3).

fenotípico sirve al salvamento, pero que materialmente no es nada distinto del aseguramiento de la persona empujada frente a consecuencias negativas del empujón.

C) Conclusión

Por lo tanto, la responsabilidad por injerencia se encuentra bien asegurada desde el punto de vista sistemático, incluso es teóricamente obligada, y también su manejo práctico por el Tribunal Supremo Federal puede resultar *grosso modo* satisfactorio. Una limitación a comportamientos previos antijurídicos es demasiado estricta; debe responder cualquiera que se haya arrogado frente a la víctima un riesgo especial.

¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones?

(Responsabilidad por el producto, accesoriedad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas)(*)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

I

Como, teniendo en cuenta el tiempo del que dispongo, me veo obligado a limitar necesariamente el círculo de temas que puedo tratar en mi conferencia, y toda vez que en las comunicaciones que se

(*) Conferencia que el autor pronunció, el 3 de octubre de 2000, ante el pleno del simposio «¿Crisis del Derecho penal y de las ciencias criminales?», que, organizado por la Fundación Alexander von Humboldt, se celebró en Bamberg (Alemania) entre los días 1 y 5 de octubre de dicho año. Esta conferencia coincide también, en lo fundamental, con la que expuse en español en el Congreso Internacional «Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología», que, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, tuvo lugar en Madrid entre los días 6 y 10 de noviembre de 2000. La versión alemana de este artículo ha aparecido en el volumen colectivo «Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?», Berlín 2001, pp. 151-165.

van a pronunciar hoy por la tarde se va a seguir discutiendo sobre si los conceptos tradicionales fundamentales pueden satisfacer el actual desarrollo del Derecho penal, quiero iniciar mi ponencia indicando cuáles son los problemas de los que me voy a ocupar en lo que sigue.

La discusión sobre la idoneidad o superación de las hasta ahora vigentes exigencias dogmáticas fundamentales de una Parte General se ha desencadenado, sobre todo, en torno al Derecho penal de la sociedad del riesgo (responsabilidad por el producto, delitos contra el medio ambiente, y, en general, nuevos delitos de peligro abstracto), planteándose la pregunta de si la dogmática del llamado «Derecho penal nuclear» es suficiente para abordar estos fenómenos criminales relativamente nuevos (1), o de si, más bien, esa dogmática debe ser «flexibilizada» y «desformalizada» (2).

En mi opinión –y anticipando así las tesis que voy a desarrollar–, los conceptos fundamentales de la Parte General siguen siendo adecuados –aún más: irrenunciables– para tratar –y penetrar en– estas nuevas manifestaciones juridicopenales, tal como voy a tratar de exponer con los ejemplos de la causalidad en la responsabilidad por el producto, de la accesoriad del Derecho administrativo y del acto administrativo (delitos contra el medio ambiente), y también –y teniendo en cuenta que «estos “nuevos riesgos” característicos por lo

(1) V. sólo SCHMIDT-SALZER, *NJW* 1990, p. 2967: «Con relación a la prohibición de analogía y de desenvolvimiento del Derecho que debe ser observada por los tribunales penales no puede haber ninguna clase de “dogmática independiente” para esta materia [sc. para la responsabilidad por el producto]; STRATENWERTH, *ZStW* 105 (1993), p. 686: «En tanto en cuanto, merecen aprobación las objeciones, motivadas desde perspectivas liberales y del Estado de Derecho, contra el abandono de las exigencias básicas fundamentales –tanto materiales como procesales– del moderno Derecho penal».

(2) Sobre la flexibilización y desformalización de la dogmática del Derecho penal, cfr., por ejemplo, HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, 1993, pp. 43 ss., 48 ss.; *el mismo*, *NStZ* 1993, p. 14: «Institutos dogmáticos como el de la causalidad, las teorías de la tentativa y de la consumación, de la autoría y de la participación, así como del dolo y de la imprudencia, son lijadas y flexibilizadas»; *el mismo*, *GA* 1997, p. 495; KUHLEN, *GA* 1994, pp. 348 ss.; KÜHNE, *NJW* 1997, p. 1954: «El Derecho penal general es inidóneo, en definitiva, para reaccionar eficientemente y de manera dogmáticamente inobjetable en las lesiones de la vida y de la salud como consecuencia de productos». Véase también SAMSON, *StV* 1991, p. 184: «También aquí [en la responsabilidad por el producto] sería mejor que el legislador pudiera abrir paso a una regulación juridicopenal, ya que la dogmática juridicopenal de la Parte General no está en situación de establecer regulaciones para sólo determinados sectores de la vida»; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, pp. 54 ss.

general no son imputables a una persona individual, sino a una empresa» (3)— con un ejemplo del Derecho penal de empresa (decisiones colegiadas).

II

1. a) En la sentencia del «spray» para el cuero de 6 de julio de 1990 (4) el Tribunal Supremo alemán (BGH) recondujo jurídicopenalmente al uso de los «sprays» los daños en la salud que habían sufrido más de 40 personas, a pesar de que «no fue posible identificar de forma exacta científiconaturalmente la sustancia o la combinación de sustancias que confirió a los productos su tendencia específica a causar daños en la salud». No obstante, el BGH afirma la causalidad entre el empleo de los «sprays» para el cuero y los menoscabos en la salud, porque «si se ha comprobado de manera jurídicamente inobjetable que la composición del contenido de un producto —aunque no sea posible una mayor aclaración— es causante de los daños, no será requisito para la prueba de la causalidad que además se compruebe por qué dicho producto pudo ser causal de los daños, es decir, cuál ha sido según un análisis y los conocimientos científiconaturales el fundamento último de esa causalidad».

b) En la sentencia del TS de 23 de marzo de 1992 (caso de la colza) (5) se trataba del siguiente supuesto de hecho: los acusados (importadores y distribuidores del producto) habían importado a España cantidades ingentes de aceite de colza, el cual estaba destinado exclusivamente a fines industriales, por lo que, por ello y de acuerdo con las correspondientes disposiciones jurídicoadministrativas, había sido desnaturalizado con la sustancia venenosa anilina; no obstante, el aceite se introdujo en el mercado de comestibles, siendo infructuosos, evidentemente, los intentos de los industriales de eliminar la anilina del aceite, pues entre los consumidores del producto se declaró una enfermedad nueva, a la que se denominó «sín-

(3) HILGENDORF, *NStZ* 1993, p. 15. Véase también RUDOLPHI, *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 874; STRATENWERTH, *ZStW* 105 (1993), pp. 684/685.

(4) BGHSt. 37, 106.

(5) A. 6783. La sentencia de instancia (núm. 48/1989, de 20 de mayo, de la Sección 2.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) ha sido publicada en el Boletín de Información del CGPJ, 2.ª etapa, año IX, número extraordinario, junio de 1989.

drome tóxico», que, como consecuencia de una lesión de los vasos sanguíneos de los afectados, produjo —en la que ha sido probablemente la mayor tragedia humana de la reciente historia española— una enfermedad crónica y muy grave de más de 15.000 personas, de las cuales fallecieron 330.

Análogamente al caso del «spray» para el cuero, en el de la colza tampoco fue posible identificar la toxina contenida en el aceite que, aparentemente, habría causado los resultados típicos. No obstante, el TS afirmó la relación causal entre el consumo de aceite y las muertes y las lesiones producidas, haciendo suya —y remitiéndose expresamente a ella— la tesis de la sentencia alemana del «spray» para el cuero, en el sentido de que, «si se ha comprobado de una manera jurídicamente inobjetable que la composición del contenido de un producto —aunque no sea posible una mayor aclaración— es causante de los daños, no será requisito para la prueba de la causalidad que además se compruebe por qué dicho producto pudo ser causal de los daños, es decir, cuál ha sido, según un análisis y los conocimientos científiconaturales, el fundamento último de esa causalidad», rechazando la opinión «según la cual no existe causalidad mientras no se conozca el mecanismo causal».

En la doctrina española la sentencia de la colza ha sido rechazada de manera casi unánime (6), acudiéndose a argumentos análogos a los

(6) Así, por PAREDES (indicaciones en GIMBERNAT, *Ensayos penales*, 1999, pp. 331 ss.); CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, Teoría del delito I*, 2.ª ed., 1996, pp. 461 ss.; TORÍO, ROMEO CASABONA (ed.), *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, 1997, pp. 376-379; CERERO, *Curso de Derecho penal español*, Parte General II, 6.ª ed., 1998, p. 55 n. 16; MUÑOZ CONDE, *La búsqueda de la verdad en el proceso penal*, 1999, pp. 46 ss.; DÍAZ PITA, *RDPC* 4 (1999), pp. 521 ss. Aprueban, en cambio, la sentencia de la colza, y comprensiblemente, quien fue su ponente como magistrado (cfr. BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal*, Parte General, 4.ª ed., 1997, pp. 177 ss.), y, además, PÉREZ DEL VALLE (*Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2 [1997], pp. 179 ss.; *ADPCP* 1997, pp. 993 ss.)

En su artículo «De nuevo sobre el “caso de la colza”: una réplica» PAREDES (*RDPC* 5 [2000]) reconoce ahora (p. 93) que, antes de Newton, se debía castigar también por asesinato a quien arrojaba a otro desde una altura una piedra de 12 kilos que destrozaba el cráneo del paseante, aunque no se conociera aún el concreto mecanismo causal (ley de la gravitación) que había provocado el resultado, pero sigue manteniendo (pp. 95 ss.), inconsecuentemente, que en el caso de la colza no puede afirmarse que la ingestión de ese aceite haya condicionado el síndrome tóxico, porque no se conoce el concreto mecanismo causal que ha producido la enfermedad, y reconoce también (pp. 108 ss., 112, 116, 121) que la conducta del industrial del aceite Ramón Ferrero, condenado por el TS en la sentencia de la colza, no debe ser exami-

utilizados por la dogmática penal alemana contra la resolución del «spray» para el cuero; así, por ejemplo, por *Puppe* (7) cuando escribe: «Si no es posible ni siquiera designar la sustancia que habría causado los daños, entonces no se está legitimado para suponer que los daños no puedan ser explicados con otras causas naturales que tampoco se pueden designar»; o por *Hassemer* cuando expone: «La exigencia de las hasta ahora vigentes teorías causales juridicopenales de que el juez debe estar en posesión de las leyes empíricas relevantes, para poder atribuir la causalidad con seguridad, no es un desatinado escrúpulo de perfección, sino una garantía contra equivocaciones» (8).

2. Pero estos argumentos no pueden convencer, porque lo que exige el tipo de un delito de resultado es sólo *que* el autor *haya causado* el resultado, sin que sea necesario –porque la tipicidad no lo requiere– saber *cómo* lo ha causado (9). En el caso de que se encuentre en el domicilio del acusado de un hurto la cosa sustraída, y que aquél se reconozca como autor del delito, pero, por el motivo que sea, se niegue a esclarecer en el juicio oral si se apropió de lo ajeno en la calle, en un autobús o en medio de la aglomeración de unos grandes almacenes, con ello basta y sobra para que el tribunal aplique el artículo 234 del Código Penal, pues lo único que exige el tipo objetivo de esa disposición es la constatación de que, en efecto, el comportamiento del autor *ha causado* el despojo de la cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño, sin que sea necesario, para que se cumpla ese tipo objetivo, que se tenga que determinar, *además, cómo* se ha causado.

nada desde la perspectiva de un delito de comisión por omisión, tal como había sostenido en trabajos anteriores (referencias en GIMBERNAT, *op. cit.*, pp. 326-328), sino desde la de un delito de acción. A la vista de todos estos reconocimientos, lo que no acabo de entender es por qué PAREDES titula su nuevo artículo sobre el caso de la colza «una réplica», en vez de «una rectificación».

(7) En: NK, 1.ª ed., 1964, antes del § 13 n. m. 86. En la 5.ª entrega (1998) de este comentario al StGB no he podido volver a encontrar estas afirmaciones de PUPPE.

(8) *PRODUKTVERANTWORTUNG im modernen Strafrecht*, 2.ª ed., 1996, p. 42.

(9) Cfr., por ejemplo, KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, pp. 57 («... el delito puro de lesión de un resultado ... no exige tampoco, desde un punto de vista juridicomaterial, una relación de causalidad de una determinada índole. Si consta *de manera general* que concurre la causalidad, basta, por consiguiente y desde un punto de vista procesal, el convencimiento del juez de que un comportamiento determinado ha producido “de alguna manera” –pero también: en todo caso– un resultado de lesión», cursivas en el texto original), 61, 69/70; *el mismo*, NStZ 1990, p. 567: «En el delito de simple resultado basta con que el resultado presupuesto típicamente se haya causado *de alguna manera*», cursivas en el texto original; HIRTE, JZ 1992, p. 257.

De seguirse la tesis que aquí se combate, hasta el siglo xvii no se habría podido condenar por asesinato a quien, sentado en la rama de un árbol, arrojaba una piedra de doce kilos para matar a su enemigo, consiguiendo su propósito al destrozarle el cráneo, ni tampoco por lesiones al autor despechado que desfiguraba el rostro de su antigua amante vertiendo desde el balcón el agua hirviendo contenida en una olla, pues con anterioridad a aquel momento histórico lo único que se conocía era la «ley general de la causalidad» de que si alguien soltaba un objeto éste se caía, pero *por qué* se caía, esto es: *cuál era el mecanismo causal* que hacía que ni la piedra ni el agua hirviendo se mantuvieran en el aire, en suspensión, ello era algo completamente desconocido hasta que en 1687 *Newton* descubrió, como *ley científica concreta*, la ley de la gravitación: una sin duda buena noticia para la física que, sin embargo, apenas despertó interés en los medios jurisdiccionales, donde nunca se había dudado —aunque no se supiera la razón de ello— que el causante de la muerte producida por una fractura de cráneo había sido precisamente la persona que, teniendo en sus manos la piedra de doce kilos, las había apartado desprendiéndose ésta en dirección a la cabeza de la víctima que estaba dando un paseo.

En la sentencia del caso de la colza se constata que en el síndrome tóxico se trata de una enfermedad nueva de la que no existen antecedentes en la historia de la medicina. Pues bien: como esa afección única no se declara, en el tiempo, ni en el siglo xix ni en 1930, y como, en el espacio, no la padecen ni los ciudadanos de Roma ni los de Sydney, sino que aparece justamente a principios de los años ochenta del siglo xx en exactamente aquellas ciudades españolas en las que, como Orense o Torrejón de Ardoz, se había vendido el aceite de colza, afectando exclusiva y precisamente a aquellas personas que habían ingerido el aceite desnaturalizado con el veneno de la anilina, y como esa enfermedad desconocida hasta entonces vuelve a desaparecer de la faz de la tierra en el momento en el que las autoridades sanitarias españolas detienen la distribución del producto, de todo ello se sigue que es simplemente evidente que los afectados enfermaron o, en su caso, murieron porque tuvieron la desgracia de consumir ese aceite de colza que se estaba comercializando en venta ambulante.

3. Los problemas de causalidad que presenta la responsabilidad por el producto en, por ejemplo, los casos de la colza o del «spray» para el cuero han llevado a que peligré, después de un esfuerzo de décadas, la claridad conceptual que había alcanzado la dogmática penal por lo que se refiere a la relación causal: se habían abandonado definitivamente las teorías jurídicas de la causalidad (por ejemplo, la

teoría de la adecuación o la doctrina de la interrupción del nexo causal), y se había llegado a la conclusión de que la realización objetiva del tipo dependía de dos circunstancias: en primer lugar, de la causación científiconatural del resultado que se debía determinar exclusivamente con criterios ontológicos; y, en segundo lugar, y para el caso de que se afirmara la existencia de una relación causal con estas reglas no valorativas, de la cuestión, a resolver con los criterios de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por *Roxin* (10), de si al causante material del resultado típico éste le era también objetivamente imputable.

Pero en los últimos tiempos, y como consecuencia de los problemas originados por la responsabilidad por el producto, están surgiendo opiniones en la dogmática juridicopenal —como la que defiende, por ejemplo, *Kuhlen*, apoyándose expresamente en la sentencia española del caso de la colza— que quieren concebir al concepto causal como una cuestión que hay que decidir normativamente (11) o, incluso (así, *Puppe*) según criterios de probabilidad (12).

Contra ello hay que decir que la relación de causalidad entre un comportamiento y un resultado consiste en un enlace científiconatural, independientemente de si se conoce o no su mecanismo concreto de actuación, y que de la misma manera que la decapitación de la víctima del asesinato o la firma falsificada no son causadas ni por una norma

(10) Cfr. sólo Allg. Teil I, 3.ª ed., 1997, § 11 nn. mm. 39 ss.

(11) Cfr. KUHLEN, *NSiZ* 1990, p. 567: «... la diferencia entre la respuesta jurídica afirmativa de la causalidad y la respuesta científiconatural indecisa o negativa puede venir determinada, en ciertas circunstancias, porque esa respuesta no está fundamentada empírica, sino *normativamente*», cursiva añadida; *el mismo*, *JZ* 1994, p. 1145, donde Kuhlen hace suya la opinión del TS de que «la cuestión de cuáles son los mínimos requeridos para que una sucesión temporal y reiterada de hechos similares pueda ser considerada como una ley causal natural, es una *cuestión normativa*...» (cursivas en el texto original).

(12) Cfr. PUPPE, *JR* 1992, p. 34: «El caso [del “spray” para el cuero] enseña, por consiguiente, que en supuestos de cooperación altamente organizada, en los que varias personas deben colaborar, unas junto a otras, para evitar daños, no alcanzan las leyes causales en el sentido habitual de las palabras»; *la misma*, *JZ* 1994, p. 115: «A finales del siglo XX debemos abandonar la ingenua idea de que las ciencias de la naturaleza tienen listas para nosotros certezas absolutas»; *la misma*, en NK, antes del § 13 n. m. 135: «de modo que no queda más remedio que fundamentar la imputación del resultado sobre explicaciones probabilísticas, con otras palabras: sobre incrementos de riesgo». Cfr. también SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 206 ss.; *el mismo*, *wistra* 1982, p. 45, así como KÜHNE, *NJW* 1997, p. 1953, n. 19, quien, apelando a ROLINSKI, estima «interesante» la «propuesta» de «sustituir leyes deterministas por leyes probabilísticas», y PÉREZ DEL VALLE, *ADPCP* 1997, p. 1003/1004.

ni por una probabilidad, sino por algo tan real y concreto como un hacha o un bolígrafo que se desliza sobre el papel, así también las enfermedades y las muertes del caso de la colza han de ser reconducidas no a algo axiológico o probable, sino material y necesariamente a algo científiconatural como lo es la ingestión del aceite.

III

1. En la cuestión de la accesoriad administrativa del Derecho penal –y porque nos encontramos en un Congreso internacional en el que participan destacados penalistas alemanes– voy a limitarme a señalar, desde del punto de vista del Derecho comparado, algunas diferencias entre el Derecho penal alemán y el español, porque, al contrario de lo que sucede en Alemania, entre nosotros se admite unánimemente –y tanto en los delitos de lesión como en los de peligro– que el Derecho penal es, ciertamente, accesorio del Derecho administrativo, pero no del acto administrativo (13).

Como la apertura y explotación de numerosos focos de peligro (edificaciones y minas, perforaciones de túneles, locales públicos y, también, empresas que supongan un peligro de contaminación ambiental) están reguladas extrapenalmente, por ello rige el principio, como consecuencia de la unidad del ordenamiento jurídico, de que la ponderación de bienes entre, por una parte, el progreso, la creación o el mantenimiento de puestos de trabajo (14), o, simplemente, el esparcimiento, y, por otra, el límite de amenazas para bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico está dispuesto a asumir para alcanzar esos fines legítimos, debe ser decidido exclusivamente –y vinculando al

(13) Todo ello viene condicionado por la diferente regulación positiva de los delitos contra el medio ambiente en los Derechos penales español y alemán. Y así, mientras que el CP español tipifica el delito ecológico con una referencia directa a la infracción de las leyes medioambientales (art. 325: «... contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente ...»), por lo que un acto administrativo autorizante, pero en contradicción con dichas leyes, y aunque sea eficaz, carece de relevancia para excluir la tipicidad, en cambio el StGB define la acción típica, prescindiendo de lo dispuesto en las leyes administrativas y remitiéndose exclusivamente al acto administrativo, como contaminación de las aguas «sin estar autorizado» (§ 324), o como «explotación prohibida de instalaciones» contaminantes sin la «preceptiva autorización». De los problemas que crea en el Derecho penal alemán esta rechazable accesoriad penal del acto administrativo son de los que me voy a ocupar en lo que sigue.

(14) Cfr. sólo GEISLER, *NJW* 1982, p. 14; SCHÜNEMANN, *wistra*, 1986, p. 236.

Derecho penal— por el Derecho administrativo, de tal manera que aquello que tolera el Derecho de policía no puede transformarse en un riesgo juridicopenalmente prohibido.

Para ilustrar todo ello con un ejemplo: En los espectáculos taurinos, que se celebran con fines de puro esparcimiento, no sólo se impone preceptivamente, en el artículo 47 del correspondiente Reglamento español de 1996, una circunstancia generadora de peligros —a saber: que las astas del toro no estén afeitadas—, sino que incluso se castiga con una multa la infracción de esa prohibición: si se produce la muerte de un torero, que habría sobrevivido si los cuernos del toro que acabó con su vida hubieran sido «arreglados» por el empresario taurino, en ningún caso puede el juez penal condenar a ese empresario por un homicidio imprudente, pues lo que juridicoadministrativamente es un riesgo permitido, también lo tiene que ser juridicopenalmente: para expresarlo con *Papier*: «las reglas del Derecho administrativo material [no pueden ser] “arrolladas” por el Derecho penal» (15).

2. La cuestión controvertida en Alemania (16) de si una autorización jurídicamente eficaz de la autoridad administrativa puede no sólo excluir la tipicidad o la antijuridicidad de los delitos contra el medio ambiente, sino también la punibilidad por las lesiones en la vida, en la salud o en la propiedad que pudieran resultar de una contaminación de las aguas cubierta por una licencia de vertidos que no sea nula —aun-

(15) NJW 1988, p. 1114. Cfr. también SCHÜNEMANN, *International Conference on Environmental Criminal Law*, 1992, p. 400: «... en el Derecho penal del medio ambiente [rige], por supuesto, el principio de la accesoriedad del Derecho administrativo. Lo que el legislador ha calificado de permitido, y, con ello, de no dañoso socialmente, no puede ser amenazado ni sancionado con una pena, ya que, en cualquier caso, sólo las acciones calificadas como socialmente dañosas pueden ser objeto del Derecho penal»; *el mismo*, *Festschrift für Triffterer*, 1996, p. 443; FRISCH, *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht*, 1993, pp. 34 ss.

(16) Cfr. HORN, *NJW* 1981, p. 3; RUDOLPHI (n. 3), p. 882: «Pero esto significa, en el resultado, que la autorización de vertidos sólo justifica la contaminación de aguas provocada por el vertido autorizado de aguas residuales como tal, pero no riesgo alguno para la salud o para la propiedad de los ciudadanos producido por ese vertido»; SCHÜNEMANN, *Festschrift für Triffterer*, 1996, p. 446; ROXIN (n. 10), § 17 n. m. 53: «Las dificultades se presentan, sobre todo, en aquellos casos en los que la autorización, al sobrepasar el riesgo legalmente admitido, es antijurídica pero no nula. Si en un caso así el comportamiento respaldado por la autorización provoca daños, entonces habrá que afirmar una responsabilidad juridicopenal si el autor es consciente de la extralimitación antijurídica del riesgo tolerado; la apelación entonces a la autorización constituiría un abuso de Derecho». De otra opinión SCHULTZ, *Amtswalterunterlassen*, 1984, p. 169. Dubitativo SAGENSTEDT, *Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern*, 1989, p. 633 n. 119, con ulteriores indicaciones.

que sí anulable—, es resuelta tanto por la jurisprudencia (17) como por la doctrina (18) como por la legislación española en el sentido de que, cuando la autoridad competente permite la apertura de un establecimiento peligroso que sobrepase los límites jurídicoadministrativamente establecidos del riesgo permitido, dicha autorización no sólo deja intacta la eventual punibilidad del titular de la empresa —a no ser que éste se encuentre sometido a un error jurídicopenalmente relevante—, sino que, además, desencadena la responsabilidad —por los mismos delitos que ha cometido el particular— del funcionario que ha actuado antijurídicamente.

Y así, por ejemplo, en el caso «Alcalá 20» (sentencia del TS de 17 de junio de 1995, A. 6827), en el que, en el incendio de esa discoteca madrileña, el 17 de octubre de 1983, perecieron más de 80 personas y resultaron lesionados numerosos clientes, siendo reconducidas estas consecuencias catastróficas a que habían sido infringidos masivamente los preceptos administrativos referentes a las medidas de prevención de incendios de las que debería haber dispuesto el local, no sólo fueron condenados por homicidio, lesiones y daños imprudentes los seis titulares del establecimiento, sino también, y por los mismos delitos, el funcionario administrativo competente que, a pesar de las deficiencias existentes en la discoteca, no obstante había aprobado la apertura del local. La objeción de los empresarios acusados de que estaban cubiertos por una autorización administrativa, en la que habrían confiado, fue rechazada en la sentencia con el argumento de que no deberían haber sido inducidos a error sobre las deficientes instalaciones de

(17) Cfr., por ejemplo, la sentencia del TS de 30 de noviembre de 1990, A. 9269, donde el condenado por un delito medioambiental «no niega el vertido de dióxido de azufre y residuos sólidos a la atmósfera, muy al contrario reconoce su emisión y aún el daño causado al indemnizar voluntariamente a alguno de los perjudicados, pero alega que los índices estaban autorizados por sendas órdenes del Ministerio de Industria —Dirección General de Energía—, que actuaban como factor determinante de la ausencia de antijuridicidad en su conducta al eliminar uno de los elementos normativos del tipo que sanciona el delito ecológico y que exige como requisito para su existencia la contravención de las Leyes y Reglamentos Protectores del Medio Ambiente», a lo que replica el TS, con razón, que «de la situación creada por la actuación administrativa se puede inferir una posible responsabilidad compartida de la Administración», y que «la acción administrativa sobre el medio ambiente nunca podrá rebasar la barrera establecida por las normas de seguridad que pretenden salvaguardar los bienes jurídicos protegidos».

(18) Cfr., por ejemplo, GONZÁLEZ GUITIÁN, *EPC XIV*, (1991), pp. 125/126, 134/135; DE LA MATA, *Protección penal del medio ambiente y accesoriedad administrativa*, 1996, pp. 229, 243/244; HAVA/MARQUÉS, *RDPP 2* (1999), p. 74; HAVA, *Protección jurídica de la fauna y flora en España*, 2000, pp. 281 ss.

prevención de incendios del local por el acto administrativo, ya que, además de que esas deficiencias eran tan notorias que su concurrencia estaba al alcance de «cualquier persona medianamente despierta», en su condición de propietarios de varios locales de espectáculos madrileños, deberían haber sabido muy bien qué precauciones de seguridad tenían que haber adoptado en «Alcalá 20» (19).

3. Cuando el ordenamiento jurídico encomienda a la Administración, en actividades peligrosas, autorizar su apertura y, además, vigilar su funcionamiento en espacios de tiempo preestablecidos o facultativamente, ello es así porque el mantenimiento del riesgo permitido se les impone tanto a quienes explotan el establecimiento como a los servidores públicos. De ahí que sea difícil de comprender que en los delitos medioambientales el legislador alemán haya puesto del revés todo el sentido de los controles administrativos para el mantenimiento del riesgo permitido, atribuyendo a la autorización administrativa eficaz, pero en contradicción con el correspondiente Derecho administrativo material –y con las excepciones previstas legislativamente, sólo desde 1994, en el § 330 d, núm. 5 StGB (20)–, el efecto de excluir la punibilidad del funcionario autorizante –en aquellos delitos especiales en los que como, por ejemplo, el previsto en el § 327 StGB, sólo pueden ser autores quienes explotan el establecimiento– (21), y, asimismo, del titular de la empresa (22), completamente al contrario de lo que sucede

(19) El caso de Alcalá 20 está estrechamente relacionado, estructuralmente, con el caso de la montaña rusa construido por SCHÜNEMANN, *International Conference on Environmental Criminal Law*, 1992, p. 401: «Como ejemplo del Derecho industrial querría mencionar la autorización de una montaña rusa, cuyos enormes riesgos fueron desconocidos imprudentemente tanto por la policía como por quien explota la montaña rusa, falleciendo en su funcionamiento los pasajeros. ¿Quién podría afirmar en un caso así que la muerte imprudente de los pasajeros por quien explota la montaña rusa se había producido “autorizadamente” porque había ejercido su explotación con un permiso policial?».

(20) En este precepto se considera que se actúa «sin autorización administrativa», en el sentido del StGB, cuando aquella se ha obtenido «mediante amenaza, cohecho o connivencia con el funcionario», o proporcionando el particular a la Administración «datos falsos o incompletos».

(21) Cfr. sólo HORN/HOYER, *JZ* 1991, p. 704; MÖHRENSCHLAGER, *NSiZ*, 1994, p. 515. De otra opinión JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2.ª ed. 1991, 16/29 a n. 49.

(22) Cfr., por ejemplo, HORN, *NJW*, 1981, p. 3; HORN/HOYER, *JZ*, 1991, p. 703: «Porque –y en la medida en que– la autorización, a pesar de su antijuridicidad, sigue siendo juridicoadministrativamente eficaz, por ello debe desplegar también efectos juridicopenales, es decir: el de excluir la antijuridicidad del hecho típico»; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Allg. Teil*, 10.ª ed., 1995, § 17 n. m. 130. Sobre la totalidad de la cuestión cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *StGB*, 25 ed., 1997, antes de los §§ 324 ss. nn. mm. 16 ss., con ulteriores indicaciones. Decididamente restrictivo contra la accesoriedad del acto administrativo («eliminación total de la doctrina de la

en el Derecho español, donde en los delitos contra bienes jurídicos ecológicos regulados en los arts. 325 a 311 del Código Penal (por ejemplo, contaminaciones de las aguas, del suelo o de la atmósfera que, contraviniendo las disposiciones protectoras del medio ambiente, «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales») se castiga por un delito contra el medio ambiente tanto a quienes explotan las industrias o las actividades contaminantes como también —y tal como se determina *expresamente* en el art. 329 (23)— a los funcionarios que, infringiendo los preceptos jurídicoadministrativos, hubieran autorizado su funcionamiento; y es que, como escribe *Schünemann*: «... si cualquier licencia de la autoridad administrativa, y aunque sea ilegal, excluyera la punibilidad de, por ejemplo, una contaminación de las aguas, entonces los límites del Derecho penal no serían establecidos por el legislador, sino por el Ejecutivo, quedando sustraída la actuación del Ejecutivo mismo a cualquier control por parte de la Justicia penal» (24).

IV

1. Para terminar quiero ocuparme del problema de si las teorías de la causalidad y de los delitos de omisión impropia superan también la prueba de las decisiones colectivas en el Derecho penal de la sociedad del riesgo (25), o de si, más bien, hay que introducir ciertas excepciones para estos casos (26), una cuestión que en los últimos tiempos

accesoriedad del acto administrativo») en el Derecho penal medioambiental SCHÜNE-MANN, *wistra*, 1986, pp. 240/241; *el mismo*, International Conference on Environmental Criminal Law, 1992, p. 400 ss.; *el mismo* (n. 16), pp. 444 ss. (p. 446: «Porque la Administración está sometida al legislador, quien ha definido legislativamente el bien jurídico ecológico, por ello aquella *no puede disponer* sobre el bien jurídico, sino que con su autorización ilegal sólo se hace *coculpable* de su lesión», cursivas en el texto original); véase también FRISCH (n. 15), pp. 58 ss., 67 ss., 83 ss.

(23) Sobre este tipo delictivo cfr. sólo SILVA, *Delitos contra el medio ambiente*, 1999, pp. 151 ss.

(24) (n. 16), p. 444.

(25) Cfr. SAMSON, *StV*, 1991, p. 186: «El tenor autosuficiente de los axiomas [en la sentencia del “spray” para el cuero] sólo encubre, con dificultades, los fallos metodológicos de la resolución, y apenas oscurece que con ello no se resuelve ningún problema, sino que, más bien, se adoptan posiciones discutibles y, a la larga, insostenibles».

(26) En este sentido KUHLEN, *NStZ*, 1990, p. 570. Cfr. también OTTO, *Festschrift für Hirsch*, 1999, pp. 311/312.

ha adquirido actualidad –y que se discute intensamente– con motivo, otra vez, de la sentencia del «spray» para el cuero (27), que, con razón, ha sido calificada de «leading case» (28) de la responsabilidad por el producto, y en la que, en su supuesto de hecho, el gremio directivo adoptó las resoluciones de, primero, *no retirar* el aerosol del mercado (resolución condicionante de una omisión), y, segundo, de *continuar* comercializándolo (resolución condicionante de una acción), haciendo responsables el BGH por los daños que habían sufrido los consumidores en su salud a las seis personas que *unánimemente* adoptaron esas resoluciones, a pesar de que, a partir del cuarto voto, y una vez alcanzada la mayoría, los dos últimos restantes eran superfluos para alterar decisiones ya alcanzadas.

En la participación en votaciones hay que distinguir dos diferentes constelaciones de casos en función de si las distintas personas legitimadas para votar son competentes para que un determinado foco de peligro no supere el riesgo permitido.

2. Si no es éste el caso, entonces la responsabilidad de cada votante debe decidirse, exclusivamente, según el criterio de si los participantes en la votación *han condicionado o no han condicionado* el resultado. Si en una banda criminal, integrada por cinco miembros, se va a decidir si se debe asesinar, como represalia, al jefe de un grupo enemigo, acudiendo al procedimiento de que un mensajero que desconozca el contenido del obsequio entregue a ese jefe un ramo de flores en el que se esconde una bomba, y si el acuerdo de hacerlo se adopta irrevocablemente una vez votado mayoritariamente, entonces los dos integrantes de la banda que se manifiestan en último lugar, y para el caso de que los tres primeros se hayan pronunciado ya a favor del asesinato, no pueden ser considerados autores mediatos, porque una causalidad del resultado ya condicionada no puede ser condicionada otra vez (29). De ahí se sigue que sólo las tres primeras personas con dere-

(27) Sobre esta sentencia cfr., ampliamente, GIMBERNAT (n. 6), pp. 304 ss.

(28) MEIER, *NJW*, 1992, p. 3199. La sentencia del «spray» para el cuero se califica por BEULKE/BACHMANN, *JuS*, 1992, p. 738, de «hito», por BRAMMSEN, *GA*, 1993, p. 101, de «iniciadora de nuevos caminos», y por HILGENDORF, *NSiZ*, 1994, p. 561, de «sentencia directriz de la responsabilidad penal de los productores».

(29) En estos supuestos en los que, una vez adoptada la decisión mayoritaria, otro votante se adhiere, superfluamente, a lo ya acordado, no estamos, como a veces se sugiere (así, por ejemplo, el propio BGH, en la sentencia del «spray» para el cuero, y ROXIN [n. 10], § 11 n. m. 18), ni ante un caso de causalidad cumulativa, ni tampoco ante otro de causalidad alternativa o doble causalidad (críticamente, como aquí, también, HILGENDORF, *NSiZ*, 1994, p. 563). Porque en la causalidad cumulativa (por ejemplo: A y B administran, cada uno de ellos, a la víctima, C, cinco gramos de un veneno cuya dosis mortal es de 10 gramos, falleciendo C por la suma de ambas can-

cho a voto que se han manifestado a favor del atentado –y porque sólo ellas han provocado la muerte mediante un instrumento humano sometido a error– puedan ser hechas responsables como autores mediatos, mientras que los dos últimos votantes –y únicamente para el caso de que se adhieran al acuerdo ya definitivo– pueden ser condenados, como mucho, por complicidad, porque no se puede ostentar el dominio del hecho cuando ni siquiera se ha condicionado el resultado (30).

tidades que, por sí solas, serían insuficientes para provocar la muerte) y en la causalidad alternativa (por ejemplo: A y B administran a la víctima, C, dos dosis de 10 gramos de un veneno, cada una de ellas suficientes, por sí solas, para causar la muerte) –sobre estos conceptos cfr. sólo BEULKE/BACHMANN, *JuS*, 1992, p. 743; ROXIN [n. 10], § 11 n. m. 24–, en el primer caso, la condicionalidad de A y de B está fuera de discusión, ya que cada dosis, añadida a la otra, ha convertido el veneno en mortal, y esa condicionalidad hay que afirmarla también en la doble causalidad o causalidad alternativa, ya que, una vez ingerida por la víctima las dos dosis igualmente mortales, ninguna de ellas permanece en el estómago de la víctima, por así decirlo, «en la reserva», mientras la otra actúa hasta que se produce la muerte, sino que ambas se mezclan en el organismo, provocando la muerte y, posiblemente, anticipándola (a otra solución habría que llegar, naturalmente, si se trata de dosis letales, ambas, pero de distintos venenos, condicionando sólo una la muerte, porque su acción es más rápida, sin que la otra haya podido desplegar sus efectos, en cuyo caso el que administró la sustancia que, aisladamente y sin la intervención de la otra, provocó la muerte, respondería de asesinato consumado, y el que administró la que nunca llegó a actuar, de uno frustrado).

CEREZO (n. 6), p. 57 n. 24 (en el mismo sentido, MEIER, *NJW*, 1992, p. 3198), aplicando un principio establecido por su maestro WELZEL, considera que en las decisiones colegiadas los votos superfluos también son causales, porque «cuando la mayoría alcanzada es superior a la imprescindible, cabe hacer abstracción, alternativamente, de todos y cada uno de los votos favorables emitidos, pero no de todos ellos conjuntamente». Es verdad que si en un gremio de cinco personas (A, B, C, D y E), en el que las dos últimas se adhieren a un acuerdo mayoritario adoptado ya por las tres primeras personas, si C no hubiera votado a favor, lo habrían hecho D y E en su lugar y, en consecuencia, la resolución habría sido la misma; pero la causalidad es algo real y no hipotético (sobre la no relevancia de los procesos causales hipotéticos, cfr. ya GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966 [hay reimpresión de 1990], pp. 119 ss.), y en el caso concreto, cuando han votado D y E, el resultado *ya estaba condicionado*, por lo que estos dos *no han influido* –aunque pudieran haber influido– en el resultado de la decisión antijurídica.

(30) De otra opinión JAKOBS, *Festschrift für Miyazawa*, 1995, p. 427: “Quien vota a favor de un comportamiento negocial antijurídico, responde por este comportamiento negocial, si su voto se recuenta y se produce una mayoría, incluso aunque ésta sea innecesariamente alta, siendo indiferente en qué momento ha emitido su voto». Véase también, en el mismo sentido, SUÁREZ, *CDJ*, 1994, p. 51; KUHLEN, *JZ*, 1994, p. 1146: «Lo preferible dogmáticamente sería aceptar la causalidad, porque los votos individuales pueden ser concebidos como partes integrantes necesarias de una condición conjunta suficiente para la decisión colegial acordada»; NEUDECKER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder von Kollegialentscheidungen*, 1995,

3. a) Como introducción a la segunda constelación de casos, es decir: a aquellas decisiones colectivas en las que los legitimados para votar tienen, al mismo tiempo, obligaciones de garante, hay que discutir primero el problema de cuándo puede ser aceptada la existencia de un delito impropio de omisión. Como en los últimos tiempos me he pronunciado sobre ello en distintas publicaciones (31), y me he pronunciado en el sentido de que sólo se puede hablar de una comisión por omisión cuando el encargado de vigilar una fuente de peligro preexistente prescinde de aplicar las medidas de precaución oportunas para que este foco de peligro, que posteriormente causa el resultado, no se transforme de uno permitido en uno antijurídico, o para —en el caso de que se hayan sobrepasado ya las fronteras del riesgo permitido— reconducirlo al nivel conforme a Derecho, por todo ello —y partiendo de esos presupuestos— aquí sólo voy a tratar, complementariamente, la cuestión de hasta qué punto un comportamiento hipotético no ejecutado por parte de otras personas puede modificar la calificación como delito impropio de omisión de una inactividad.

p. 263: «Contemplado naturalísticamente, el comportamiento del miembro del gremio que vota a favor de un delito de omisión no se diferencia en nada del comportamiento del que vota a favor de un delito de acción. En ambos casos el comportamiento es parte de una formación colectiva de voluntad que está sometida a las reglas especiales, e idénticas, de este proceso de formación de la voluntad; en las dos ocasiones el voto del individuo sólo alcanza significado a través de la aplicación del modo de la votación»; WEIBER, *Kausalitäts- und Täterschaftsprobleme bei der strafrechtlichen Würdigung pflichtwidriger Kollegialentscheidungen*, 1996, p. 116; Bock, *Produktkriminalität und Unterlassen*, 1997, pp. 77 ss; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad de los administradores de sociedades: criterios de atribución*, 1997, pp. 301/302; CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998, p. 118; MARTÍNEZ-BUJÁN, *Derecho penal económico*, Parte Especial, 1999, p. 185; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *RDPC*, núm. 1, extraordinario (2000), pp. 183, 184, 191.

Otra cosa sucede, naturalmente, en delitos como el de la prevaricación judicial, pues si un magistrado (o, en la prevaricación administrativa, un funcionario) colegiado —independientemente de si su voto es superfluo o no para el fallo— vota a favor de una sentencia antijurídica, entonces su comportamiento es subsumible, sin más, en el art. 446 CP, ya que, con ello, ha dictado *personalmente* una resolución injusta (cfr., en el mismo sentido, TS 24 de junio de 1994, A. 5031; 19 de diciembre de 1994, A. 10231: «es llano que todos los que han contribuido con su voto en unidad de acto al acuerdo decisorio responden personalmente de su contenido [de la resolución prevaricadora] y de sus consecuencias»), criterio éste que, con relación a la prevaricación administrativa, acogen ahora, expresamente, los arts. 319.2, 322.2 y 329. 2 CP.

(31) Cfr. GIMBERNAT, *ZStW III* (1999), pp. 307-334 (= RDPC 4 [1999], pp. 525-553); *el mismo*, *Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht*, *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 656 ss.

Operemos con el ejemplo más clásico: Si la madre deja morir de hambre a su bebé, entonces, y naturalmente, la responsabilidad de la omitente no puede depender de que, *hipotéticamente*, otros parientes u otros vecinos tuvieran la intención de actuar amenazadora o violentamente sobre la madre, a fin de que ésta hubiera tenido que permanecer inactiva en el caso –no acontecido– de que hubiera intentado llevar a cabo la acción exigida de alimentar al niño.

Que la existencia de un delito impropio de omisión no puede hacerse depender de los eventuales *propósitos no exteriorizados* de otras personas se deduce de los siguientes argumentos: En primer lugar, de que sería simplemente absurdo que, para poder llegar a una condena de la omitente impropia, se le encomendara al juez la tarea de preguntar a todo el entorno de la madre si alguna persona perteneciente a éste habría impedido, de cualquier manera, la acción exigida, en el supuesto hipotético de que la madre hubiera intentado llevarla a cabo. En segundo lugar, de que, presuponiendo que el juez hubiera llegado a identificar a una tercera persona que efectivamente estaba dispuesta a impedir, en todo caso, que la madre alimentara al niño, ese planteamiento del problema llevaría al insostenible resultado de que nadie podría ser hecho responsable por la muerte realmente producida del bebé: la madre omitente no podría ser hecha responsable porque, si no hubiera dejado morir de hambre a su hijo voluntariamente, en cualquier caso la intervención de un tercero habría hecho imposible la alimentación del niño; y el tercero tampoco, porque su propósito –y como la madre ha omitido efectivamente la alimentación del niño– *no se ha exteriorizado en ningún comportamiento juridicopenalmente relevante*, por lo que, de acuerdo con el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, tampoco podría responder por el resultado de muerte producido. Y, finalmente, la inclusión de causas sustitutivas hipotéticas en los delitos impropios de omisión tampoco puede ser correcta, porque ello significaría –ya que en la dogmática de los delitos impropios de omisión de lo que se trata es de establecer una equivalencia con los delitos de acción (32)– que en la comisión por omisión se acudiría a un criterio –*a procesos causales que no han tenido lugar*– que no desempeña papel alguno en los delitos de comisión (33).

Si el tercero no se guarda para sí su intención de impedir la alimentación del niño, sino que la exterioriza frente a la madre, entonces

(32) Cfr. sólo GIMBERNAT, *ZStW 111* (1999), pp. 326 ss., 330, 334 y *passim* (= RDPC 4 [1999], pp. 544 ss., 549 y *passim*).

(33) Cfr., por ejemplo, ROXIN (n. 10), § 11 nn. mm. 22 y 52 ss., con ulteriores indicaciones.

el mero anuncio de ese propósito tampoco es suficiente para sustraer a la obligada de su responsabilidad, porque, como tiene una posición de garante, a pesar de ello debe esforzarse en hacer todo lo que esté en su mano para que su hijo siga con vida. Si el tercero da un paso más y amenaza a la madre con infligirle un mal para el caso de que continúe alimentando a su hijo, entonces esa amenaza no puede excluir la tipicidad de la omisión impropia, pero sí la responsabilidad de la coacción si con ello se la está colocando en una situación de estado de necesidad o de miedo insuperable, sin que, finalmente, y naturalmente, exista un comportamiento (negativo) y, con ello, tampoco una omisión en el caso de que se aplique sobre la madre una vis absoluta que le haga físicamente imposible alimentar a su hijo (34).

De todo ello se sigue que en los delitos impropios de omisión no importa nada, tal como defiende, sin embargo, la doctrina dominante, que la acción exigida, contemplando todos los procesos causales hipotéticos imaginables, hubiera evitado el resultado, por lo que, por ejemplo, hay que contradecir a Köhler (35) cuando mantiene que, si la «actividad derivada del deber de garante... depende de la colaboración de terceros (por ejemplo, del auxilio médico)», entonces hay que presumir *iuris et de iure* que el médico al que se le encargaría el tratamiento no incurriría en ninguna «acción equivocada contraria a la *lex artis*». Contra ello hay que objetar que si, por ejemplo, un niño presenta síntomas de meningitis y si la madre, imprudentemente, no avisa a ningún médico, falleciendo el niño como consecuencia de esa enfermedad, entonces la cuestión de un hipotético tratamiento médico conforme o contrario a la *lex artis* ni siquiera se plantea: a la madre hay que imputarle la muerte del niño, porque el foco de peligro que tenía que vigilar —en este caso: un hijo gravemente enfermo—, y a consecuencia de la no aplicación de una medida de precaución que le venía exigida, ha sobrepasado el riesgo permitido y ha desembocado en la producción de un resultado típico. En cambio, si la madre se comporta conforme al cuidado debido, y avisa a un médico, entonces, y naturalmente, no existe ya una omisión impropia: toda la responsabilidad sobre el foco de peligro —el niño enfermo— pasa entonces de la madre al médico, quien ahora será responsable o no —pero no ya hipotética-

(34) Cfr. GIMBERNAT, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 165/169 (= Estudios de Derecho penal, 3.ª ed., 1990, pp. 191/192).

(35) Allg. Teil, 1997, p. 229. Análogamente WEIBER (n. 30), p. 83: «El comportamiento posiblemente contrario al deber de un tercero no puede, sin embargo, exonerar al productor de sus deberes de acción penalmente sancionados, y no puede cambiar en nada la idoneidad del principio de la retirada del producto para evitar los daños».

mente, sino de una manera absolutamente real— en función de si el tratamiento se ha llevado a cabo en contra de la *lex artis* o conforme a ella.

Después de esta relativamente extensa exposición introductoria sobre la no relevancia de procesos causales hipotéticos en los delitos improprios de omisión, podemos abordar ya la cuestión de cuál es la situación en las decisiones colectivas en las que las personas legitimadas para votar tienen, al mismo tiempo, deberes de garante, un problema que analiza el BGH en la sentencia del «spray» para el cuero para enjuiciar el comportamiento de los miembros del colectivo que han omitido llevar a cabo una retirada del producto. Presuponiendo que esa retirada no ejecutada constituya un delito impropio de omisión —una cuestión sobre la que no existe acuerdo ni en la fundamentación ni en el resultado, y de la que no puedo ocuparme aquí por razones de tiempo— (36), en tal caso habría que adherirse al BGH cuando manifiesta que todos los directivos se habrían hecho responsables, al no ordenar la retirada, y como coautores, por las lesiones producidas a los consumidores en comisión por omisión, y todo ello porque la sociedad que fabricaba el producto distribuía un foco de peligro (el «spray» para el cuero) cuyo mantenimiento dentro del riesgo permitido correspondía a la dirección de la empresa —al menos desde que se celebró una reunión extraordinaria de los directivos por la situación excepcio-

(36) La existencia de un delito impropio de omisión en el caso del «spray» para el cuero se defiende por la doctrina dominante con distintas fundamentaciones: injerencia sobre la base de «una contradicción objetiva con el deber del comportamiento previo», si bien éste no presupone «que el agente haya lesionado, con ello, sus deberes de cuidado, es decir, que se haya comportado imprudentemente» (así el BGH); injerencia sobre la base de un comportamiento previo conforme al deber, pero de «riesgo incrementado» (así KUHLEN, *NStZ*, 1990, pp. 568/569 [de otra opinión, aparentemente, el mismo, *GA* 1994, p. 361]; JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2.ª ed. 1991, 29/42; BEULKE/BACHMANN, *JuS*, 1992, p. 740; HIRTE, *JZ*, 1992, p. 257; MEIER, *NJW*, 1992, p. 3196; RUDOLPHI, en: SK StGB § 13 n. m. 40 c; Otto [n. 26], p. 310); posición de garante sobre la base de los deberes de aseguramiento del tráfico (así Freund, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1992, pp. 215, 217, 241/242; PUPPE, *JR*, 1992, p. 30; HILGENDORF [n. 2], pp. 140-143; BRAMMSEN, *GA*, 1993, p. 120; WEIBER [n. 30], pp. 59 ss.; Bock [n. 30], pp. 103 ss.; SEELMANN, en: *NK*, § 13 n. m. 125; SCHWARTZ, *Strafrechtliche Produkthaftung*, 1999, pp. 50 ss.). Contra la admisión de un delito impropio de omisión en el caso del «spray» para el cuero y en otros supuestos de estructura similar se han pronunciado: SCHÜNEMANN (*Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 83 ss., 290; *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, pp. 99, 101, 210-213; *wistra* 1982, pp. 44/45; GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (eds.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 67/68); SAMSON, *StV*, 1991, p. 184; BEULKE/BACHMANN, *JuS*, 1992, p. 740; Schall, SCHÜNEMANN (ed.), *Unternehmenskriminalität*, tomo III, 1996, p. 109.

nal y crítica por la que se atravesaba— (37). Pues cada uno de los co-garantes está obligado a impedir cualquier desestabilización hacia la esfera de lo prohibido del foco de peligro que tienen que vigilar, o a reconducirlo al nivel de lo conforme a Derecho cuando hayan sido sobrepasados ya los límites del riesgo permitido (38), y todo ello independientemente de si esa desestabilización amenazante o consumada tiene su origen en un accidente o en el hecho antijurídico de otra persona (39), teniendo que atenerse el Derecho —como en el caso de la madre que deja morir a su hijo de hambre— a lo que *realmente* ha sucedido en el supuesto en cuestión: si en el caso del «spray» para el cuero el garante «hubiera hecho todo lo que le era posible y exigible..., para conseguir la resolución exigida por el Derecho», entonces se habría comportado conforme al deber, de tal manera que los daños provocados por el foco de peligro que se encontraba por encima del riesgo permitido sólo se les habrían podido imputar a los restantes co-garantes; si, por el contrario, el garante en cuestión —y tal como sucedió realmente en el caso del «spray» para el cuero— no ha hecho nada para convencer a los restantes miembros del colectivo de que era obligada una retirada del producto, entonces se ha comportado infringiendo el cuidado debido, y responde, por consiguiente —junto con los otros miembros del gremio—, por los daños causados por el producto, sin que pueda apelar, para liberarse de su responsabilidad, a algo no-

(37) De acuerdo con el BGH en este punto, entre otros: KUHLEN, *NStZ*, 1990, p. 170; BEULKE/BACHMANN, *JuS*, 1992, pp. 742 ss.; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, 1993, pp. 125 ss.; *el mismo*, *NStZ* 1994, pp. 563 ss.; HEINE (n. 2), pp. 160 ss.; WEIBER (n. 30), pp. 70 ss., 129. Críticamente contra la argumentación del BGH sobre la causalidad de todos los acusados para la ausencia de la acción de la retirada del producto en la sentencia del «spray» para el cuero —ya que para la doctrina dominante la existencia de un delito impropio de omisión depende, equivocadamente, de que la acción exigida, con una probabilidad rayana en la certeza, hubiera evitado el resultado— entre otros: SAMSON, *StV*, 1991, pp. 184 ss. («Fundamentación ... completamente inaceptable»); MEIER, *NJW*, 1992, pp. 3197/3198 («En el resultado hay que aprobar la opinión del BGH, pero su fundamentación, sin embargo, ha de ser rechazada», p. 3197); PUPPE, *JR*, 1992, pp. 32 ss.; RÖH, *Die kausale Erklärung überbedingter Erfolge im Strafrecht*, 1995, p. 48: «En consecuencia, el BGH no aporta la prueba de una (cuasi-) causalidad de cada uno de los directivos para los resultados producidos de lesiones corporales: ni en referencia al hecho omisivo doloso ni al imprudente. Que tal prueba no puede sustituirse con la afirmación de que una solución distinta no sería ajustada a Derecho no necesita de una ulterior explicación»); RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996, pp. 59 ss.; SCHALL (n. 36), pp. 116/117.

(38) Cfr. GIMBERNAT, *ZStW* 111 (1999), pp. 325 ss. (= *RDPC* 4 [1999], pp. 544 ss.).

(39) Cfr. GIMBERNAT, *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, pp. 656 ss.

existente, a saber: a que si hubiera realizado lo que no ha realizado en absoluto: un comportamiento conforme al cuidado debido, tal vez los otros directivos tampoco se habrían dejado convencer.

Aunque el BGH apenas de ocupa de ello, porque en la sentencia los daños en la salud producidos por omisión y por acción se valoran como un único comportamiento, no obstante hay que estudiar por separado la ulterior cuestión de por qué en el acuerdo de la dirección de la empresa de *seguir distribuyendo* el «spray» para el cuero (*hacer*) también se admite la coautoría de todos los directivos (40). Si el miembro de un gremio se adhiere en la votación a una resolución adoptada ya mayoritariamente de continuar comercializando el producto, entonces ese voto superfluo, porque ya no condiciona el resultado –y tal como se ha expuesto anteriormente– sólo puede fundamentar una complicidad por acción. La admisión de una coautoría en la sentencia del «spray» para el cuero, también en este delito de acción, es, sin embargo, correcta; pero no sobre la base de lo que ha *hecho* el miembro del órgano colegiado, sino porque –a diferencia del caso de la banda de criminales– el directivo –en su condición de director de establecimiento de una empresa que comercia con productos peligrosos– es co-garante de que tales productos –por encontrarse por encima del riesgo permitido– no sean distribuidos: es al mismo tiempo cómplice por acción y coautor por omisión, desplazando este último fundamento de responsabilidad más grave al primero. Con otras palabras: El directivo responde como coautor no por lo que ha *hecho* (votar a favor de una resolución ya adoptada), sino por lo que *no ha hecho*: no intervenir para que el producto defectuoso no siguiera siendo distribuido.

Resumo lo expuesto: Si en las decisiones colectivas los legitimados para votar no tienen obligaciones de garante, entonces rige sin restricciones la teoría de la condición, de tal manera que, una vez adoptada la resolución, los restantes miembros del gremio que emiten un voto positivo, pero que ya es superfluo, sólo pueden ser considerados, como mucho, como cómplices. Si, por el contrario, los legitimados para votar tienen, al mismo tiempo, obligaciones de garante, entonces cada uno de ellos responde –independientemente de si su

(40) WEIBER opina, en cambio, que la causalidad de los directivos tiene el mismo fundamento tanto cuando aquéllos acordaron una omisión (la no retirada del producto) como cuando decidieron una acción (seguir comercializándolo): véase (n. 30), p. 160: «Como la punibilidad de los directivos acusados por un hacer positivo *no plantea ningún problema ulterior* frente a la punibilidad por omisión, rige, en tanto en cuanto y análogamente, la exposición que se ha hecho dentro de la discusión de los delitos de omisión» (cursivas añadidas).

voto es o no condicionante— como coautor en los delitos dolosos —o como autor en los hechos punibles imprudentes—, y todo ello independientemente de si la resolución consiste en provocar una omisión o una acción: la razón de por qué esto es así no reside, sin embargo, en que han votado a favor de la decisión, sino en que, como garantes, estaban obligados, en un caso, a la retirada del producto y, en el otro, a impedir que siguiera distribuyéndose.

V

He llegado al final de mi conferencia. La teoría general del delito elaborada por la dogmática juridicopenal en los últimos 100 años constituye un imponente edificio que debe ser considerado como uno de los grandes logros de las ciencias del espíritu. Como he tratado de exponer de la mano de algunos ejemplos, no se puede hablar, en absoluto, de que los conceptos fundamentales de esa teoría tengan que ser abandonados a la vista de nuevos fenómenos penales como la responsabilidad por el producto, los delitos medioambientales o el Derecho penal de empresa; por el contrario: hay que mantener que los conceptos fundamentales tradicionales —que permanentemente se están desarrollando y perfeccionado ulteriormente—, como, por ejemplo, el de la causalidad, el de los delitos impropios de omisión, el de la autoría y participación o el de la imprudencia, están plenamente en situación de asimilar esos nuevos fenómenos y de dar a los problemas que generan soluciones conformes con la justicia y con la seguridad jurídica.

**Evolución desde el crimen al delincuente
y a la víctima
(Aproximaciones diacrónicas y sincrónicas
a la Política Criminal)**

ANTONIO BERISTAIN

**Director del Instituto Vasco de Criminología
Catedrático emérito de Derecho Penal
de la Universidad del País Vasco
San Sebastián**

SUMARIO: 1. Política criminal penalista. 2. Política criminal criminológica. 3. Política criminal victimológica. A) Las víctimas. B) Los delincuentes ya condenados. C) La sociedad y el poder judicial. 4. Política criminal transdisciplinar. 5. Recapitulación sincrónica-metafísica.

DEDICATORIA:

Dedico estas reflexiones sobre *la evolución de la Política criminal* al amigo y maestro Alfonso Reyes Echandía. Al citar su nombre, me acuerdo de la última escena de la película «La misión». Cuando el Señor Obispo escribe una carta al Sumo Pontífice Romano: «Santidad, ahora vuestros sacerdotes están muertos, y yo sigo vivo. Pero en verdad soy yo quien ha muerto y ellos son los que viven, porque, como sucede siempre, el espíritu de los muertos sobrevive en la memoria de los vivos». En la secuencia siguiente, una niña tiene que abandonar su

casa y su aldea incendiadas; al salir, encuentra un violín flotando en el río; lo recoge y lo abraza en su pecho. El violín está roto, pero a ella le brinda música e ilusión para seguir navegando río arriba.

Reyes Echandía no está muerto, está vivo entre nosotros, y estas notas pretenden encontrar lo que esa niña encontró, un violín que nos anime a seguir ilusionados. El violín de la Política criminal que, a lo largo de los siglos, respeta y desarrolla más y mejor los derechos humanos. El violín de la historia que va dando sentido a las diversas posturas que el hombre y la mujer hemos adoptado ante el enigma del crimen.

Comentaré la evolución diacrónica de las cuatro respuestas que, al ritmo de la historia, ha ideado y aplicado la humanidad frente a la realidad innegable del crimen:

1) la Política criminal desde la cosmovisión del Derecho penal, que controla la venganza primitiva, ilimitada;

2) la Política criminal inspirada en la Criminología, que mira hacia atrás (para eliminar la expiación vindicativa) y hacia adelante, para resocializar al delincuente;

3) la Política criminal derivada de la Victimología, con su creatividad desde la vulnerabilidad;

4) la Política criminal que a la multi e interdisciplinariedad añade la transdisciplinariedad. Al final, recapitularé esas cuatro etapas históricas desde una perspectiva sincrónica y/o metafísica.

1. POLÍTICA CRIMINAL PENALISTA

El primer punto trata de la Política criminal propia del Derecho penal. Comenzamos mirando sus grandes elementos positivos (porque toda realidad humana tiene algún valor positivo, incluso el delito, incluso la macrovictimación) y vemos después sus facetas negativas, mayores con el transcurso del tiempo. Si el Derecho penal no se auto-critica y evoluciona, si no toma en serio la doctrina de Thomas Khun, especialista en el estudio de las ciencias, cuando nos dice, con Heráclito, «panta rei», todo fluye, los paradigmas científicos de ayer ya no valen hoy, y los paradigmas científicos de hoy no valdrán mañana..., en ese supuesto sus coordenadas deben ser transformadas.

No miremos atrás con ira, porque es posible que nuestra crítica carezca de base; y, aunque sea fundada, no da frutos positivos si actuamos con ira. Miremos atrás con agradecimiento, un agradecimiento

crítico pero agradecimiento, reconociendo lo positivo que, en su tiempo, tienen todas las personas y todas las instituciones, en grado mayor o menor.

Al Derecho penal le compete el honor de, por lo menos, haber acabado con la venganza ilimitada. Ernst Bloch, en su libro *Derecho natural y dignidad humana*, agradece al Derecho penal que con su dogma de «ojo por ojo y diente por diente» superó la barbarie vindicativa irracional, y, así, inició el momento cero de la historia jurídico-penal. Desde entonces la respuesta al delito no deberá ser la venganza ilimitada e irracional; sino la medición, la proporcionalidad mínima de la pena, las garantías, las razones del proceso penal, etc.

No consideremos que el Derecho penal primitivo talional haya sido negativo, no. Fue útil e incluso «justo», en su tiempo. Entonces cumplió su misión. Ahora debe cumplir otra distinta. Como el árbol que florece en primavera y da frutos en otoño; el año siguiente debe dar otras flores y otros frutos distintos, mejores. El Derecho penal tradicional, si se mantiene todavía hoy, merece una crítica muy severa. Goya supo plasmarla en algunas de sus obras. Por ejemplo, en su famoso dibujo que él tituló con la frase «Divina Razón, no dejes ninguno» (circa 1820-1823, Museo del Prado). Esa censura de Goya al Derecho penal de su tiempo hemos de aplicarla con moderación al Derecho penal actual. Nuestro precursor del impresionismo y del expresionismo, consciente del valor y la dimensión del sentimiento y de la dignidad única e individual de todo ser humano, considera la justicia penal como un látigo con la única función de hacer sufrir, de matar a todos.

Si hablamos con artistas inteligentes y sensibles. Si les preguntamos cómo ven el Derecho penal, nos responderán siempre muy negativamente. Si conversamos con personas que hayan experimentado algo del Derecho penal o hayan tratado con ciertos jueces o fiscales «penalistas» oiremos que nos contestan: «eso no es humano, eso hay que superarlo».

Al Derecho penal le ha faltado autocrítica. Se fiaba totalmente de la lógica y del discurso meramente deductivo, silogístico. Y esta manera de juzgar y argumentar, sin la ayuda de otros criterios, engendra monstruos. Por ejemplo, la pena de muerte, la tortura, la equiparación de los delitos con los pecados, la sumisión ideológica a la censura de la autoridad eclesiástica (recordemos la infundada y trágica condena de Beccaria y de su excelente libro *De los delitos y de las penas*, y la condena de Dorado Montero, el insigne catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salamanca y su suspensión de empleo y sueldo en junio de 1897), y tantas otras instituciones que el Derecho

penal ha creado y mantenido, sobre todo cuando se ha entregado incondicional a un partido político o a una fe religiosa. El discurso penalista no debe depender ni de la religión, ni de la política, ni de nadie; debe ser autónomo.

El Derecho penal ha aportado notables ventajas superadoras de la crueldad de los castigos primitivos. Pero, hoy en día ya no debemos conservar sus criterios teóricos y sus realidades prácticas. Algunas de las razones por las cuales no podemos mantener el Derecho penal tradicional las han formulado los creadores de la ciencia criminológica que nace a finales del siglo pasado. De ellas vamos a hablar ahora.

2. POLÍTICA CRIMINAL CRIMINOLÓGICA

Como lógica consecuencia de la evolución social a lo largo de los siglos, la Política criminal que se deriva del Derecho penal ha ido (y continúa) fracasando cada día más, por múltiples motivos que ha detectado la nueva ciencia de la Criminología. Ahora indicamos algunos de los factores etiológicos del anacronismo del actual Derecho penal y cómo los ha intentado superar la Criminología.

Los penalistas actuales se equivocan en cuanto conservan criterios maniqueos, en cuanto apoyan el Derecho penal en la ley-dogma; en cuanto exageran la individualización exclusiva de la responsabilidad; y también en cuanto siguen aferrados al método deductivo, y a cierta dimensión teológica-confesional, etc.

Para los criminólogos el centro del Derecho penal no debe seguir siendo el crimen. Prefieren estudiar y conocer mejor al delincuente, su personalidad, su infancia, los motivos que le abocaron a la comisión del delito, etc.

Ante el autor de un delito hemos de intuir siempre una persona con sus dos facetas: ángel y bestia. Eso se aplica a todas las personas, como lo expresa gráficamente Julio Caro Baroja en su dibujo, en la portada del libro *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona* (San Sebastián, IVAC, 1989).

Si los doctores o cultivadores de la Política criminal superan el talante maniqueo, nunca emplearán la palabra *contra*, o la palabra *lucha*, ni la palabra *combate*. Hacia ahí avanza la Criminología apoyándose en el principio de la responsabilidad universal compartida.

La Criminología pide que la Política criminal no lea el texto de la ley como uno de sus dogmas; sino que respete la máxima latina: *Non ex regula ius summat, sed ex iure quod est regula fiat*, no se formule

la Política criminal de lo que dicen las leyes, sino de la realidad, del poder imponente de las cosas, de lo que es justo. Este puente directo con la realidad personal y social, es una innovación del método de la Política criminal criminológica. No construyamos el edificio de los palacios de justicia y de las cárceles y de la policía sobre la letra de la ley, sino que elaboremos e interpretemos las leyes después de analizar cuantitativa y cualitativamente según la sociología y la psicología y las ciencias sociales. Demos más importancia a la interpretación crítica a la luz de la moderna hermenéutica poco amiga de los axiomas.

Los penalistas hablaban de determinados valores y/o derechos humanos universales, creyendo que la mayoría de la sociedad estaba de acuerdo. Suponían que los criterios tradicionales podían continuar como el fundamento del código punitivo. Pero los criminólogos constatan, por investigaciones empíricas, que no existía (ni, menos aún, existe) esa supuesta unanimidad.

Julio Caro Baroja comentando el fracaso de nuestros tribunales de justicia en el campo del tráfico de drogas concluye algo que nos interesa y se puede aplicar a no pocos problemas de la Política criminal tradicional: El Derecho penal tradicional fracasó porque sus prohombres creían demasiado en la validez unánime de unos patrones culturales, de una axiología, cuya fuerza era grande, pero no tanto como suponía el legislador y el juez y el policía.

La Criminología aporta a la Política criminal un nuevo planteamiento, un método empírico, multi e interdisciplinar. Los criminólogos critican al Derecho penal su olvido y/o desprecio de la dimensión histórica de todo lo humano. Afirman tajantemente que no puede hacer justicia si prescinde del ayer y del mañana; si admite la existencia de un Derecho natural inmutable, eterno, y se apoya en él. En cambio, la Criminología ausculta la historia, insiste en que todo evoluciona.

También evolucionan las vías de conocimiento: vía de conocimiento lógico cartesiano, vía de conocimiento cordial afectivo, vía de conocimiento visceral y vía de conocimiento pneumático, del misterio, de la mística. Nuestros hemisferio izquierdo y hemisferio derecho aportan diversas parcelaciones y complementaciones del conocimiento de la realidad. Pero siempre, nuestro conocimiento es incompleto, difiere de la realidad. Es insostenible el adagio que ha permanecido durante muchos siglos: «la verdad es la adecuación del intelecto con la cosa»; «la cosa y el conocimiento coinciden, son lo mismo». Conocemos la sonrisa, no la alegría; la alegría que yo experimento no coincide con la sonrisa; no conocemos el dolor aunque sí el sudor frío, o las lágrimas; no conocemos el amor aunque sí el abrazo o el beso.

A la ciencia, nos tenemos que acercar con sumo respeto, con sumo aprecio pero sin olvidar que siempre se dará la polisemia, la pluralidad y diversidad de significados y sentidos de cada palabra, de cada signo. No sabemos qué es la verdad. Y hemos de admitir que mi verdad difiere de la verdad del delincuente, y de la verdad de la víctima.

Atinadamente afirman Jescheck y Kaiser: «el Derecho penal es ciego, no conoce suficientemente la realidad social»... porque emplea un método deductivo, porque es dogmático, etc. Resulta lógico que a la Justicia de ese sistema judicial se la represente con los ojos tapados. La venda que tapa los ojos de la *diosa* justicia no agrada a los criminólogos. Hace años se la hemos quitado, con nuestra multi e interdisciplinariedad, con nuestras investigaciones sociológicas, con nuestras encuestas cuantitativas y cualitativas.

Si leemos algunas respuestas de una investigación breve pero importante, que ha llevado a cabo el profesor Julio Sampedro con los alumnos y alumnas de la Javeriana, acerca de 20 preguntas, comprenderemos que la Política criminal del penalista es ciega, pero la del criminólogo vidente. Al analizar las respuestas que formulan acerca del delito, la sanción, la víctima, la ciencia, el deporte, el cuerpo; se llega a poder construir una Política criminal criminológica clarividente.

La Criminología da otro paso hacia adelante. Controla a los controladores; pero no como el Derecho penal, para juzgarles si han cometido algún delito. La Criminología amplía mucho el campo de acción; llega a abarcar mucho más que el Derecho penal. Llega a prevenir que la institución de los controladores evite ciertos defectos estructurales. (*Les mains sales*, las manos sucias, de Sartre). Por ejemplo desvela que los legisladores y los jueces corren peligro de no ser imparciales al legislar y al juzgar porque generalmente pertenecen a un *status* social, político, económico y de creencias que no coincide con el de las masas marginadas vulnerables y vulneradas por el sistema penitenciario y el policial y el económico... Estas víctimas y otras muchas merecen un capítulo aparte.

3. POLÍTICA CRIMINAL VICTIMOLÓGICA

La Política criminal da un salto cualitativo en la década de los setenta, que merece comentemos ahora con máxima atención. El año 1973 se celebra en Jerusalén el primer Simposio Internacional de Victimología. Tres años después otro en Boston, y en 1979 el tercero en Münster de Westfalia. (Tuve la suerte de participar en este evento de

trascendencia universal.) En él brota un nuevo paradigma de Política criminal, pues en él se crea la *Sociedad Mundial de Victimología*.

¿Qué programa formula la Victimología? Asume las bases más fundamentales del Derecho penal y de la Criminología, pero los transforma radicalmente. Sigue hablando de delito y de pena, como el Derecho penal; pero en ambos vocablos introduce dos realidades muy distintas, casi totalmente otras. Mantiene algunas nociones que ha recibido de la Criminología, como la urgencia de conocer al delincuente y resocializarlo; pero, las supera en sus puntos claves, pues las observa desde otra perspectiva.

La Victimología da vuelta de campana, sobre todo, al concepto de crimen (heredado del Derecho penal tradicional) y al de sujeto pasivo del delito (tal como lo recibe de la Criminología). El crimen no es la infracción de la ley que ha establecido el poder, el Estado; no es la violación de lo preceptuado por la clase dominante; no es un daño público que merece una reacción de la autoridad para que sufra el delincuente (*malum passionis propter malum actionis*, de Boecio). Tampoco debe verse como un diálogo del Poder judicial contra el delincuente sino que se trata de una relación trilateral: víctimas-delincuente-Poder judicial.

La base del triángulo es el sujeto pasivo del delito. Mejor dicho: no el sujeto pasivo del delito, sino las víctimas. Empleamos una palabra nueva porque patentiza una realidad nueva. En Política criminal de sesgo jurídico-penal se dice que hay un sujeto pasivo del delito. Pero en Política criminal victimológica se afirma que hay cinco o diez víctimas directas del crimen (los familiares más íntimos de ese único sujeto pasivo del delito) y muchas más víctimas indirectas del delito: los muchos amigos del lesionado o asesinado. Éstos no entran en el concepto de sujeto pasivo del delito; no entran en el campo del Derecho penal; quizás tampoco en el de la Criminología. Pero sí en el de la Victimología y de su Política criminal. La Victimología pone el acento no en el crimen, ni en el delincuente, ni en el sujeto pasivo del delito, sino en sus víctimas inmediatas y mediatas. Éstas son algo mucho más amplias y más importantes que lo que consideran los penalistas, e incluso los criminólogos.

La cosmovisión del Poder judicial debe cambiar radicalmente; se ha de producir una ruptura epistemológica en toda la problemática de la Política criminal. La Victimología proclama que no debemos colocar en el centro de la Política criminal al delito ni al delincuente. En el centro deben instalarse las víctimas, desde el primero hasta el último momento. Y con el máximo protagonismo.

Ojalá esté equivocado, pero opino que ni los penalistas, ni los criminólogos, ni los legisladores, ni los políticos (ni los operadores de las

religiones), ni nuestros gobiernos respetan suficientemente los derechos elementales de las víctimas. Tampoco la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 les presta la suficiente atención. Ni el reciente Real Decreto español de 18 de julio de 1997 les atiende todo lo que en justicia merecen.

En la mayor parte de los países las víctimas de los delitos violentos y del terrorismo están desprotegidas. Se les debe proteger después del delito; pero, también, y más si cabe, antes. A la Política criminal preventiva se le está concediendo mayor importancia cada día en Europa y en todo el mundo. Dicho con otras palabras, el nuevo triángulo del crimen consta de tres protagonistas; A) las víctimas, B) el delincuente y C) la sociedad con su Poder judicial y sus Organismos No Gubernamentales.

A) Las víctimas

Todo delito tiene consecuencias negativas, o sea que no hay delitos sin víctimas; contra lo que dicen algunos penalistas cuando tratan del aborto o del tráfico de drogas.

A las víctimas se les debe conceder una misión más activa antes y en el momento de la intervención policial, en el momento del proceso, y en el de cumplimiento de la sanción. Antes de la intervención policial se ha de investigar y programar cómo se evita la victimización en general y más aún de las personas vulnerables y en riesgo. Las intervenciones policiales deben dirigirse más a la evitación de los delitos que a su sanción.

En el proceso ha de concederse mayor protagonismo a las víctimas. Para ello, ayudará que se introduzca la división del proceso en dos fases. En la mayoría de los países no existe tal división que tanto propugnan, desde hace ya varias décadas, algunos especialistas, como Marc Ancel en París, el profesor Joachim Herrmann, en Augsburg, Arthur W. Campbell, en Estados Unidos, etc. En la primera fase se trata únicamente de la *conviction*, determinar si es culpable la persona imputada, si se le puede decir, «usted es autor, consciente, responsable y culpable de tal delito». En la segunda fase, la *sentencing*, se determina la sanción. Por desgracia en muchos países es breve y llevada a cabo por las mismas personas, por los mismos jueces. El juez le impone al delincuente la pena que señala el Código Penal.

La Victimología pide que en esta segunda fase se trabaje muy pausada y cuidadosamente; en ella las víctimas deben contar con la ayuda de especialistas criminólogos, médicos forenses, psicólogos, psiquiatras, asistentes sociales, que les escuchen a ellas y dialoguen con el juez, no

para copiar la sanción que tiene ya escrita el Código Penal, sino para *elaborar*, para crear, la respuesta individual, personal que más convenga a las víctimas y al delincuente del caso concreto, que no puede estar exactamente descrito en el Código Penal. Se trata de renovar la vida y las relaciones sociales de las víctimas y del delincuente. La Política criminal de *sentencing*, a la luz de la Victimología, debe cambiar radicalmente.

La respuesta al crimen debe mirar ante todo a las víctimas, más que al delincuente. No debe ahondar en el antagonismo, ni imponer sanciones vindicativas (como exige el Derecho penal); ni sanciones reeducadoras (como dice la Criminología); sino buscar la mediación, la conciliación e incluso la reconciliación.

En la Política criminal jurídico-penal a los tribunales compete sancionar, en el sentido de imponer una sanción vindicativa, no ilimitada-irracional, deducida lógicamente («ciegamente») del código. En la Política criminal criminológica se induce de la realidad social la respuesta resocializadora, recreadora, de la persona-delincuente. En la Política criminal victimológica, los operadores multidisciplinares de la justicia deben formular-crear respuestas que entiendan, atiendan y tengan atenciones, ante todo y sobre todo, con las víctimas. A éstas, más que a los delincuentes, les debemos brindar todo lo que el delito les ha arrebatado. Darles una respuesta completamente repersonalizadora resulta generalmente imposible. Pero es fácil hacer y lograr más de lo que actualmente se intenta.

Las ciencias victimológicas tienen aquí un amplio campo de trabajo. En concreto, con imaginación y con ilusión fraterna pueden llegar a descubrir, por ejemplo, los valores que subyacen en las situaciones límite e incluso en el crimen. Las víctimas pueden llegar a comprender algo muy difícil: la superación gratificante de las «situaciones límite», en formulación de Karl Jaspers. O sea, de la muerte, del delito, del sufrimiento, de la culpa. Schumacher, en su famoso libro *Small is beautiful*, traducido al castellano *Lo pequeño es hermoso*, muestra convincentemente que los conflictos graves, divergentes, lógicamente no tienen salida, pero en realidad la tienen y «buena».

Los múltiples Cursos y Congresos de Victimología que se están celebrando en todo el mundo desde los años setenta insisten sobre la paradoja de que la victimación esconde una peculiar potencia creadora; de que los conflictos-límite, con sus aporías, enseñan a salir victorioso. Algunos especialistas afirman que difícilmente una persona llega a su desarrollo pleno si no ha sufrido antes alguna situación límite. Quien reflexiona sobre su vida, quien estudia a los tratadistas, llegará a captar la energía vital que subyace en toda victimación, como

ya lo preanunció Jaspers. Unamuno decía que las situaciones límite nos hacen dejar de «hacer teatro» en la vida. Con frecuencia vivimos hacia afuera, «haciendo teatro». En cambio, cuando nos amenaza un gran problema radical, actuamos con autenticidad, con una fuerza misteriosa. (Si tuviéramos más espacio, hablaríamos de la cosmovisión de Teilhard de Chardin, y su libro *El medio divino*, rebotante de creatividad desde la cruz.)

La situación límite es una especie de sacramento, de gesto, de encuentro con la vida de verdad, en su realidad profunda, cuya fuerza radica en la debilidad, como proclama el mensaje neotestamentario. El libro *Die Night* del Premio Nobel de la Paz (1986) Elie Wiesel, narra su experiencia cuando los de la policía SS colgaron a dos hombres y un muchacho judíos a la vista de todos los presos en el campo de concentración. Los hombres murieron pronto pero la lucha del muchacho con la muerte se prolongó media hora. Cuando pasó un largo rato, el muchacho agonizaba en el suplicio, oí a un hombre gritar «¿dónde está Dios ahora?», y escuché dentro de mí una voz que me respondía «¡ahí está, en ese patíbulo!».

Resulta ilógico afirmar esto, pero es cierto. Con la lógica no llegamos tan lejos: tenemos que superarla desde su raíz. Todavía más, hemos de encontrar algunos aspectos positivos incluso dentro del crimen. A ello nos ayudará la contemplación de tres cuadros de Goya, de la colección del Marqués de la Romana que se pueden admirar en Palma de Mallorca: en el primero, los bandoleros secuestran a varias personas; en el segundo, uno de los bandoleros viola a una mujer, y (en el tercer cuadro) la asesina. Al pintarlo, Goya realiza una obra artística. En ese delito tan cruel, Goya ve y nos transmite una cierta belleza. Algo así como los coros griegos de las tragedias. La tragedia, el delito, la muerte, brindan al coro la posibilidad de suscitar una sensación, una experiencia artística de catarsis, de purificación, de enriquecimiento, de entrar en otra fraternidad más solidaria.

Otra aportación novedosa de la Victimología es descubrir que un manantial importante de la justicia es la victimación, la injusticia. El catedrático de la Universidad de Zurich, Peter Noll, de exquisita sensibilidad, al conocer que padecía un cáncer mortal escribió su último libro (*Diktate über Sterben & Tod mit Totenrede von Max Frisch*, Pendo, 1984) en el que explica cómo la justicia brota del sufrimiento, del *Schmerz*, de la injusticia, de la *Ungerechtigkeit*. Los días 29 y 30 de junio de 1982 dedica varias páginas a este enigma. Al leerlas, y al recordar alguna conversación con él, allí en Freiburg, comprendo que las víctimas merecen sumo respeto; no menos la mujer víctima de la prostitución. A ella le debemos más aprecio como fuente de la justicia.

También de su sufrimiento brota la justicia, de la fraternidad, de la vulnerabilidad, del sacramento del dolor.

La Política criminal victimológica supera la cosmovisión de la Ilustración francesa, y salta a una cosmovisión de la postilustración que rebasa el método cartesiano. Por eso Schüler-Springorum insiste en la necesidad de que alguna de las verdades victimológicas no pueden expresarse mejor que con una poesía. Por ejemplo, cuando se trata de la faceta superadora de la victimación. Ni la enfermedad ni el delito son un mal absoluto, ni la violencia que padecen todos los países, ni el terrorismo, son un mal absoluto. Son males, sí, pero relativos. Contienen algunos aspectos que contribuyen a la maduración humana de las personas.

Esta posibilidad de que la victimación nos enriquezca no debe llevarnos a cruzarnos de brazos ante las victimaciones y las estructuras injustas. Al contrario, nos debe espolear a trabajar intensamente para prevenir, evitar y reparar toda injusticia. Como lo programó hace veinte siglos quien proclamó «Felices los pobres», pero dedicó toda su vida para superar la pobreza del mundo. Hemos de comprometernos constantemente para evitar, en lo posible, toda victimación, aunque sabemos que no lo conseguiremos completamente. Tenemos mucho que innovar en la universidad, en las instituciones judiciales, en los centros de educación y en las iglesias, etc., para entender y proteger más a las víctimas, especialmente a las mujeres y a los niños.

Así como el Derecho penal castigaba con sufrimientos al delincuente, así como la Criminología le resocializaba, la Victimología pretende ponerle en diálogo asistencial con las víctimas. Para lograrlo se fomenta la mediación, la conciliación y la reconciliación, más que la sanción; aunque no se prescinde de ésta, para evitar angelismos pueriles.

B) Los delincuentes ya condenados

Pasemos a comentar algo acerca de los delincuentes ya condenados a sanciones privativas de libertad, desde el punto de vista de la Victimología.

Ésta insiste en considerar al delincuente en cierto sentido como víctima, sobre todo cuando ya está internado en una prisión. Por eso se preocupa de mejorar el sistema penitenciario. Desea que el funcionario penitenciario comprenda la necesidad de ver en los condenados a unas personas víctimas de su desvalor en cuanto delincuentes (sin olvidar su responsabilidad merecedora de sanción) y víctimas en cuanto sujetos pasivos de la institución privativa de libertad y privativa de tantos derechos. (Por desgracia, generalmente resulta desocializadora.)

También propugna la Victimología que se caiga en la cuenta de que uno de los métodos de resocialización consiste en que el privado de libertad se relacione con sus víctimas.

Es lamentable la poca atención y entrega que los penalistas y criminólogos prestamos al cáncer de las cárceles en nuestra sociedad, y es criticable la poca atención que las universidades prestan a este tema. Quien atiende a las personas privadas de libertad aprende y vive experiencias de impar calidad humana.

C) La sociedad y el Poder Judicial

La Política criminal victimológica emite un mensaje a todos los ciudadanos. Éstos, en cuanto partners, y sus Organizaciones No Gubernamentales, así como el Poder judicial, han de participar activa y positivamente en las respuestas a los delitos. Sus respuestas han de tomar muy en serio las modernas tendencias de la mediación, la conciliación y la reconciliación. También el perdón; aunque éste tiene sus límites (A. Beristain, *Cuadernos de Política Criminal*, 1993, pp. 5 s.). Resulta injusto pensar en la impunidad ante la criminalidad organizada, en sus diversas formas: crímenes contra la paz, terrorismo internacional, etc.

4. POLÍTICA CRIMINAL TRANSDISCIPLINAR

Llegamos al último punto, la «transdisciplinarietà», es decir, esa visión superior que da nueva cualidad y profunda unidad a las realidades más heterogéneas que abarca la Política criminal. Ese integrar la pluridisciplinarietà con la interdisciplinarietà como se tejen los fragmentos de un tapiz; y, además, ese situarse en un plano superior que llega hasta la cumbre del saber (o *la nube del no saber*), y desde allí consigue un ver-sentir-gustar radicalmente distinto y mayor que la suma de los saberes fragmentarios. Tiene algo de mística laica.

Podríamos denominar a esta transdisciplinarietà como *mundo 4*, si admitimos algunas cosmovisiones y sugerencias que brotan del libro de Karl R. Popper y John C. Eccles, *El yo y su cerebro*. Popper, después de comentar que el materialismo se supera a sí mismo, introduce una división tripartita para estudiar los estados físicos y mentales. Existen, dice, tres mundos: el «mundo 1», el de las entidades físicas tales como libros, computadoras o aviones; el «mundo 2», de los estados mentales incluyendo entre ellos los estados de conciencia, las

disposiciones psicológicas y los estados inconscientes; el «mundo 3», de los contenidos del pensamiento y de los productos de la mente humana, como algunas obras de arte. Según él: el mundo uno y el mundo dos los entendemos, el mundo tres nos lo explican los científicos. Todos son problemas del cuerpo y de la mente, o problemas psicofísicos.

Desde la perspectiva de la Política criminal cabe afirmar la existencia de otro mundo diferente, el espiritual, el «mundo 4». Ya los griegos hablaban de cuerpo/materia (sark) y de mente (psique); pero también hablaban de espíritu (pneuma), que va más allá de lo corporal y de lo psicológico. Esta realidad espiritual ofrece base para que la Política criminal admita algo que supera lo puramente material y psicológico, lo lógico y racional; algo transcienzífico en el sentido del positivismo materialista. A ese mundo de temas y soluciones que superan los límites de la comprensión científica (Eccles se refiere a «los misterios increíbles»). A ese mundo me atrevo a denominar como «mundo 4», o mundo de la transdisciplinariedad.

Me apoyo también en algunos especialistas de Política criminal como Dorado Montero, Correia, Hilde Kaufmann, etc. Según Correia, profesor de la Universidad de Lisboa, la moderna epistemología debe superar el dualismo de quienes sólo conocen tesis y antítesis, cuerpo y alma, naturaleza y espíritu, realidad y valores, delincuencia e inocencia, poder y deber. Quienes mantienen ese dualismo, se apoyan en metodologías puras y argumentaciones seguras. Él, en cambio, procura, tanteando como a ciegas, lograr una unidad superior, más allá de las antítesis, sin guía que le oriente y le proteja de los pasos errados. Sólo así, dice, se puede esperar una hora feliz, que nos abra caminos hacia la cumbre elevada, o hacia la cima profunda vacía, desde la cual «veamos» una síntesis forjadora de una cosmovisión unitaria del mundo que abarca y armoniza todas las aparentes antinomias. (Correia, «As grandes linhas da reforma penal», en *Jornadas de Direito Criminal, O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, Ed. G Inst. Padre Antonio de Oliveira, Lisboa, 1983, pp. 20, 32).

Correia, maestro de la transdisciplinariedad, después de acudir a múltiples ciencias, después de integrarlas e interrelacionarlas, las traspasa: sube o se hunde. Entonces, sin saber cómo, llega a una síntesis creadora de sentido y de significado, de música y de luz, al victimario y al perjudicado. Algo parecido se encuentra, quizás, en Dorado Montero. El catedrático de Salamanca constataba la oposición entre los penalistas y los médicos-psiquiatras. Deseaba y auguraba la armonía inteligente entre ambas partes. (Dorado Montero, *La justicia criminal*,

Madrid, Hijos de Reus, Editores, 1985, p. 283). Hoy constatamos la oposición entre los penalistas y los místicos. Pronto la transdisciplinariedad encontrará o construirá una pasarela entre ellos, con gran provecho de la Política criminal.

Más identificada con nuestra percepción, la criminóloga alemana Hilde Kaufmann, el año 1981, escribe: En lo que concierne a la transformabilidad de la realidad como criterio de verdad científica de Política criminal, permanece un problema: transformación ¿hacia dónde?, ¿en qué dirección? Dicho de otro modo, los criterios de decisión dando «sentido de valor» no parecen deducibles de un sistema cerrado de conocimientos, sino que hay que llegar a un transconocimiento. Hay que dar importancia al hecho religioso, a la experiencia religiosa. El hombre necesita reconocer, reflexionar, y volver sobre la espiritualidad y el misticismo. Estas palabras «espiritualidad, misticismo» recuerdan el libro de los años ochenta, de Michael Talbot (*Mysticism and the new physics*, Bantam Books Inc, New York, 1980, pp. 224 ss.). Él unifica en la espiritualidad la trilogía de la cultura helénica (*sark*, *psyke* y *pneuma*) el cuaternio de Jung y Pauli, y la tríada de la tradición india (*cit*, *sat* y *ananda*; conciencia, ser y gozo).

Concluyo estas observaciones sobre la transdisciplinariedad con la afirmación de Max Horkheimer, uno de los principales miembros y promotores de la Escuela de Frankfurt: «Si no hay teología, no hay ciencia». Podemos añadir: Si no hay transdisciplinariedad, no hay Política criminal.

5. RECAPITULACIÓN SINCRÓNICA-METAFÍSICA

Si escuchamos a otros profesores de la Escuela de Frankfurt comprenderemos que junto a la transdisciplinariedad y a la teología hemos de tomar en serio la metafísica y la perspectiva sincrónica de la Política criminal. Por esto, conviene recapitular ahora brevemente las cuatro etapas de las que hemos hablado, tomando en consideración la «conciencia histórica» y/o el «presente histórico», en formulación de Gadamer.

La exigencia sincrónica nos la patentizaba ya el aforismo latino *Distingue tempora et concordabis iura*, «distingue los tiempos y armonizarás los derechos». Nos insinúa la conveniencia y la necesidad de respetar el calendario histórico y el ecosistema de cada Política criminal cuando se pretende conocerla y valorarla. Y nos abre el camino para comprender el acierto de Heidegger cuando, en *Sein und Zeit*,

«Ser y tiempo», atribuye determinada creatividad metafísica al tiempo. Éste produce y mantiene en cada época la respuesta al crimen apropiada a las circunstancias cronológicas. Paralelamente, el tiempo critica y destrona en cada época las instituciones que van (des)haciéndose anacrónicas.

La recapitulación de lo expuesto anteriormente puede formularse en pocas palabras, teniendo en cuenta a Kant, Paul Ricoeur y Zubiri: La Política criminal evoluciona y progresa a lo largo de los siglos en su pensar, en su esperar y en su hacer, cada día más humanos, aunque con los normales altibajos de la historia. Los grandes penalistas, criminólogos y victimólogos son y están en la misma realidad, verdad y bondad (*ens, verum, bonum*). En el fondo, aunque no lo conocamos o reconozcamos, todos tenemos la misma comprensión preontológica previa a nuestra relación con la sabiduría, la pulcritud y la caridad. En consecuencia, la función de la Política criminal y de sus especialistas es mantener el diálogo siempre abierto e introducir una intención, una pupila agápica. Sin amor no se puede conocer. La Criminología y la Victimología quedan como iluminadas por esa estrella, que les unifica y les eterniza: Así, otorga sentido positivo a todo vivir, e incluso al morir.

Mis comentarios anteriores han pretendido mostrar que las múltiples y cambiantes consecuencias del delito coinciden en varios puntos importantes, pues todos los científicos viven idéntica comprensión preontológica del crimen, del infractor y de la prevención/superación/recreación de las víctimas.

Los especialistas en la teoría y en la praxis de la Política criminal y de los derechos humanos, así como los operadores del Poder Judicial comprenden, desean y actúan preontológicamente. Es decir, en su raíz se encuentra el misterio de la realidad, del ser; algo anterior a lo precientífico, a lo científico y a lo protocientífico. Por lo tanto, a quienes reflexionamos desde hace casi cuarenta siglos sobre el Código de Hammurabi y los códigos siguientes, nos compete fomentar la praxis esperanzada de un discurso empático, sin conflicto antagónico, ni lucha, ni contra; un diálogo de integración, de superación; más que en Platón; con pupila de fraternidad en los más ásperos debates.

La respuesta al crimen ha sido, es y será, polémica de discusión sincera y fuerte; pero, con el carisma, con la luz, de la hermandad, esperamos que se llegue a una novedad innovadora que unifica la Política criminal, que la eterniza, superando a su adversario, transformándolo en complementario. En el fondo, toda persona procede de ahí, y hacia esa felicidad se dirige.

Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto (*)

AGUSTÍN JORGE BARREIRO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Una cuestión previa a nuestro objeto de estudio, sobre «los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto», es la que se refiere a determinar el alcance preciso de qué debemos entender por «manipulación genética en sentido estricto». La expresión «manipulación genética», siguiendo a Mantovani (1), puede ser entendida en un doble sentido: «a) de significado restrictivo y propio (por su homogeneidad de contenido), en el sentido de modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético y, por tanto, de creación de nuevos genotipos, a través del conjunto de las técnicas de transferencia de un específico segmento de ADN (ácido desoxirribonucleico), que contenga una particular información genética; y b) de significado más amplio e impropio (por su heterogeneidad de contenido), que abarca también las manipulaciones de los gametos y de los embriones, no siempre dirigidas a la modificación del patrimonio genético, así como las técnicas de fecundación asistida (inseminación

(*) Este trabajo ha sido publicado recientemente en el Libro *Genética y Derecho Penal* editado por la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Fundación BBV - Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 2001.

(1) MANTOVANI, F.: «Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela», trad. J. M. PERIS RIERA, *Rev. Der. Gen. H.* 1/1994, p. 94.

artificial –Fi–; fecundación *in vitro* con implantación del embrión en el útero –FIV/ET–, y con transferencia del embrión de un cuerpo materno a otro –ET–; el tratamiento de las células germinales para mejorar la fertilidad y su implante en el cuerpo materno –GIFT–...), en las que existe sólo una manipulación germinal y obstétrica y que, aún planteando también delicados problemas de bioética y de bioderecho, no pertenecen a las manipulaciones genéticas en sentido estricto, pues no modifican el patrimonio genético».

Si aplicamos esta distinción, entre el significado restrictivo y el más amplio de manipulación genética, a la regulación de los delitos relativos a la manipulación genética en el CP de 1995 (arts. 159 a 162), será preciso formular dos consideraciones fundamentales: 1.^ª) Que en el Título V del Libro II del CP se recogen no sólo conductas típicas de manipulación de genes humanos (art. 159 del CP), sino también las de manipulación de gametos (art. 161.1 del CP) y de embriones (art. 161.2), la reproducción asistida sin consentimiento de la mujer (art. 162 del CP), e incluso la utilización de técnicas de ingeniería molecular de forma tal que afecten a poblaciones humanas (art. 160 del CP), debiendo concluirse que el legislador español de 1995 utiliza el término manipulación genética, en el mencionado Título V, en un sentido muy amplio (2); y 2.^ª) Que sólo estamos ante una conducta constitutiva de manipulación genética en sentido estricto, es decir, que tiende a transformar o modificar el patrimonio genético del ser humano, en el caso de la acción típica prevista en el artículo 159 del CP (de quienes «con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo»). Por lo tanto, quedan fuera de los delitos de manipulación genética en sentido estricto las otras infracciones punibles previstas en el Título V del Libro II del CP de 1995 (3).

(2) *Vid.* en este sentido, entre otros, CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la: «Los llamados delitos de manipulación genética en el nuevo Código Penal español de 1995», *Rev. Der. Gen.* H. 5/1996, p. 59, y LACADENA, J. R., «Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código Penal español: un comentario genético», *Rev. Der. Gen.* H. 5/1996, p. 209.

(3) *Vid.* PERIS RIERA, J. M., «La regulación penal de la manipulación genética en España», 1995, pp. 38 y 39; VALLE MUÑIZ, J. M., en AA.VV.; *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 768; GRACIA MARTÍN, L., en AA.VV., *Comentarios al Código Penal*, PEI, Valencia, 1997, p. 660. En realidad, como advierte MANTOVANI (en *Manipolazione genetica*, Digesto, VII, 1993, p. 541), las manipulaciones de gametos y de embriones no van dirigidas siempre a la modificación del patrimonio genético, ni tampoco los supuestos de uso de las técnicas de reproducción asistida, en las que se da sólo una manipulación germinal u obstetricia, pertenecen al ámbito de las manipulaciones genéticas en sentido estricto, que han de llevar consigo

1.2 Los principios informadores de la intervención punitiva del Estado en el ámbito de la genética humana y las opciones de política legislativa

1.2.1 *Los principios informadores de la intervención punitiva del Estado en el ámbito de la genética humana*

a) El punto de partida y el fundamento para toda valoración jurídica sobre la genética humana ha de ser la Constitución (4). En este ámbito, tiene una especial importancia el artículo 20.1.b) de la CE que reconoce y protege, como un derecho fundamental, «el derecho a la producción y creación científica». Sin embargo, la legitimidad de la libertad de investigación científica, que ampara por ejemplo la investigación relativa a la genética humana, tiene sus límites y, por lo tanto, la aplicación de una técnica de genética humana no será admitida si lleva consigo un ataque a derechos fundamentales como la vida, la integridad física y moral (art. 15 de la CE), o el derecho a la intimidad personal (art. 18 de la CE). Así, lo viene a reconocer el artículo 20.4 de la CE, al declarar que la libertad de investigación científica tiene sus límites en «el respeto a los derechos reconocidos en este Título». Además, conviene tener presente que las manipulaciones genéticas y la ingeniería genética pueden afectar de modo genérico a la humanidad, incidiendo en la inalterabilidad, identidad y diversidad de la especie humana, que puede ponerse en serio peligro por la Biotecnología mediante la eugenesia positiva perfectiva o de mejora de ciertos rasgos genéticos y a través de manipulaciones genéticas con propósitos racistas (5). La dimensión supraindividual o colectiva de la investiga-

las modificaciones de los caracteres naturales del patrimonio hereditario y, por lo tanto, la creación de nuevos genotipos. Pues bien, aplicando este planteamiento a las previsiones del CP de 1995, podrá afirmarse que sólo las conductas tipificadas en el artículo 159 del CP constituyen manipulaciones genéticas en sentido estricto, mientras que otras acciones aparentemente próximas, como las consistentes en manipular gametos (art. 161.1 CP) o embriones (art. 161.2 CP) y en abusar de técnicas de reproducción asistida (art. 162 CP), suponen sólo manipulaciones genéticas en sentido amplio.

(4) *Vid.* en este sentido, en la doctrina penal alemana, ESER, A.; «Genética humana desde la perspectiva del Derecho alemán», trad. C. M. Romeo Casabona, *ADPCP*, 1985, pp. 350, y con carácter general, *vid.* GRAF VITZTHUM, «Gentechnik und Grundgesetz», *Dürig-FS*, 1990, pp. 185 ss. En la doctrina penal española, *vid.*, entre otros, VALLE MUÑOZ, J. M./GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M., «Utilización abusiva de técnicas genéticas y Derecho penal», *PJ* núm. 26 (1992), pp. 111 y 112.

(5) *Vid.* ROMEO CASABONA, C. M., «Genética y Derecho penal: los delitos de lesiones al feto y relativos a las manipulaciones genéticas», *DS (Derecho y Salud)*, vol. 4, núm. 2, jul.-dic. 1996, p. 158. La doctrina penal ha advertido de los riesgos eugenésicos que se pueden encontrar en la práctica de intervenciones genéticas, como

ción científica y de la aplicación de las técnicas de genética humana ha de tener también sus límites en el interés general de la sociedad. Esto último, se viene a reconocer en el artículo 44.2 de la CE, al proclamar que «los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general».

Por último, no podemos olvidar el marco valorativo básico que informa la Constitución española de 1978, donde cabe destacar los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la CE: «la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político») y los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 de la CE, como son «la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad»), y es precisamente ese modelo valorativo y personalista de nuestra Constitución el que permite legitimar la tutela penal de los nuevos intereses emergentes, como son la identidad genética o el derecho a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano, frente a los ataques más intolerables derivados del uso abusivo de técnicas de genética humana (6).

b) La intervención punitiva del Estado en el ámbito de la genética humana debe estar condicionada no sólo por los derechos y valores constitucionalmente reconocidos, sino también por los principios infor-

por ejemplo la tentación que nos ofrecen la medicina de reproducción y la ingeniería genética de practicar una selección eugénica, con la consecuente estandarización del patrimonio genético humano. Aquí, siguiendo a Eser, se puede distinguir entre la denominada «eugenesia negativa», practicada para eliminar una descendencia indeseada o en algún modo deficiente y a través de la exclusión de material genético patológico, y la «eugenesia positiva», que lleva consigo una selección preestablecida de propiedades altamente valoradas o de cualidades deseadas. Mientras que la «eugenesia negativa» tiene una evidente utilidad individual y social, aunque existe el riesgo de la discriminación de la vida minusválida derivado de la determinación de lo anormal y lo hereditariamente patológico, la «eugenesia positiva», que tiende a la selección de determinados rasgos fenotípicos, lleva consigo la repudiable tentación de practicar «cultivos selectivos eugenesicos» y se asienta en valoraciones sobre la vida humana que no han sido obtenidas con procedimientos descriptivos o empíricos, sino que han sido fijados normativamente en atención a criterios de superioridad o inferioridad social. Por lo tanto, tales tentaciones eugenesicas han de ser cuestionadas y sometidas al control del Derecho. *Vid.* por todos, A. ESER, «La moderna Medicina de la reproducción e ingeniería genética. Aspectos legales y sociopolíticos desde el punto de vista alemán», en *Derecho Penal, Medicina y Genética*, de A. Eser, Perú, 1998, pp. 245 ss., espec. pp. 273 y 274, publicado también en AA.VV. *Ingeniería Genética y Reproducción Asistida*, Madrid, 1989, pp. 269 ss.

(6) Así, en esta dirección, se justifica la intervención penal en determinados supuestos de manipulación genética para salvaguardar bienes jurídicos relacionados con la configuración del ser humano que realiza el cuadro de valores de nuestra Constitución. *Vid.* VALLE MUÑIZ, J. M./GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M.: *PJ*, núm. 26 (1992), p. 128.

madores de la moderna Política criminal (de legalidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad, de culpabilidad...) y, de forma especial, por el principio de intervención mínima (7), que cabe identificar especialmente con la referencia al carácter doblemente fragmentario del Derecho penal, es decir, con el principio de que el Derecho penal sólo ha de intervenir para proteger los bienes jurídicos fundamentales frente a los ataques que por su modalidad ofensiva aparecen como más intolerables desde el punto de vista de la convivencia pacífica en sociedad, sin olvidar el carácter de «última ratio» del Derecho penal. Por lo tanto, la intervención punitiva del Estado en el ámbito de la genética humana deberá cumplir con los requisitos de merecimiento, necesidad e idoneidad del recurso punitivo para proteger los bienes jurídicos afectados por intervenciones abusivas en el genoma humano. En este terreno, resultan esclarecedoras las reflexiones de A. Eser (8), cuando pone de manifiesto la necesidad de llevar a cabo diversas regulaciones sobre la cuestión, aunque sería erróneo pensar que tales regulaciones tengan que plasmarse en leyes o en prohibiciones penales, y en función de los objetivos de protección y del tipo de amenaza se pueden acudir a diversas vías de regulación: empezando por el autocontrol deontológico de la comunidad investigadora, pasando por garantías administrativas de carácter procedimental, hasta llegar a introducir tipos de protección civil o prohibiciones penales.

Dentro del Derecho español, en cuanto a la regulación administrativa sobre esta materia, debemos tener presente una serie de disposiciones fundamentales que nos ayudarán a determinar el alcance de los tipos penales relativos a las manipulaciones genéticas, previstos en el CP de 1995, y a fijar el contorno de las posibles causas de justificación que pueden concurrir. Así, merece ser destacada la normativa vigente: la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (9); la Ley 42/1988, de 28 de diciembre de Donación y Utili-

(7) Como tal ha sido acuñado, entre nosotros, por MUÑOZ CONDE (*Introducción al Derecho Penal*, 1975, pp. 59 ss.).

(8) Vid. ESER, A., *ADPCP*, 1985, pp. 363 y 364.

(9) Esta Ley se ocupa de los gametos (las células reproductoras o germinales: los gametos masculinos se denominan espermatozoides, y los gametos femeninos se llaman óvulos) y del preembrión (grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero, acabado el proceso de implantación que se inició días antes, y aparece en él la línea primitiva).

Se admite el diagnóstico y la terapia génica (la administración deliberada de material genético en un paciente humano con intención de corregir un defecto genético, aplicándose también a enfermedades adquiridas de tipo tumoral o infeccioso) sobre embriones preimplantatorios (*in vitro* o en el útero), embriones y fetos en el útero, siem-

zación de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos (10); y la Ley 15/1994, de 3 de junio, que establece el régi-

pre que se cumplan determinados requisitos (arts. 12 y 13 de la citada Ley). En materia de infracciones y sanciones, hay que tener presente las infracciones específicas (graves y menos graves) que a los efectos de la Ley 35/1988 se recogen en su artículo 20.2.

La Disposición Final 3.ª del CP de 1995 suprimió las letras *a), k), l) y v)* del apartado 2.B) del artículo 20 de la Ley 35/1988, es decir, las infracciones muy graves consistentes en: «fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana» (letra *a*), que pasa a integrar la conducta típica del artículo 161.1 del CP; «crear seres humanos idénticos, por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza» (letra *k*), que se incrimina como conducta típica en el artículo 161.2 del CP; «la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos» (letra *l*); y «la utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole, para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fueren» (letra *v*), que ha pasado a integrar la conducta típica prevista en el artículo 160 del CP. Además, la DF 3.ª del CP de 1995 introduce una modificación al texto de la letra *r)* del apartado 2.B) de la Ley 35/1988, añadiendo «así como las fecundaciones entre gametos humanos y animales», que no estén autorizadas.

La STC 116/1999, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, estima parcialmente el recurso de constitucionalidad, y declara: *a)* Que el inciso final del artículo 12.2, «o si está comparada legalmente», sólo es constitucional interpretado en el sentido de que las intervenciones amparadas legalmente son las comprendidas en el artículo 417 bis del CPA, (supuestos de aborto no punible), hoy todavía vigente (Disposición Derogatoria 1.ª del CP de 1995); y *b)* La inconstitucionalidad y nulidad del inciso final de su artículo 20.1, «con las adaptaciones requeridas por la peculiaridad de la materia regulada en esta Ley», desestimando el recurso en todo lo demás.

El reproche más relevante que los recurrentes habían formulado sobre la constitucionalidad de la Ley 35/1988, en su conjunto, se refería a la necesidad de que la Ley impugnada tuviera carácter orgánico, pues a través de ella se estaría desarrollando, en términos del artículo 81.1 CE, el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE), así como la dignidad humana (art. 10 CE). La STC 116/1999, en su FJ 4, formula dos importantes puntualizaciones: 1.ª) Que «la reserva de Ley Orgánica establecida en el artículo 81.1 CE ha de entenderse referida a los derechos y libertades públicas regulados en la Sección 1.ª del Capítulo 2.º del Título I, entre los que, obviamente, no se encuentra la dignidad de la persona humana que, además, es reconocida en nuestra Constitución como «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE)»; y 2.ª) Que es improcedente extender la reserva de Ley Orgánica, establecida en el artículo 81.1 CE, más allá del ámbito propio del derecho fundamental. Si se tiene en cuenta que el artículo 15 CE reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que son titulares los nacidos, sin que quepa extender esa titularidad a los *nascituri*, «es claro que la Ley impugnada, en la que se regulan técnicas reproductoras referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano, no desarrolla el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 CE y, por consiguiente, la Ley 35/1988 no vulnera la reserva de Ley Orgánica exigida en el artículo 81.1 CE».

(10) La Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de «donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos», regula la donación y

men jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente.

utilización de los embriones y fetos humanos, considerando aquellos desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante. El embrión se refiere a la fase de desarrollo embrionario que señala el origen e incremento de los órganos humanos, cuya duración va desde la anidación hasta tres meses de embarazo. Por feto, como fase más avanzada del desarrollo embriológico, se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto.

La Ley 42/1988 autoriza la donación y utilización de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, «con fines terapéuticos, de investigación o experimentación» (art. 1), siempre que se cumplan determinados requisitos (cfr. art. 2). El artículo 9 de esta Ley recoge las infracciones y sanciones, y dentro de las muy graves (art. 9.2. B) se pueden destacar, entre otras, la de «realización de cualquier actuación dirigida a modificar el patrimonio genético humano no patológico» (letra a), y la de «creación y mantenimiento de embriones o fetos vivos, en el útero o fuera de él, con cualquier fin distinto a la procreación» (letra b).

La STC 212/1996 resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, desestimándolo en su mayor parte. La STC 212/1996 estima solo parcialmente el recurso presentado, al declarar, por un lado, que el inciso «o de conformidad con las disposiciones normativas vigentes» de su artículo 5.1 («Toda actuación sobre el embrión o el feto vivo en el útero será de carácter diagnóstico, terapéutico o de conformidad...») únicamente es constitucional interpretado en el sentido del artículo 417 bis del CPA, hoy todavía vigente; y, por otra parte, se declara inconstitucional y nulidad del inciso «con las adaptaciones que requiera la materia» de su artículo 9.1, relacionado con las infracciones y sanciones.

El reproche central de los recurrentes a la Ley 42/1988 radicaba en la presunta vulneración del artículo 15 CE, que reconoce, entre otros, el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que son titulares los nacidos (STC 53/1985), sin que quepa extender esta titularidad a los *nascituri*. Se rechaza la tesis de los recurrentes, de que al *nasciturus* le corresponde también la titularidad del derecho a la vida. En la Ley 42/1988, declara –en su FJ3– la STC 212/1996, «por su propio objeto y desarrollo no se encuentra implicado el derecho fundamental de todos, es decir, de los nacidos, a la vida...», debiendo tenerse en cuenta «que en el caso de la vida del *nasciturus* no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del artículo 15 CE». La protección constitucional de la vida del *nasciturus* implica para el Estado, según lo apuntado en la STC 53/1985 (FJ 4) y asumido por la STC 212/1996, dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales... En conclusión, del artículo 15 CE se deriva lo que se ha calificado como un deber de protección por parte del Estado, incluido por tanto el legislador, deber que en este caso se proyecta sobre los *nascituri*. Estos son los criterios generales con arreglo a los cuales la STC 212/1996 ha enjuiciado los reproches que se hacían a la Ley 42/1988 desde la perspectiva del artículo 15 CE.

c) Las intervenciones en el genoma humano pueden afectar no sólo a bienes jurídicos individuales (como la vida, la salud, la libertad y la intimidad), sino también a otros bienes jurídicos colectivos o de dimensión supraindividual. Dentro de estos últimos se pueden destacar, de acuerdo con lo apuntado por Romeo Casabona (11), los siguientes intereses: «la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano» (que llevaría a la prohibición de conductas tales como la de formación de híbridos o de quimeras); «la identidad e irrepetibilidad del ser humano, como derecho a la individualidad y a la condición de ser uno mismo distinto de los demás»; «el aseguramiento de la dotación genética doble, y con ello de la línea genética masculina y femenina, a lo que pueden añadirse riesgos para la salud genética del procreado» (como sería en el caso de obtención de un ser humano de un solo gameto, óvulo), y «la supervivencia de la especie humana», que podrá verse afectada, por ejemplo, a través de la creación de armas biológicas mediante técnicas de ingeniería genética.

Pues bien, el Derecho penal español tiene respuestas concretas para proteger los bienes jurídicos individuales que se pueden poner en peligro o lesionar por las intervenciones en el genoma humano. Tales respuestas las encontramos ya en los tipos penales del homicidio (arts. 138 ss. del CP), de las lesiones (arts. 147 ss. del CP), del aborto (arts. 144 s. del CP), y de las lesiones al feto (arts. 157 y 158), o en los tipos penales que recogen los ataques más graves a la libertad (las coacciones: artículo 172 del CP) y a la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos: arts. 197 ss., especialmente arts. 197.5 y 199 del CP).

Por otra parte, el CP de 1995 trata de proteger los emergentes bienes jurídicos de dimensión supraindividual, que pueden ser afectados por las intervenciones en el genoma humano, a través de la criminalización de una serie de conductas que se integran en el nuevo Título (V del Libro II) dedicado a los delitos relativos a la manipulación genética (arts. 159 a 162 del CP).

1.2.2 *Las opciones de política legislativa*

Aquí, se cuestiona la oportunidad o conveniencia de regular las infracciones punibles relativas a la aplicación de técnicas genéticas, que merezcan por su gravedad la protección penal, en el CP o en las leyes especiales sobre esta materia.

(11) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, 1994, pp. 370 ss.

A) Los diversos sistemas jurídicos de los países de nuestro orbe cultural incorporan prohibiciones penales respecto a determinadas intervenciones en el genoma humano. Sin olvidar la enorme relevancia que puedan tener en este ámbito los pronunciamientos de instancias supranacionales (12), hemos de resaltar las respuestas legislativas más relevantes del Derecho comparado europeo que han acudido a la vía de la ley especial para criminalizar determinadas conductas relacionadas con la aplicación de técnicas genéticas.

(12) Desde hace ya cierto tiempo existen iniciativas internacionales para hacer frente a los riesgos que se pueden derivar de la aplicación de las técnicas de genética humana, propiciando su regulación a los efectos de proteger la identidad del patrimonio genético del ser humano. En este sentido, pueden citarse, entre otros, los intentos siguientes: la Recomendación del Consejo de Europa de 26 de enero de 1982, núm. 934, recomendaba que «los derechos a la vida y a la dignidad humana garantizados en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos lleven aparejado el derecho a heredar características genéticas que no hayan sufrido ninguna manipulación», incluyendo en el catálogo de los derechos del hombre «la intangibilidad de la herencia genética frente a las intervenciones artificiales» y recomendando su protección mediante los preceptos correspondientes; la Resolución del Parlamento Europeo sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, de 16 de marzo de 1989, donde, entre otras consideraciones, se manifiesta el deseo de que se defina el estatuto jurídico del «embrión humano» con el objeto de garantizar una protección clara de la identidad genética, subrayándose que cualquier modificación de la información hereditaria constituye una falsificación de la identidad de la persona, que resulta irresponsable e injustificable; la Resolución del Parlamento Europeo sobre la fecundación artificial *in vivo* e *in vitro*, de 16 de marzo de 1989; la Resolución del Parlamento Europeo sobre la protección de los derechos humanos y de la dignidad humana en el marco de la aplicación de la Biología y de la Medicina, de 20 de septiembre de 1996, postulando la prohibición legal de las intervenciones sobre el genoma humano destinadas a modificar la línea germinal o que provoquen una modificación de la misma; la Resolución del Parlamento Europeo sobre la clonación, de 12 de marzo de 1997, postulando la prohibición de la clonación de seres humanos e instando a que los Estados miembros establezcan sanciones penales para quienes incumplan esa prohibición; la Resolución del Parlamento Europeo sobre clonación de seres humanos, de 15 de enero de 1998, que reitera la necesidad de prohibir legalmente, incluso con sanciones penales, toda investigación sobre clonación de seres humanos, resaltando que «todo individuo tiene derecho a su propia identidad genética»; y las Resoluciones del XIV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, Viena 1989, cuya Sección II fue dedicada al «Derecho Penal y técnicas biomédicas modernas», postulándose la protección legal del derecho a heredar las características genéticas y de no ser sometido a manipulación, y la criminalización de la clonación de seres humanos -6.9- y los ensayos para crear híbridos o quimeras por la fusión de células humanas con las animales -6.10- (*vid. Rev. int. dr. pén.*, vol. 61, 1990, pp. 91 ss.).

Por último, teniendo en cuenta su especial importancia en nuestro Derecho, merece ser destacado el texto de la Convención sobre los derechos del hombre y la Biomedicina, del Consejo de Europa, Oviedo 4 de abril de 1997, firmada por España el 4.4.1997, ratificado por nuestro país el 1.9.1999, entrando en vigor el 1.1.2000.

Por su importancia, y sin que signifiquen auténticos modelos legislativos (13), podemos destacar las leyes siguientes:

1.^a La Ley alemana de Protección de Embriones (Gesetz zum Schutz von Embryonen, Embryonenschutzgesetz-ESchG), de 13 de diciembre de 1990, es una ley penal especial, que está integrada por trece preceptos e incorpora ocho figuras delictivas. Esta Ley castiga con penas privativas de libertad de larga duración, de hasta cinco años, los supuestos más graves como son los siguientes: la modificación artificial de la información genética de una célula humana de la vía germinal, o su utilización para la fecundación, parágrafo 5; la creación de seres humanos clónicos, o su implantación en la mujer, parágrafo 6; y la formación de quimeras e híbridos, parágrafo 7. Además, la citada ley alemana castiga con penas privativas de libertad, de hasta tres años, o de multa, otra serie de conductas relativas a la aplicación abusiva de técnicas de reproducción (transferencia a una mujer de un óvulo no fecundado ajeno, emprender la fecundación artificial de un óvulo para fin distinto del embarazo de aquella mujer de la que proviene el óvulo..., parágrafo 1), a la utilización abusiva de embriones humanos (enajenar un embrión humano creado extracorporalmente o que haya sido extraído del útero antes de concluir la anidación, o quien lo entregue, adquiera o utilice para fin distinto a su conservación, así como

Este texto, que es el primer instrumento jurídico internacional con efectos vinculantes en lo concerniente a la protección de la dignidad, derechos y libertades del ser humano frente a toda aplicación abusiva de los progresos biológicos y médicos, alude en su Preámbulo a «la necesidad de respetar el ser humano tanto como individuo y en cuanto a su pertenencia a la especie humana, reconociendo la importancia de asegurar su dignidad». El objetivo de esta Convención es, según su artículo 1, proteger el ser humano en su dignidad e identidad. El artículo 13 de la Convención declara que «una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano puede ser llevado a cabo sólo por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y únicamente si la misma no tiene por finalidad introducir una modificación en el genoma de la descendencia». El artículo 32.4 de esta Convención establece, con buen criterio, que, a los efectos de tener en cuenta las evoluciones científicas, la Convención será objeto de examen en el seno del Comité de Bioética en un plazo máximo de cinco años después de su entrada en vigor, y en los intervalos que el Comité pueda determinar.

(13) Así, entre nosotros, ROMEO CASABONA, en *DS*, vol. 4, núm. 2, jul.-dic. 1996, p. 168, considera que «no puede hablarse en sentido estricto de que los ejemplos comparados de que disponemos en la actualidad conformen modelos regulativos alternativos», aunque presentan ciertas características que los identifican y pueden ser tomados como referencias de opciones de regulación. Por su parte, PERIS RIERA, en *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., pp. 198 ss., habla de modelos legislativos, distinguiendo los siguientes: el modelo de penalización total (Alemania), el cuasi-administrativo (Austria), el mixto (Reino Unido) y el de debate social y de consenso jurídico (Francia).

quien produzca el desarrollo extracorporal de un embrión humano para un fin distinto al de provocar un embarazo, parágrafo 2), y a la fecundación arbitraria, transferencia arbitraria de embriones y fecundación artificial, y fecundación artificial de un óvulo con el semen de un hombre después de la muerte de éste (parágrafo 4). Por último, el parágrafo 3 de esta Ley castiga con pena privativa de libertad de hasta un año o con pena de multa las conductas de selección de sexo (intentar fecundar un óvulo humano con un espermatozoide que haya sido seleccionado en función del cromosoma de sexo en él contenido).

Se critica el excesivo rigor punitivo de la citada Ley y su falta de respeto con el principio de intervención mínima (14), aunque ha de valorarse positivamente la claridad y la precisión con que se ha determinado el alcance de las conductas prohibidas bajo la amenaza penal.

2.^a La Ley de Fertilización Humana y Embriología (Human Fertilisation and Embryology Act 1990), de 1 de noviembre de 1990, que en el Reino Unido regula diversos aspectos relativos a la reproducción asistida y a los embriones humanos (15).

Esta Ley inglesa se caracteriza, sobre todo, porque establece un sistema que gira, fundamentalmente, en torno al Consejo de Fertilización Humana y Embriología (arts. 5 ss.), que será la instancia oficial destinada a controlar la licitud de las prácticas relacionadas con la reproducción asistida y sobre embriones, que se puedan desarrollar en Gran Bretaña (16).

(14) Así, por ejemplo, la configuración como infracciones punibles de la creación de preembriones humanos con finalidad distinta a la procreación (parágrafo 1), o de la conducta de manipulación con preembriones con finalidad distinta a su conservación (parágrafo 2), deberían quedar en el ámbito de lo ilícito administrativo, siempre que no lleven consigo una alteración del patrimonio genético. La criminalización de la creación de preembriones para la investigación, sin concurrir acciones encaminadas a manipular el patrimonio genético humano, supone atentar contra el principio de intervención mínima del Derecho penal y condenar improcedentemente las legítimas actividades de investigación. Cfr. en este sentido crítico, entre nosotros, ROMEO CASABONA, C. M. *DS*, vol. 4, núm. 2, jul.-dic. 1996, p. 169; VALLE MUÑOZ, J. M./GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M., *PJ*, núm. 26 (1992), pp. 133 ss.; PERIS RIERA, J. M., *ob. ult. cit.*, pp. 199 ss. En la doctrina alemana vid. GEILEN, *Zum Strafschutz an der Anfaugsgrenze des Lebens*, ZStW 1991, pp. 840 ss.

(15) Vid. STELLPFLUG, M. H., *Embryonenschutz in England*, ZRP 1992, pp. 4 ss.

(16) En este sentido se manifiesta ROMEO CASABONA, en *Del gen al Derecho*, Universidad del Externado de Colombia 1996, p. 457, al destacar que ese sistema, donde juega un papel muy importante el Consejo de Fertilización Humana y Embriología, es el que va a determinar el alcance real de la Ley. El mencionado Consejo, según el artículo 8 de la citada Ley, tendrá, entre otras, las funciones de «revisar y someter a seguimiento la información sobre embriones y el desarrollo posterior de los mismos, y sobre la prestación de servicios de tratamiento en las actividades que rija

En cuanto a la parte penal de esta ley, merece ser destacado el complejo y casuístico catálogo de delitos, previsto en el artículo 41, así como el importante arsenal de penas allí contempladas que pueden llegar hasta la de prisión de diez años (17).

3.ª La Ley francesa núm. 94-654 de 1994 relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y en el diagnóstico prenatal, que se caracteriza por haber elevado a la categoría de delito meras infracciones administrativas, atentando así contra el principio de intervención mínima, y por el excesivo rigor punitivo en las sanciones previstas, que pueden ser de dos a siete años de prisión, la cumulativa de multa y la accesoria de inhabilitación, por un plazo de hasta diez años, para ejercer la actividad profesional o social en cuyo ejercicio o con ocasión del cual se hubiere cometido la infracción (18).

B) El CP español de 1995 incorpora, como gran novedad y sin precedente alguno en nuestra legislación penal, los delitos relativos a la manipulación genética (Título V del Libro II: artículos 159 a 162 del CP). Por lo tanto, el legislador español opta, no sin dudas, por integrar las infracciones punibles relacionadas con la genética humana en

esta Ley...» (apartado de la letra *a*), y «ofrecerá, dentro de la medida que considere apropiada, asesoramiento e información a las personas que hayan solicitado permisos o que estén siendo tratadas, o que donen o deseen donar gametos o embriones para los fines de las actividades que se rigen por esta Ley (apartado de la letra *b*). Además, el Consejo de Fertilización Humana y Embriología, según el artículo 9 de la citada Ley, establecerá dentro de su seno uno o más comités («Comité de Permisos»), destinados a conceder, modificar, suspender o revocar permisos. El artículo 11 de la Ley faculta al Consejo para otorgar una serie de permisos relativos a lo siguiente: a la autorización de actividades de servicio de tratamiento (la creación de embriones *in vitro*; el mantenimiento de embriones; el uso de gametos; las prácticas destinadas a asegurar que los embriones se encuentren en condiciones adecuadas para ser implantados en una mujer o para determinar si los embriones son válidos para este fin; la implantación de un embrión en una mujer; la mezcla de esperma con el huevo de un *hámster* u otro animal especificados en las normas, con el fin de probar la fertilidad o normalidad del esperma, pero sólo si lo que se genere es destruido al finalizar la prueba, y en todo caso, no más tarde de la fase de dos células); al almacenamiento de gametos y embriones; y a la autorización de actividades relacionadas con un proyecto de investigación (creación de embriones *in vitro* y guardar o utilizar embriones para proyectos de investigación permitidos).

(17) Se consideran delito una serie de conductas, como las de implantar en el seno de una mujer un embrión vivo o un gameto vivo que no sean humanos o juntar gametos con gametos vivos de animal..., y la pena puede llegar a ser en tales casos de hasta diez años de prisión, o de multa, o pueden imponerse ambas sanciones (art. 41.1 de la Ley).

(18) Cfr. artículos 15 ss. de la citada Ley, *vid.*, especialmente los artículos 17 y 18.

el CP y no en la legislación especial existente en nuestro país sobre esta materia (leyes 35/1988 y 42/1988).

El prelegislador español se ha desenvuelto en esta materia con una actitud evidentemente dubitativa. Así el Proyecto de CP de 1992 incluye, como una de sus novedades más relevantes, la regulación específica de figuras delictivas, dentro de un mismo Título (el V del Libro II: artículos 167 a 170 del P. de 1992), relativas a las conductas «de la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida», cuya evitación —según la Exposición de Motivos del Proyecto de CP de 1992— «no puede confiarse sólo a la actuación de los particulares o a la de las normas sanitarias, sino que requiere la intervención del sistema represivo».

Posteriormente, una vez disueltas las Cortes Generales españolas en 1993 y quedarse frustrado el primer intento español de incriminar en el futuro CP comportamientos abusivos en el uso de técnicas genéticas, el Proyecto de CP de 1994, precedente inmediato del que iba a ser el CP de 1995, defendió la tesis de regular los delitos relativos a la manipulación genética fuera del CP y dentro de las leyes especiales existentes sobre esta materia (19). La Exposición de Motivos del Pro-

(19) La disposición final segunda del Proyecto de CP de 1994 preveía la modificación del Capítulo IV de la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. El citado Capítulo IV pasaría a denominarse «delitos e infracciones» y estaría dividido en dos Secciones: la Sección 1.ª, de las «infracciones», quedaría integrada por el artículo 9 de la mencionada Ley, y la Sección 2.ª, de los «delitos», quedaría integrada por un nuevo artículo 10 con la siguiente redacción:

«1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años.»

Este nuevo artículo 10 pasaría después a integrar, con muy ligeras modificaciones (la pena de inhabilitación especial prevista para la modalidad imprudente en el CP de 1995 afecta también al empleo o cargo público), el artículo 159 del futuro y ahora vigente CP.

La disposición final tercera del Proyecto de CP de 1994 modificaría el Capítulo VI de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre la Reproducción Asistida Humana, en los siguientes términos: el citado Capítulo VI pasaría a denominarse «delitos e infracciones» y estaría dividido por dos Secciones.

La Sección 1.ª, de las «infracciones», quedaría integrada por el artículo 20 de la mencionada Ley, suprimiéndose las letras a) —«fecundar óvulos humanos con cual-

yecto de CP de 1994 trata de justificar este cambio en su opción de técnica legislativa, de ubicar los delitos relativos a la manipulación gené-

quier fin distinto a la procreación humana», *k*) «crear seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza», *l*) «la creación de seres humanos por clonación en cualquiera de las variantes o cualquier otro procedimiento capaz de originar varios seres humanos idénticos— y *v*) «la utilización de la ingeniería genética y otros procedimientos, con fines militares o de otra índole, para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, del tipo que fueren»— del apartado 2.B) de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

En definitiva, el Proyecto de CP de 1994 proponía suprimir del apartado de «infracciones» aquellos supuestos considerados más graves y que pasarían a integrar la Sección 2.^a, dedicada a los delitos, del Capítulo VI de la citada Ley. El Proyecto de 1994 ha utilizado el mismo método de incriminación de los nuevos delitos, de conductas graves —que eran infracciones catalogadas como administrativas muy graves— relacionadas con el uso abusivo de técnicas genéticas, que emplearía el CP de 1995 con una opción legislativa distinta: el Proyecto de 1994 decidió mantener tales figuras delictivas en la Ley especial 35/1988, de 22 de noviembre, mientras que el CP de 1995 incorporó tales infracciones punibles en el nuevo CP (arts. 160 a 162).

La Sección 2.^a del Capítulo VI de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre quedaría integrada por los artículos siguientes:

«artículo 21: La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadora de la especie humana será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio».

Este nuevo artículo 21, cuyo contenido se correspondía en gran medida con la infracción muy grave que estaba prevista en el letra *v*) del artículo 20 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, pasaría a integrar, con una pequeña y justificada modificación (fijar el plazo de duración, de siete a diez años, de la pena de inhabilitación especial), el artículo 160 del CP de 1995.

«artículo 22. 1. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a diez años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

2. Con la misma pena se castigarán la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza.»

Este nuevo artículo 22 de la citada Ley 35/1988, cuyo contenido se correspondía al de las infracciones muy graves que estaban previstas en las letras *a*) y *k*) del artículo 20.B), pasaría luego a integrar el artículo 161 del CP de 1995.

«Artículo 23. 1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada. Cuando ésta sea un menor de edad o un incapaz, también podrán denunciar el representante legal, cualquier ascendiente y el Ministerio Fiscal.»

tica en la legislación especial y no en el CP, en atención a un replanteamiento del objetivo de universalidad que debe presidir la técnica de elaboración del CP, es decir, se cuestiona la idea con que se venía operando en los proyectos anteriores de que el CP constituyese una regulación completa del poder punitivo del Estado. La realización de esta idea, señala la mencionada Exposición de Motivos, tenía varios inconvenientes pues, además de no tener presente la importancia que en nuestro país reviste la potestad sancionadora de la Administración, resultaba innecesaria y perturbadora: innecesaria, en cuanto que las leyes especiales ya no pueden suscitar la prevención que históricamente provocaban en el marco de un constitucionalismo flexible, pues hoy tanto el CP como las leyes especiales se encuentran jerárquicamente subordinadas a la Constitución y sometidas a un control jurisdiccional de constitucionalidad; y perturbadora, pues si bien es cierto que el CP debe contener la mayor parte de las normas penales y los principios básicos informadores de toda la regulación, no lo es menos que existen materias que difícilmente pueden introducirse en el CP. En este último sentido, la Exposición de Motivos, sin dejar de reconocer que la pretensión relativa de universalidad es inherente a la idea de Código, considera que también lo son las notas de estabilidad y fijeza, que en ciertos ámbitos —como en los delitos relativos al control de cambios o a la manipulación genética— son imposibles. En definitiva, el prelegislador español de 1994 ha sido coherente con los postulados de política legislativa asumidos en su Exposición de Motivos, integrando los delitos relativos a la manipulación genética en la correspondiente legislación especial existente sobre esta materia.

Por último, durante el trámite parlamentario (20) se decidió nuevamente incorporar los delitos relativos a la manipulación genética

Este nuevo artículo 23 de la citada Ley 35/1988, pasaría a integrar, con algunas modificaciones respecto de las condiciones de procesabilidad, el artículo 162 del CP de 1995. El inciso final del artículo 162.2 del CP declara que «cuando la persona agraviada sea un menor de edad, incapaz o persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

Cabe advertir y recordar que el intento del Proyecto de CP de 1994, de incluir las nuevas figuras delictivas en las leyes especiales de 1988, quedó frustrado por el cambio de opción de política legislativa durante el trámite parlamentario, que fue cuando se incluyeron esas infracciones punibles relativas a la manipulación genética en el que iba ser el futuro CP. En todo caso, no puede pasar desapercibido que el CP de 1995 reproduce esas figuras delictivas tal como se habían configurado en las disposiciones finales segunda y tercera del Proyecto de CP de 1994, con la finalidad de ser insertadas en las correspondientes leyes especiales citadas de 1988.

(20) El Pleno del Congreso decidió cambiar la ubicación de estos delitos, integrándolos en el Proyecto de CP, que daría lugar al CP de 1995 (BOCG. Congreso de

al CP, como había sucedido en el Proyecto de CP de 1992, y como tales quedarían integrados definitivamente en el Título V (arts. 159 a 162) del Libro II del CP de 1995.

Las dudas acerca de la ubicación de los delitos relativos a la manipulación genética en el CP o en las leyes especiales de 1988 no han sido exclusivas del prelegislador español de los años noventa del último siglo, sino que se suscitaron también en la doctrina penal española. Aquí, dentro de esta polémica doctrinal sobre la oportunidad y la adecuación de acudir al CP o a la legislación especial para regular estos delitos, podemos distinguir fundamentalmente tres posiciones doctrinales:

1.^a Quienes acogieron favorablemente la opción del legislador español de 1995, de incluir los delitos relativos a la manipulación genética en el CP y no en las leyes especiales. Dentro de esta primera posición doctrinal, se apuntan una serie de argumentos favorables para la inserción de esos delitos en el CP y en contra de su incorporación en leyes especiales: los argumentos esgrimidos en Alemania con motivo de la discusión sobre la tutela penal del medio ambiente (el fortalecimiento de la conciencia social con la criminalización codificada acerca de la gravedad de determinadas conductas dañosas para el bien jurídico; el cumplimiento de la misión de protección última de valores decisivos para la vida en sociedad; y la perspectiva pedagógica que se favorece con la inclusión de las infracciones punibles en el CP, pues así se despierta un mayor interés entre los estudiosos del Derecho penal y se refuerza la conciencia colectiva y la prevención general) (21); se justifica también la inclusión de estos delitos en el CP, atendiendo a la importancia de los bienes jurídicos protegidos en esta clase de delitos y a la limitación de la punibilidad de formas de agresión inequívocamente reprobables, estimándose discutible que los futuros avances en la genética puedan modificar esencialmente las valoraciones y convicciones sociales de rechazo respecto de las con-

los Diputados, V Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, núm. 77-13, 19 de julio 1995). El Pleno del Senado, asumiendo e incorporando una serie de enmiendas de mero retoque del texto, aprobó el texto que, tras su paso por el Pleno del Congreso, conformaría definitivamente el vigente Título V del Libro II del CP de 1995 (arts. 159 a 162). Cfr. BOCG, Senado, V Legislatura, Serie II: Proyecto de Ley, núm. 87 (h), 8 de noviembre de 1995. Para una visión detallada de este proceso parlamentario, *vid.* CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, *Rev. Der. Gen.* H 5/1996, cit., pp. 55, 56.

(21) *Vid.* PERIS RIERA, J. M. *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., pp. 190 y 191.

ductas tipificadas en el CP de 1995 (22); y, además, se destacan los riesgos de la posible descodificación que llevaría consigo regular estos delitos en leyes especiales, reivindicándose la nota de centralidad del CP y las consecuencias positivas que se derivan de la regulación de las infracciones punibles en el CP (el sistema de garantías que suministra el CP, la mayor claridad normativa y el respeto al principio de igualdad que es individualizable en el mismo proceso codificador) (23).

2.^a Otro sector doctrinal considera (24) que no es correcta la inclusión en el CP de estas conductas constitutivas de ataques graves contra la identidad genética e individualidad del ser humano, pues esta materia se encuentra sometida a constantes cambios tecnológicos y científicos, que han de conducir a continuas reformas del CP. En este sentido, se apunta que «esta materia constituye un ejemplo paradigmático de conducta no susceptible de regularse en un Código Penal, que, por definición, ha de tener vocación de permanencia, estabilidad y fijeza» (25). En esta misma dirección se había manifestado el Proyecto de CP de 1994, al destacar en su Exposición de Motivos que las notas inherentes de fijeza y estabilidad del CP no se dan en ámbitos como en los delitos relativos a la manipulación genética, cuya regulación estará condicionada a los avances constantes de la investigación científica en el campo de la genética.

3.^a Otros autores han asumido una posición que podríamos definir como ecléctica. Este sector doctrinal se lamenta de que el legislador español de 1988 hubiera desaprovechado la oportunidad histórica de incluir esta clase de delitos en las leyes especiales sobre esta materia (Leyes 35/1988 y 42/1988), aunque se llega a la conclusión de que la opción adoptada por el CP de 1995, de incorporar finalmente estos delitos al CP, es muy razonable (26) o no es especialmente censurable (27). En esta tesis doctrinal ecléctica, merece ser destacada la posición de Romeo Casabona, quien señala que no estamos ante cuestión fundamental y lo criticable no es tanto que el legislador de 1995 haya

(22) Vid. GRACIA MARÍN, L.; AA.VV., *Comentarios al Código penal*, PE, I, cit., p. 658.

(23) Vid. PERIS RIERA, J. M., *ob. ult. cit.*, pp. 191 ss.

(24) Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española», *Rev. Der. Gen. H* 3/1995, p. 84.

(25) Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., AA.VV., *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Valencia 1996, p. 817.

(26) Vid. CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, *Rev. Der. Gen. H* 5/1996, cit., p. 57, señalando que en este campo será posible conformar unos tipos penales con suficiente autonomía respecto de la legislación administrativa, y porque se resalta mejor la importancia de los bienes jurídicos aquí protegidos.

(27) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *DS*, vol. 4, núm. 2, jul.-dic. 1996, p. 167.

incorporado estos delitos al CP, como la desafortunada y tosca traslación de estas figuras delictivas al CP (28).

A la hora de tomar posición acerca de esta polémica doctrinal, sobre si lo adecuado hubiera sido incluir los delitos relativos a la manipulación genética en leyes especiales o en el CP, cabe reconocer que no estamos ante una cuestión decisiva o fundamental, pero estimo que existían y existen razones más que suficientes para abogar por la ubicación de tales infracciones punibles en la legislación especial. La razón más importante es la que se refiere al carácter mutable de la materia objeto de su regulación, ya que estamos en un campo —como es el de la Biogenética— en el que lo que hoy es indeseable o «reprochable» mañana puede ser considerado como un progreso irrenunciable de la humanidad, admitido e impulsado por la sociedad de un futuro muy próximo. En este sentido, resulta muy revelador el dato que nos proporciona el artículo 21 de la Ley francesa n.º 94-654, de 29 de julio, relativa a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano y a la asistencia médica en la reproducción y en el diagnóstico prenatal, que contiene figuras delictivas, cuando declara que «la presente Ley será objeto, tras la evaluación de su aplicación por la Oficina Parlamentaria de Opciones Científicas y Tecnológicas, de un nuevo examen por el Parlamento dentro del plazo máximo de cinco años a partir de su entrada en vigor». En esta misma dirección, cabe citar la Convención del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y la Biomedicina del 4.4.1996, cuyo artículo 32.4 establece su revisión periódica obligatoria en un plazo máximo de cinco años después de su entrada en vigor. Además, a favor de la técnica de legislación especial, existen otros argumentos que no se pueden desdeñar, como los siguientes: la incorporación de esta clase de delitos en las leyes especiales facilitaría una mejor interpretación de las normas incriminadoras de las conductas

(28) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *Del Gen al Derecho*, cit., p. 461, donde destaca las dificultades de interpretación y las disfunciones que se pueden derivar de la desconexión de la nueva regulación en el CP de la de las leyes especiales de 1988, reconociendo que por estas y otras razones —como la de que por las penas privativas de otros derechos (la de inhabilitación para todos esos delitos), el legislador está pensando en unos destinatarios muy concretos, los mismos que los de las referidas leyes— «tal vez hubiera sido más oportuno haber mantenido el propósito inicial de incorporar los tipos correspondientes a las leyes especiales». Con anterioridad, en 1994, ROMEO CASABONA, en *el Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 254, había afirmado que el objetivo de satisfacer los fines de prevención general se cumple mejor con la incorporación de estos delitos en la leyes especiales: por su mayor inmediación respecto de sus más directos destinatarios y por su inmediación temporal.

delictivas, que están enmarcadas en un determinado contexto relativo a la aplicación de técnicas genéticas y que van dirigidas, en la práctica a un círculo limitado –similar al de las leyes especiales sobre esta materia– de destinatarios, como lo demuestran las sanciones previstas de inhabilitación especial (29); y el respaldo del Derecho comparado, pues los países de nuestro orbe cultural (Alemania, Austria, Francia, Gran Bretaña) han optado por la vía de la legislación especial para regular los delitos relativos a las prácticas abusivas en el uso de las técnicas genéticas.

Las críticas sobre los riesgos de que con esta tendencia favorable a la legislación especial se llegue a un proceso de descodificación de la materia penal, no son convincentes, pues el actual legislador español no sólo no puede dar la espalda a lo que sucede en el contexto de otros países de su entorno, que han optado por la técnica de la ley especial, sino porque la naturaleza de las cosas de los nuevos avances tecnológicos obligan a replantear la tesis tradicional española de rechazo a la legislación especial para hacer frente a los recientes fenómenos de delincuencia, que no son susceptibles de ser insertados en la regulación del CP, salvo que se asuman otros riesgos preocupantes, como son los de la hipertrofia del CP, es decir, de intercalar la legislación especial, con graves deficiencias de coordinación normativa entre CP y ley especial, en el texto punitivo básico. Tales riesgos, con todos sus inconvenientes, han sido asumidos lamentablemente por el CP de 1995 no sólo en la regulación de los delitos relativos a la manipulación genética, sino también en la de otros sectores de la delincuencia relacionados con los avances de las nuevas tecnologías, como por ejemplo en la regulación de las infracciones punibles relativas a la intimidad (libertad informática: artículo 197.2 del CP) o a la propiedad intelectual (arts. 270 a 272 del CP) y a la propiedad industrial (arts. 273 a 277 del CP). Además, los recelos respecto a la regulación de nuevas figuras delictivas a través de leyes especiales, atendiendo a la posible merma de las garantías que son inherentes al CP, no tienen mucho fundamento si tenemos presente –como nos recuerda la Exposición de Motivos del CP de 1995– la subordinación jerárquica de la legislación especial a la Constitución y la existencia de un control jurisdiccional de constitucionalidad.

Por último, cabe señalar que un sector minoritario de nuestra doctrina penal considera que «en el ámbito de las nuevas técnicas genéticas es suficiente con imponer sanciones administrativas para el caso

(29) *Vid.*, en este sentido, ROMEO CASABONA, C. M., *Del Gen al Derecho*, cit., p. 461.

de que se transgredan los límites de lo permitido» (30). Por el contrario, la doctrina penal dominante en nuestro país estima la conveniencia y la necesidad de la intervención del poder punitivo del Estado ante los ataques intolerables de los nuevos bienes jurídicos fundamentales, que se pueden poner en peligro a través del uso abusivo de los avances derivados de la Biotecnología (31). Otra cuestión distinta es la de si tal intervención debe llevarse a cabo por el CP o a través de la legislación especial, como también lo es la problemática acerca de cómo ha de ser esa intervención punitiva del Estado, que trataremos de abordar en el siguiente apartado dedicado a la respuesta penal española en esta materia relativa a las manipulaciones genéticas.

2. LOS DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA EN EL CP DE 1995

2.1 Consideraciones previas

El Título V del Libro II –arts. 159 a 162– del CP de 1995 incorpora como gran novedad, bajo la rúbrica de «Delitos relativos a la manipulación genética», una serie de figuras delictivas relacionadas con el uso abusivo de técnicas genéticas.

2.1.1. El comienzo de las preocupaciones del prelegislador español por la incriminación en el CP de las conductas relativas a la manipulación genética, lo encontramos en el año 1992, primero en el Anteproyecto de CP de 1992 (32) y luego en el Proyecto de CP

(30) Vid. CUERDA RIEZU, A., *Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992*, en AA.VV., «El Derecho ante el Genoma Humano», III, Fundación BBV, 1994, p. 226.

(31) Cfr. el Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial humanas, Congreso de los Diputados, 1987, pp. 78 y 79, donde se había coincidido en la necesidad de prohibir categóricamente y de considerar delictivas, entre otras, conductas tales como las de clonación, la fecundación de óvulos de otras especies por esperma humano –salvo el test del *hámster* para estudio de infertilidad de origen masculino– o viceversa, la fusión de embriones y la producción de quimeras.

(32) Tales figuras delictivas se ubicaron sistemáticamente en el Título V («*De la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida*») del Libro II del Anteproyecto del CP de 1992 (arts. 164 a 167). En el artículo 164 se contemplaban las modalidades delictivas –básica (art. 164.2), agravada (art. 164.1) e imprudente (art. 164.3)– relativas a la manipulación genética en sentido estricto. El Informe del CGPJ, sobre el Anteproyecto del CP de 1992, denun-

de 1992. En la Exposición de Motivos del P. de 1992 se alude a la necesidad de incriminar expresamente «la manipulación genética, contra la voluntad de los padres o excediendo del límite del código genético, y la de embriones o fetos humanos», debiendo ser incorporadas tales conductas al CP «pues, como ciertas experiencias enseñan, no son inimaginables, y su evitación no puede confiarse sólo a la actuación de los particulares o a la de las normas sanitarias, sino que requiere la intervención del sistema represivo».

Las características fundamentales del Título V del Libro II –arts. 167 a 170– del Proyecto de CP de 1992 son las siguientes:

A) La rúbrica del mencionado Título V es «De la manipulación genética, de embriones y fetos humanos y de la inseminación artificial no consentida».

B) Las nuevas figuras delictivas son las siguientes:

a) La manipulación ilícita de genes humanos (art. 167), que comprende las figuras delictivas de manipulación genética «en sentido estricto», contemplando las modalidades dolosas en un tipo básico (art. 167.2: «cualquier otra manipulación de genes humanos, realizada con infracción de lo establecido en las leyes, será castigada con la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años»), y en un tipo agravado (art. 167.1: «los que con finalidad distinta a la eli-

ció la falta de respeto al principio de intervención mínima en el tipo básico del artículo 164.2, ya que se prescindía de la exigencia de la alteración del tipo constitucional vital y se incriminaban manipulaciones con finalidad científica, corriéndose el riesgo de coartar innecesariamente la investigación en este ámbito (*vid.* p. 243 del citado Informe). Además, el CGPJ consideró discutible la incriminación a título de imprudencia del artículo 164.3, estimando que sería suficiente con una referencia expresa al dolo eventual con un fórmula semejante a la del «temerario desprecio a las normas científicas y leyes de seguridad en la investigación» (*vid.* p. 244 del mencionado Informe).

El Título V del Libro II del Anteproyecto de CP de 1992, estaba integrado por otras figuras delictivas: «la aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo de una persona, sin consentimiento de sus progenitores» (art. 165); «la donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, fuera de los supuestos autorizados por la Ley» (art. 166); y «la práctica de inseminación artificial en una mujer, sin consentimiento» (art. 167).

La doctrina penal destacó las graves deficiencias técnicas de esta regulación del Anteproyecto del CP de 1992, como por ejemplo: la referencia a un inexistente «tipo constitucional vital»; la confusión que, en terminología médica común, propiciaba la incriminación de «la determinación del sexo de una persona»; o el limitado alcance del artículo 167, que se refería a la inseminación artificial como única técnica de reproducción asistida... (*vid.* por todos, PERIS RIERA, J. M., *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., pp. 135 ss., espec. p. 139).

minación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de siete a diez años»), terminado su configuración con un tipo imprudente (art. 167.3: «el que realice manipulaciones en genes humanos que, por imprudencia grave, causen un daño en el tipo vital, será castigado con multa de seis a quince meses e inhabilitación para profesión u oficio de siete meses a tres años, o suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años).

b) La aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo de una persona, sin consentimiento de sus progenitores, que –según el artículo 168– será castigada con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

c) La donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, fuera de los supuestos autorizados por la Ley, será castigada, conforme al artículo 169, con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

d) La conducta de practicar inseminación artificial en una mujer, sin su consentimiento, será castigada –según el artículo 170.1– con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de uno a cuatro años. Para proceder por este delito, según el artículo 170.2, será precisa denuncia de la persona agraviada. Cuando ésta sea menor de edad, también podrá denunciar el ascendiente y el Ministerio Fiscal. Por último, el artículo 170.3 establece que «el perdón del ofendido no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase».

La doctrina penal se mostró bastante crítica respecto de la regulación de los delitos relativos a la manipulación genética del Proyecto de CP de 1992, que procedía del Anteproyecto de CP del mismo año, debiendo destacarse como más relevantes las objeciones siguientes:

1.^a La confusión del Proyecto de 1992 en esta materia se aprecia ya en el propia rúbrica del Título V del Libro II del citado Proyecto, que hace inviable cualquier intento de clarificación acerca del bien jurídico protegido, integrando el mencionado Título conductas de contenido muy heterogéneo.

2.^a Se atenta contra el principio de intervención mínima del Derecho penal, lo cual se manifiesta en un doble sentido, por exceso y por defecto.

Por exceso, cuando se incriminan conductas que constituyen meras infracciones administrativas, como por ejemplo sucede con las previstas en el artículo 169 del Proyecto de CP de 1992, que nos conduce a una obligada remisión a la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos, o de sus células, tejidos u órganos, pudiendo dar lugar a la incriminación de infracciones de escasa entidad (33). Otro tanto puede decirse respecto de la incriminación de la figura delictiva relativa a la determinación del sexo de una persona sin el consentimiento de sus progenitores, prevista en el artículo 168 del Proyecto de 1992, y que podría tener respuesta suficiente con las sanciones administrativas recogidas en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de reproducción asistida humana (cfr. el art. 20.2.B.n), o, en su caso, con la aplicación del delito de coacciones (34). En el mismo sentido crítico, por atentar contra el principio de intervención mínima, se puede citar la incriminación de las conductas de manipulación de genes humanos que se realice con infracción de lo establecido en las leyes (art. 167.2), que condicionaría lamentablemente la libertad de investigación en el campo de la genética, pudiendo convertirse este tipo básico en un ejemplo de legislación simbólica (35).

Por defecto, el artículo 170 incrimina la conducta de inseminación artificial no consentida, dejando fuera del alcance del tipo supuestos en los que se puede lograr un embarazo no consentido a través de otras técnicas de reproducción asistida, como sería el caso del embarazo logrado mediante la fecundación in vitro con posterior transferencia no consentida de embriones (36). Por otra parte, un sector doctrinal (37) echa en falta que el Proyecto de 1992 no hubiese criminalizado ciertas conductas, como son la creación de híbridos entre seres humanos y animales, o la clonación (la creación de seres humanos idénticos), que por su especial gravedad merecían ser punibles.

3.ª La regulación de esta materia por el Proyecto de 1992 adolece de una deficiente técnica legislativa, que se constata, entre otros, en los aspectos siguientes: el abuso de la criticable técnica de la ley penal en blanco, que se concreta en la configuración del tipo básico del delito de manipulación genética en sentido estricto (arts. 167.2: «cual-

(33) Vid. en este sentido crítico, ROMEO CASABONA, C. M., *Límites penales de la manipulación genética*, en AA.VV., «El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano», III, cit., p. 211.

(34) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *ob. ult. cit.*, p. 210.

(35) Vid. HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El Derecho Penal y la Genética*, 1995, p. 60.

(36) Vid. PERIS RIERA, J. M., *ob. ult. cit.*, pp. 155, 156.

(37) Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J., *Manipulación genética y reproducción asistida en la reforma penal española*, cit., p. 85.

quier otra manipulación de genes humanos, realizada con infracción de lo establecido en las leyes...») y en la figura delictiva prevista en el artículo 169 («la donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, fuera de los supuestos autorizados por la Ley...»); el uso de términos no acuñados en el lenguaje médico, como por ejemplo el de «tipo constitucional vital» (art. 167.1) o el de «tipo vital» (art. 167.3), que vienen a introducir conceptos jurídicos indeterminados, provocando una criticable inseguridad jurídica, al no poder inferirse su contenido del ordenamiento jurídico ni de las Ciencias Biomédicas (38); la improcedente referencia a la conducta de «aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo de una persona, sin consentimiento de sus progenitores» (art. 168), en lugar de aludir a la finalidad más precisa de seleccionar el sexo (39).

4.ª La falta de coordinación entre las infracciones punibles y las infracciones administrativas, así como el criticable solapamiento entre distintos preceptos penales (40). En este último sentido, cabe citar la conducta típica del artículo 169, que se refería a «la destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos», pudiendo llegar a coincidir con el contenido de otras figuras delictivas como las del delito de aborto o de lesiones al feto.

2.1.2. El Proyecto de CP de 1994 es el precedente inmediato del CP de 1995. En este Proyecto se optó por la inclusión de los delitos relativos a la manipulación genética en la legislación especial extrapenal, es decir, en las mencionadas leyes de 1988 existentes en España sobre esta materia (cfr. las Disposiciones finales 2.ª y 3.ª del Proyecto de CP de 1994) (41). Durante el trámite parlamentario se incluyeron esos delitos en el texto que daría lugar, posteriormente, al CP de 1995. Quienes siguieron de cerca la tramitación parlamentaria del Proyecto de CP de 1994, han afirmado (42) que «los delitos de manipulación genética, inexistentes en el PCP, no se incluyen en el informe de la

(38) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., en *DS*, vol. 4, núm. 2, jul-dic. 1996, p. 171.

(39) Vid. PERIS RIERA, J. M., *ob. ult. cit.*, p. 150.

(40) Vid. entre otros, CUERDA RIEZU, A., *Los delitos relativos a la manipulación genética y a la inseminación artificial no consentida en el Proyecto de Código Penal de 1992*, en AA.VV., «El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano», III, cit., p. 228; ROMEO CASABONA, C. M., *Límites penales de la manipulación genética*, cit., p. 211; GONZÁLEZ CUSSAC, J., *ob. ult. cit.*, pp. 85 y 86; MORILLAS CUEVA, L/BENÍTEZ ORTÚZAR, I., *Límites penales a la experimentación genética humana*, en AA.VV., «El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano», III, cit., p. 253.

(41) Vid. *supra* nota 19.

(42) Vid. LÓPEZ GARRIDO, D./GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador español*, 1996, p. 100.

Comisión de Justicia e Interior, resultando aprobada su incorporación en la Sesión del Pleno de 27 de junio de 1995 (P/158/8396, en la que se vota como Título IV bis), sin suscitar especial debate».

El Título V del Libro II del CP de 1995 regula los «delitos relativos a la manipulación genética» (arts. 159 a 162). Dentro de esta regulación podemos destacar los aspectos siguientes:

1.º La rúbrica del Título V del Libro II del CP de 1995, «Delitos relativos a la manipulación genética» (43), no se corresponde con su contenido, pues en el mencionado Título sólo un precepto —el artículo 159 del CP («manipular genes humanos, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, de manera que se altere el genotipo», tipo doloso del art 159.1, y «si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave», tipo imprudente del artículo 159.2)— recoge comportamientos que integran la conducta de manipulación genética en sentido estricto, es decir, de transformación del patrimonio genético del ser humano (44).

La realización de las otras conductas típicas, contempladas en el citado Título, no presuponen la manipulación genética, en sentido estricto —por ejemplo: «la utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana» (art. 160), o «la práctica de reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento» (art. 162)—, o no la llevan consigo necesariamente, como es el caso de «la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación» o el de «la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de raza» (art. 161). Por lo tanto, el legislador español de 1995 ha utilizado la expresión de manipulación genética, en la rúbrica del Título V, en un sentido amplio (45).

(43) Esta rúbrica del Título V se debe a la enmienda núm. 312 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (GPS) en el Senado, que defendía sustituir la «De la manipulación genética» del texto del Proyecto de CP remitido por el Congreso de los Diputados, justificándose tal enmienda en los siguientes términos: «La manipulación genética no es delictiva. Sin embargo, con ocasión de la misma sí pueden cometerse delitos».

(44) En este sentido, *vid.* entre otros, ROMEO CASABONA, C. M., *Del Gen al Derecho*, cit., p. 461; VALLE MUÑIZ, J. M., AA.VV., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., pp. 1768 y 769).

(45) *Vid.* CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, en *Rev. Der. Gen. H* 5/1996, p. 59. Por su parte, Lacadena, en *Delitos relativos a la manipulación genética en el nuevo Código Penal español: un comentario genético*, *Rev. Der. Gen. H* 5/1996, p. 209, afirma que «dado que el Título V del Código Penal se hace referencia tanto a la manipulación de genes humanos (art. 159.1) como a la manipulación de gametos (art. 161.1) y de embriones (art. 161.2 y DF 3.º) e, incluso a la utilización de las téc-

2.º La doctrina penal española dominante coincide en señalar que no es posible encontrar un bien jurídico común que aglutine e informe las distintas figuras delictivas que integran el Título V del Libro II del CP de 1995 (46). Así, se señala que mientras en el artículo 159 del CP se protege la «inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano» (47), en los demás preceptos del Título V se tutelan otros intereses. En el artículo 160 del CP se protege el interés supraindividual de «las condiciones de supervivencia de la especie humana», que puede ponerse en peligro a través del uso de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, y cuya ubicación sistemática adecuada sería más bien dentro del Título XXIV («Delitos contra la Comunidad Internacional») del Libro II del CP, y no en este Título V (48); en el artículo 161 del CP se tutelan, por un lado, «el interés estatal» de controlar las técnicas de reproducción asistida y limitar toda fecundación de óvulos humanos a la finalidad de procreación humana, pensando en «la intangibilidad del patrimonio genético (art. 161.1 del CP) (49),

nicas de ingeniería genética molecular de forma que afectaran a poblaciones humanas (art. 160), se infiere que debe aplicarse el término manipulación genética que encabeza el Título V su significación más amplia». Como advierte MANTOVANNI, en *Rev. Der. Gen. H.* 1/1994, cit., p. 94, la manipulación genética en su significado más amplio abarca también las manipulaciones de los gametos y de los embriones (no siempre dirigidas a la modificación del patrimonio genético), así como las técnicas de reproducción asistida, en las que existe sólo una manipulación germinal u obstétrica y que no pertenecen a las manipulaciones genéticas en sentido estricto, pues no modifican el patrimonio genético.

(46) Vid. entre otros, GRACIA MARTÍN, L., AA.VV., *Comentarios al Código Penal*, PE, I, Valencia 1997, p. 658; ROMEO CASABONA, C. M., *DS*, vol. 4, núm. 2, julio-diciembre 1996, cit., pp. 171 y 172; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, PE, 12.ª ed., 1999, p. 141. Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en AA.VV., *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, Valencia 1996, pp. 820 ss., donde se defiende que la vida prenatal humana puede ser considerada el bien jurídico común en las conductas de manipulación genética. Vid., críticamente, con razón, sobre esta tesis, VALLE MUÑOZ, J. M., en AA.VV., *Comentarios*, cit., pp. 767 y 768.

(47) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, 1994, pp. 370 y 371; VALLE MUÑOZ, J. M., *ob. ult. cit.*, p. 769.

(48) Vid., en este sentido, entre otros, ROMEO CASABONA, C. M., *DS*, vol. 4, núm. 2, jul.-dic. 1996, p. 172; GRACIA MARTÍN, L., *ob. ult. cit.*, p. 673; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, PE, 3.ª ed., 1996, p. 50.

(49) Vid. GRACIA MARTÍN, L., *ob. ult. cit.*, p. 685, donde se alude como bien jurídico al «interés del Estado en el control y limitación del uso y aplicación de las técnicas de reproducción asistida a las finalidades de la reproducción humana». En realidad, el CP de 1995 adelanta aquí, en el artículo 161.1, y de forma desmesurada, la intervención punitiva del Estado, creando un verdadero delito obstáculo, al incriminar la fecundación asistida con finalidad distinta a la procreación humana, que

y por otra parte, «la identidad e irrepitibilidad del ser humano» (art. 161.2 del CP) (50); y por último, en el artículo 162 del CP se protege «la libertad procreativa» de la mujer, que ha quedado embarazada sin su consentimiento (51).

3.º Estamos ante delitos comunes, que podrán ser realizados por cualquiera, aunque si tenemos presente el dato de las graves penas de inhabilitación especial «para empleo o cargo público, profesión y oficio» que, junto a las correspondientes de prisión, están previstas para esta clase de delitos, nos indica que el legislador de 1995 está pensando en unos destinatarios muy concretos, es decir, en los profesionales que, de acuerdo con la legislación especial (leyes de 1988), están, en principio, legitimados para la utilización y la aplicación de determinadas técnicas genéticas (52). Aquí, conviene advertir que el CP de 1995 no trata de criminalizar las técnicas genéticas o de reproducción asistida, sino su uso o aplicación indebida con finalidades no amparadas jurídicamente e incompatibles con los principios informadores y derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (53).

4.º La regulación de los delitos de manipulación genética en el CP de 1995 ha supuesto un avance importante respecto de la panorámica que en esta materia nos ofrecían anteriores textos prelegislativos (54). Así, desde el punto de vista que se deriva de las exigencias del principio de legalidad, el CP de 1995 no abusa de la técnica de

implica un riesgo muy remoto para el patrimonio genético humano y, por ello, hace difícilmente justificable la tutela penal (vid. por todos, VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios*, cit., pp. 774 y 775).

(50) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *Del gen al Derecho*, cit., p. 467; CUESTA ARZAMENDI, J. L., *Rev. Der. Gen. H.*, 5/1996, p. 68; PERIS RIERA, J. M., *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 181.

(51) Vid. GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios*, PE, I, cit., pp. 694 y 695.

(52) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *DS*, vol. 4, núm. 2, jul-dic. 1996, p. 171, destacando que los destinatarios son los mismos que los de las leyes especiales de 1988, y por ello tal vez hubiera sido más oportuno haber mantenido el propósito inicial de incorporar los tipos correspondientes a las leyes especiales. Este es, en efecto, uno de los argumentos a favor de incorporar las nuevas figuras delictivas de manipulación genética a la legislación especial de 1988, pero no es el único ni el más importante, pudiendo señalarse —entre otros— la nota de mutabilidad constante que es inherente al ámbito de las técnicas genéticas y su difícil compatibilidad con la vocación de permanencia propia del CP.

(53) Vid., por todos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal*, PE, pp. 140 y 141.

(54) Se pronuncian en un sentido positivo respecto de la regulación ofrecida por el CP de 1995 sobre esta materia, mejorando el texto del Proyecto de 1992, entre otros, CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, *Rev. Der. Gen. H.* 5/1996, pp. 56 y 57; ROMEO CASABONA, C. M., *ob. ult. cit.*, p. 170; RUIZ VADILLO, E., AA.VV., *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, II, edit. Trivium 1997, p. 1946.

ley penal en blanco y es mucho más preciso en la configuración del tipo básico (art. 159 del CP) de los delitos relativos a la manipulación genética, requiriendo la producción del resultado de «alterar» el genotipo, aunque —como veremos en el siguiente apartado— el nuevo precepto no está exento, por su desmesurado ámbito de aplicación, de ciertas críticas. Por otra parte, el CP de 1995 es más respetuoso que el P. de 1992 con el principio de intervención mínima, en cuanto hace desaparecer el tipo básico como delito de mera actividad y constitutivo de una mera infracción administrativa (art. 167.2 del P. de 1992), o cuando, acertadamente, suprime las discutibles figuras delictivas previstas en los artículos 168 —«aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo de una persona, sin consentimiento de sus progenitores»— y 169 —«donación, utilización o destrucción de embriones y fetos humanos, o de sus células, tejidos u órganos, fuera de los supuestos autorizados por la Ley»— del Proyecto de CP de 1992. Sin embargo, el CP de 1995 pone en entredicho el principio de intervención mínima: por exceso, cuando por ejemplo incrimina y castiga con gran rigor punitivo (prisión de uno a cinco años, además de la correspondiente pena de inhabilitación especial de siete a diez años) la conducta de «fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana» (art. 161.1 del CP) (55), o al incriminar a título de imprudencia la conducta de manipulación genética en el artículo 159.2 del CP (56); y por defecto, al no haber incriminado expresamente las conductas relativas a la creación de híbridos o quimeras y a la transferencia al útero materno de un preembrión que haya sido objeto de investigación o experimentación no autorizada (57).

(55) La criminalización de toda fecundación asistida con fines distintos a la procreación humana, prevista en el artículo 161.1 del CP, ha merecido las críticas de un sector doctrinal que la considera difícilmente justificable, y más todavía su excesivo rigor punitivo, reclamándose una interpretación restrictiva del tipo, como sería la concurrencia de una situación de peligro para la intangibilidad del patrimonio genético. Vid. VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios*, cit., pp. 774 y 775; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español*, PE, cit., p. 53.

(56) Así, por ejemplo, VALLE MUÑIZ, en *ob. ult. cit.*, p. 771, considera que la opción a favor de la relevancia penal de la modalidad imprudente es más que discutible. Por su parte, SÁNCHEZ-JUNCO MANS, en AA.VV., *Código Penal de 1995 (comentarios y jurisprudencia)*, Granada 1998, p. 1003, estima que «resulta dudosa la oportunidad de contemplar este delito en su forma imprudente, pero en cualquier caso se trata de una decisión de política criminal a la que no debe ser ajena el carácter expansionista del presente Código en cuanto a la tipificación de conductas punibles».

(57) Vid. CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, *ob. ult. cit.*, pp. 74 y 75.

2.2 Los delitos relativos a la manipulación genética «en sentido estricto»

Aquí, como ya hemos señalado anteriormente, nos corresponde analizar las modalidades (dolosa e imprudente) delictivas de manipulación genética previstas en el artículo 159 del CP, pues sólo en este precepto se incriminan conductas constitutivas de manipulación genética «en sentido estricto», es decir, que llevan consigo una modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético.

El artículo 159.1 del CP castiga con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años a «los que, con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulan genes humanos de manera que se altere el genotipo».

El artículo 159.2 del CP incrimina expresamente la modalidad imprudente de manipulación genética, al castigar con la pena de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años, «si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave».

2.2.1 *El bien jurídico protegido en el artículo 159 del CP*

La doctrina penal dominante, como hemos señalado anteriormente, está de acuerdo en señalar las dificultades, por no decir la imposibilidad, de encontrar un bien jurídico común a todas las figuras delictivas previstas en el título V del Libro II del CP. Pues bien, a la hora de concretar el bien jurídico protegido en el tipo del artículo 159 del CP, la doctrina penal está dividida:

a) Un sector doctrinal minoritario considera (58) que en el artículo 159 del CP se protege como interés último la vida humana prenatal, aunque posteriormente se matiza tal aseveración, al señalar que el bien jurídico inmediatamente tutelado en el artículo 159 podría ser «la identidad genética», la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético, es decir, el derecho a no ser producto de patrones genéticos artificiales. Esta tesis doctrinal tiene el inconveniente de propiciar la confusión entre el tipo del artículo 159 del CP y los tipos correspondientes de las lesiones al feto y del aborto, aparte de que la conducta

(58) En este sentido, se pronuncia GONZÁLEZ CUSSAC, J., en AA.VV., *Comentarios*, I, Valencia 1996, p. 824.

de manipulación genética con alteración del genotipo no supone un ataque a la integridad de la vida prenatal (59).

b) Otro sector doctrinal estima (60) que el bien jurídico directamente protegido en el artículo 159 del CP es «el genotipo mismo», llegándose a confundir el objeto material del tipo con el bien jurídico protegido.

c) Un sector doctrinal mayoritario defiende (61) que el bien jurídico protegido en el artículo 159 del CP es «la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano», que es un interés supraindividual, relacionado con el modelo valorativo constitucional y cultural del ser humano digno y libre en el desarrollo de su personalidad (*vid.* art. 10.1 de la CE). El artículo 159 del CP recoge las modalidades –dolosa e imprudente– de ataque al mencionado bien jurídico supraindividual, adelantando las barreras de intervención del poder punitivo del Estado porque a través de la realización de la conducta típica –«manipular genes humanos, alterando el genotipo»– se atenta contra la esencia misma del ser humano. Se trata de castigar los ataques graves, que se llevan a cabo mediante intervenciones artificiales en el desarrollo natural del proceso de formación de la persona humana, contra la intangibilidad e inalterabilidad del patrimonio genético del individuo, portador de valores fundamentales como son la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad. En definitiva, el artículo 159 del CP pretende preservar el procedimiento natural de creación de la identidad genética del ser humano (62), y lo hace tutelando el mencionado interés supraindividual. La gravedad de las

(59) *Vid.* en este sentido crítico, VALLE MUÑIZ, J. M., AA.VV., *Comentarios*, Pamplona 1996, p. 770.

(60) *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., PE, cit., p. 141.

(61) *Vid.*, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J., en *ob. lug. ult. cit.*, al referirse al bien jurídico inmediatamente protegido en el artículo 159; VALLE MUÑIZ, J. M., *ob. ult. cit.*, p. 769; CUESTA ARZAMENDI, J. L., de la, *Rev. Der. Gen. H.* 5/1996, p. 62; GRACIA MARTÍN, L., en AA.VV., *Comentarios*, PE, I., cit., pp. 661 y 662, que se refiere al bien jurídico «individual» de la inalterabilidad e intangibilidad genética y a la dimensión colectiva que se tiene en cuenta como ratio de su tutela, en cuanto la alteración del patrimonio genético puede afectar –al transmitirse por descendencia– a la identidad genética de toda la especie humana; ROMEO CASABONA, C. M., *DS*, vol. 4, núm. 2, jul-dic. 1996, p. 173, que alude a una doble perspectiva del bien jurídico protegido en el artículo 159: la individual, referida a la integridad genética del embrión preimplantatorio, el embrión y el feto y el ser humano nacido; y la colectiva, referida a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético de la especie humana; y CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, p. 232, que se refiere a la identidad de la especie humana como bien jurídico protegido en el artículo 159.

(62) *Vid.* VALLE MUÑIZ, J. M., AA.VV., *Comentarios*, cit., p. 770.

penas previstas en el tipo doloso del artículo 159.1 del CP, superior a las de los tipos dolosos de los delitos de aborto consentido (art. 145.1 del CP) y de lesiones al feto (art. 157 del CP), nos permite explicar y fundamentar mejor el bien jurídico supraindividual protegido en los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto. Ese rigor punitivo y el amplio ámbito de aplicación del artículo 159 del CP, nos debe llevar a interpretar restrictivamente el tipo (63).

2.2.2 *Los elementos objetivos del artículo 159 del CP*

a) La conducta típica. El artículo 159.1 del CP se refiere a la conducta de manipular genes humanos (desvalor de acción) de tal manera que se altere el genotipo (desvalor de resultado), siempre que se lleve a cabo con finalidad distinta a «la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves» (elemento subjetivo del tipo).

La acción típica se refiere a la manipulación de genes humanos, quedando sin determinar el contenido material de qué debemos entender por «manipular genes humanos», aunque puede ser interpretada, en principio, en el sentido de aquella intervención directa sobre los mismos a través de la supresión, adición, sustitución o modificación de los genes humanos (64).

Un primer problema, interpretativo sobre la acción típica, se refiere al significado del verbo «manipular», que no puede ser clarificado por su sentido literal, es decir, entendido como «operar con las manos, o con cualquier instrumento» (65). La acción típica de «manipular genes humanos», que tiene una gran amplitud (66), podrá y deberá ser deli-

(63) *Vid.*, en este sentido, CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, *Rev. Der. Gen. H.*, 5/1996, p. 63; ROMEO CASABONA, C. M., *Del gen al Derecho*, cit., p. 464; y VALLE MUÑIZ, J. M., *ob. ult. cit.*, pp. 769 y 770.

(64) *Vid.* ROMEO CASABONA, C. M., en *DS*, vol. 4, núm. 2, jul.-dic. 1996, p. 174.

(65) *Vid. Diccionario* de la RAEL, II, 20 edic., 1984, p. 867. La referencia del artículo 159 del CP al verbo manipular, ha sido considerada como poco apropiada, pues no parece muy técnica y contradice las recomendaciones de distintos organismos internacionales que apuntan la conveniencia de usar un término con menor carga peyorativa (*vid.*, entre otros, PERIS RIERA, J. M., *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 144).

(66) En este sentido, ROMEO CASABONA, en *Del gen al Derecho*, cit., pp. 463 y 464, advierte que dada la amplitud de redacción del tipo se pueden admitir varias hipótesis de manipulaciones de genes humanos: 1) en el ser humano ya nacido (intervenciones genéticas en la línea somática), que de ser posible y si se llevara a cabo con finalidad distinta a la prevista en el CP, debería remitirse a los delitos de lesiones corporales, incluso si se practicara contra un grupo racial o étnico, al delito de genocidio; manipulaciones sobre gametos humanos, que puede dar lugar a su penalización

mitada por la exigencia del resultado típico («de manera que altere el genotipo») (67), así como también por la exigencia del elemento subjetivo («con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves») (68).

por este tipo delictivo, aunque sería excesivo si se realiza sólo con fines de investigación y no se tiene el propósito de utilizarlos posteriormente para la reproducción humana; y 3) la manipulación sobre embriones o fetos: en cuanto a los embriones, estaría justificada la tipificación si aquellos se encontraran todavía *in vitro* y fueran destinados a la reproducción humana, pero el CP estaría tomando partido contra la investigación genética que comportara la alteración del genotipo, lo cual no está prohibido por las leyes de 1988, al menos si los embriones *in vitro* fueran inviables, y por lo que respecta a los embriones implantados y fetos, su integridad estaría tutelada por el delito de lesiones al feto y, en su caso, por el aborto si se afecta a su vida.

En realidad, si se procede a una interpretación literal del tipo, cualquier manipulación de genes humanos realizada con finalidad distinta a la terapéutica, consignada en el tipo, podrá ser delictiva, pues llevará consigo la alteración del genotipo, siendo delictivo por ejemplo, según destaca PERIS RIERA en *ob. ult. cit.*, pp. 174, 175, el manipular en una célula epitelial humana que el investigador tenga para su cultivo en el laboratorio. Lo que parece evidente es que integran el tipo del artículo 159 del CP los supuestos de ingeniería genética perfecta, es decir, las conductas de aplicación de las técnicas de terapia génica para corregir la información genética de una persona sana con objeto de producir una estimulación de su fenotipo normal o con connotaciones eugenésicas (*vid.* en este sentido, LACADENA, J. R., en *Rev. Der. Gen. H.* 5/1996, *cit.*, p. 210, y ROMEO CASABONA, C. M., en *DS*, vol. 4, núm. 2, jul.-dic. 1996, *cit.*, p. 173).

(67) *Vid.* GRACIA MARTÍN, L., AA.VV., *Comentarios*, PE, I, *cit.*, p. 665. Sin embargo, la referencia del artículo 159 del CP al resultado de alteración del genotipo provoca no pocos problemas para la delimitación de este tipo penal, pues el término genotipo se refiere al conjunto de genes que se encuentra en el ADN de los cromosomas de cada célula, por lo que, en principio, cualquier manipulación genética producirá la alteración del genotipo de cualquier célula y podrá realizar el tipo del artículo 159 del CP (*vid.*, en este sentido crítico, entre otros, CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, en *Rev. Der. Gen. H.*, 5/1996, *cit.*, p. 63, y PERIS RIERA, J. M., *ob. ult. cit.* p. 174). Lo que sí cabe destacar es la mejoría del texto del CP de 1995 respecto de otros proyectos anteriores: por un lado, la consumación del tipo de manipulación genética no se produce con la conducta de mera manipulación de genes humanos, requiriéndose ahora que se produzcan además el resultado de alteración del genotipo; y, por otra parte, se sustituye el indefinido y criticable término de «tipo constitucional vital», cuyo contenido no podía inferirse de las Ciencias Biomédicas ni del ordenamiento jurídico, por el más preciso de «genotipo».

(68) *Vid.* VALLE MUÑOZ, J. M., *Comentarios*, Pamplona 1996, p. 770. La Resolución del Parlamento Europeo sobre problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, de 16.3.1989, ha propugnado la reconsideración de los conceptos de enfermedad y de tara genética para evitar el peligro de que se definan en términos médicos como enfermedades o taras lo que no son sino simples desviaciones de la normalidad genética. El legislador español de 1995, al concretar el mencionado elemento subjetivo del artículo 159 del CP, utiliza una técnica legislativa criticable por la indeterminación de los términos utilizados, que será fuente de inseguridad jurídica.

El resultado típico consiste en «la alteración del genotipo», como consecuencia de la manipulación de genes humanos. Entre la acción de manipular genes humanos y el resultado de alteración del genotipo ha de concurrir una relación de causalidad, debiendo requerirse también el correspondiente nexo de antijuricidad, es decir, de imputación objetiva del resultado al sujeto activo (la creación de un peligro para el bien jurídico no amparado por un riesgo permitido, que se materializa en el resultado típico y éste se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma). En esta materia, sobre el alcance del tipo objetivo del artículo 159 del CP, han de tenerse muy en cuenta las exigencias de ofensividad o de lesividad que debe tener la conducta para ser considerada jurídicopenalmente relevante (69).

La alteración del genotipo consiste en una alteración, en principio, permanente, del patrimonio genético de un ser humano (70). Por lo tanto, sólo serán jurídicopenalmente relevantes, como destaca cierto sector doctrinal (71), aquellas conductas de manipulación de genes

(69) Así se manifiestan, entre otros, VALLE MUÑOZ, J. M. en *ob. lug. ult. cit.*, («tan sólo aquellas conductas con capacidad objetiva para imposibilitar, alterar o modificar el desarrollo natural del proceso de formación del ser humano, presentan el suficiente grado de desvalor para ser prohibidas penalmente»); ROMEO CASABONA, C. M., en *DS*, vol. 4, núm. 2, jul-dic. 1996, p. 174, quien, al fijar el alcance del término genotipo, se refiere, con razón, a la necesidad de excluir del ámbito típico las conductas inocuas o insignificantes, en atención al bien jurídico que se pretende proteger y a la gravedad de las penas establecidas. De esta manera, Romeo Casabona está aludiendo al principio de insignificancia como causa de atipicidad, que permite excluir de la tipicidad penal los supuestos de injusto-bagatela, en atención al mínimo grado de injusto que en el caso concreto nos presenta la conducta formalmente típica (sobre este principio, *vid.*, entre nosotros, LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal*, PG, I, 1996, pp. 565 y 566); y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en *Comentarios al Código Penal de 1995*, I, *cit.*, p. 825, quien declara que «sólo una interpretación que vincule el bien jurídico específico o inmediato (la identidad genética) con un bien jurídico común o mediato (la vida prenatal), desde una construcción de delito de lesión y resultado, se muestra capaz de limitar la intervención penal en esta materia, y a la vez, permite una exégesis en armonía con las disposiciones constitucionales y con su desarrollo en las dos leyes específicas de 1988». Esta última tesis doctrinal tiene el inconveniente, ya apuntado con anterioridad en el texto (al referirnos al bien jurídico protegido en el art. 159 del CP), de provocar cierta confusión entre el tipo del artículo 159 y los tipos correspondientes de lesiones al feto y del aborto, cuando relaciona el bien jurídico («mediato») protegido en el artículo 159 con «la vida prenatal», aunque lleva razón cuando señala la necesidad de una interpretación restrictiva del artículo 159 del CP que tenga en cuenta la normativa especial extrapenal (leyes de 1988) sobre esta materia y el respeto del derecho fundamental, constitucionalmente reconocido, a la creación y producción científica.

(70) *Vid.* ROMEO CASABONA, C. M., *ob. lug. ult. cit.*

(71) *Vid.* VALLE MUÑOZ, J. M., *ob. ult. cit.*, p. 770.

humanos que modifiquen el desarrollo biológico embrionario, de tal forma que alteren artificialmente la conformación del patrimonio genético humano. Cierta sector doctrinal ha criticado (72) que el legislador español no haya distinguido entre la manipulación de genes humanos con alteración del patrimonio genético humano que afecte a las células germinales o sexuales, que se transmite a toda la descendencia, y la que opere en las células somáticas, del tejido corporal, que afecta sólo al sujeto que las posee y no tiene trascendencia hereditaria.

La simple manipulación de genes humanos sin alteración del genotipo podrá ser calificada, conforme al artículo 16 del CP, como tentativa punible (73).

La conducta típica del artículo 159 del CP sólo admite la comisión activa, debiendo excluirse la posibilidad de realización de este tipo por omisión (74).

El objeto material de la acción típica del artículo 159 está integrado por los genes humanos (relacionados con el preembrión, el embrión, el feto o el ya nacido), sobre los que recae la acción de manipular (75), la cual para ser consumada requiere la alteración del genotipo.

(72) Vid. PERIS RIERA, J. M., *La regulación penal de la manipulación genética en España*, cit., p. 176, y VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, cit., p. 769. Por otra parte, GRACIA MARTÍN, en *Comentarios*, PE, I, cit., nota 21, p. 664, considera correcto que, dada la trascendencia del bien jurídico implicado, no se distinga, y que la manipulación de las células somáticas con alteración de su genotipo sea una conducta típica que deba reconducirse luego en cada caso al ámbito de las causas de justificación. Desde la perspectiva genética, LACADENA, en *Rev. Der. Gen. H.* 5/1996, p. 210, estima como comprensible que en la normativa jurídica no se haga distinción entre la terapia génica somática y la germinal, aunque la valoración ética de ambas pueda ser diferente. El Parlamento Europeo distingue en cuanto a la relevancia de las intervenciones genéticas en línea somática y en línea germinal: mientras que la transferencia génica en células somáticas humanas pueden considerarse como una forma de tratamiento básicamente defendible, bajo ciertas garantías, las intervenciones de la ingeniería genética en línea germinal humana deberían prohibirse, requiriéndose la penalización de toda transferencia de genes a células germinales humanas (vid. Resolución del Parlamento Europeo sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética, de 16.3.1989. Cfr. en el mismo sentido, la Resolución del Parlamento Europeo sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en el marco de la aplicación de la Biología y de la Medicina, de 20.9.1996).

(73) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *DS*, vol. 4, núm. 2 /jul.-dic. 1996, p. 174.

(74) Vid. GRACIA MARÍN, L., *ob. ult. cit.*, p. 666.

(75) De otra opinión, entre otros, ROMEO CASABONA, en *ob. lug. ult. cit.*, que considera como objeto material de la acción típica «el cuerpo de una persona, el embrión implantado o feto viables que se encuentren en el cuerpo de una mujer y los gametos y el embrión *in vitro* viables utilizados en el laboratorio. GONZÁLEZ CUS-

b) Los sujetos. El sujeto activo, de acuerdo con la fórmula indiferenciada del tipo del artículo 159 del CP («los que...»), podrá serlo cualquiera. Estamos, por lo tanto, ante un delito común, en el que cualquiera puede ser sujeto activo. Sin embargo, como destaca un sector doctrinal (76), lo normal será que, teniendo en cuenta las características de la conducta típica (la compleja acción de manipular genes humanos, con alteración del genotipo) y la pena prevista de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio, los sujetos activos de este delito sean científicos de alta cualificación o médicos especialistas en materias relativas al mundo de la genética. Por otra parte, no se puede dejar en el olvido que la realización de estas conductas típicas se llevará a cabo en régimen de equipo (77), es decir, por un grupo de personas, planteándose aquí los importantes problemas de individualización de responsabilidades penales en las que pueden incurrir cada miembro del correspondiente equipo científico (principios de división de trabajo y de confianza) (78).

El sujeto pasivo de este delito será, de acuerdo con la tesis sostenida acerca del bien jurídico protegido, la sociedad o la comunidad

SAC, J. L. *Comentarios*, I, cit., p. 824 y GRACIA MARTÍN, L., *ob. cit.*, p. 663, consideran que el objeto material del delito es «el genotipo», que ha de entenderse como genotipo de un ser humano.

(76) *Vid.* en este sentido, entre otros, HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El Derecho Penal y la Genética*, 1995, pp. 237 y 238; ROMEO CASABONA, C. M., *Del gen al Derecho*, cit., p. 466; y GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios*, PE, I, cit., pp. 662 y 663. Por su parte, GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios*, I, cit., p. 826, considera que estamos ante un delito especial, pues no todas las personas poseen la formación necesaria para poder realizar la conducta típica, lo cual se confirma por las exigencias de la legislación especial, por la pena de inhabilitación especial y por la incriminación expresa de la imprudencia grave. Esta interpretación restrictiva del sujeto activo de este delito no puede ser compartida, pues no se ajusta a la letra de la ley, que en el artículo 159 del CP utiliza la fórmula típica indiferenciada propia de los delitos comunes.

(77) *Vid.* en este sentido, GRACIA MARTÍN, L., *ob. cit.*, p. 669.

(78) Sobre esta problemática, *vid.*, en la doctrina penal alemana, entre otros, STRATENWERTH, G., *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, FS f. Eb. Schmidt, 1961, pp. 383 ss.; KAMPS, H., *Ärztliche Arbeitsteilung und strafrechtliches Fahrlässigkeit*, 1981; WILHELM, D., *Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin*, 1984; ULSENHEIMER, K. L., *Arztstrafrecht in der Praxis*, 2.ª ed., 1998, pp. 119 ss.; PETER, A. M., *Arbeitsteilung im Krankenhaus aus strafrechtlicher Sicht: Voraussetzungen und Grenzen des Vertrauensgrundsatzes*, 1992. En nuestra doctrina, *vid.*, entre otros, ROMEO CASABONA, C. M., *El médico y el Derecho penal*, I, 1981, pp. 247 ss.; JORGE BARREIRO, Ag., *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, pp. 113 ss.; el mismo, *Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: la culpa en el equipo médico-quirúrgico*, en AA.VV., *Responsabilidad del personal sanitario*, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid 1995, pp. 361 ss.

humana (79), como titular del interés tutelado, que es la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano. Para un importante sector de nuestra doctrina (80) hay que distinguir, según la dimensión individual y colectiva del bien jurídico: en el primer caso (aspecto individual), serán sujetos pasivos el preembrión, el embrión, el feto o el individuo ya nacido; y desde la perspectiva supraindividual del bien jurídico, el sujeto pasivo será toda la especie humana.

2.2.3 *Los elementos subjetivos del artículo 159 del CP*

La parte subjetiva del tipo de injusto del artículo 159.1 del CP está integrada por el dolo y por el elemento subjetivo del tipo, formulado negativamente, de que se lleve a cabo la conducta típica «con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves», es decir, con finalidad no terapéutica.

El dolo, que podrá ser directo o eventual (81), requiere la conciencia y la voluntad de manipular genes humanos que determina la alteración del genotipo.

El artículo 159.1 del CP exige además que la conducta típica se realice con una finalidad no terapéutica, es decir, «con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves». Estamos ante un elemento subjetivo del tipo y si llegase a concurrir la finalidad terapéutica descrita daría lugar a la atipicidad de la conducta (82). Un

(79) En este sentido, MORILLAS CUEVAS, L., AA.VV., *Curso de Derecho penal español*, PE, I, 1996, p. 182, señalando que el sujeto pasivo será la comunidad social, como titular del bien jurídico protegido, que en el artículo 159 es «la integridad de la especie y su normal desarrollo» (*ob. cit.*, p. 181).

(80) *Vid.*, entre otros, ROMEO CASABONA, C. M., *DS*, vol. 4, núm. 2 jul.-dic. 1996, p. 173; GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios*, PE, I, cit., pp. 661 y 662; CUESTA ARZAMENDI, J. L., en *Rev. Der. Gen. H.*, 5/1996, cit., p. 62; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal*, PE, 3.ª ed., cit., p. 50.

Por su parte, GONZÁLEZ CUSSAC, en *Comentarios*, I, cit., p. 824, después de afirmar que el bien jurídico común a todas las conductas del Título V del Libro II del CP es «la vida humana prenatal», considera que el bien jurídico inmediatamente tutelado en el artículo 159 podría ser «la identidad genética», o si se prefiere, «la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético, esto es, el derecho a no ser producto de patrones genéticos artificiales».

(81) *Vid.* en este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios*, I, cit., p. 827. En contra de apreciar dolo eventual, QUERALT JIMÉNEZ, en *PE*, 3.ª ed., cit., p. 50, y, MORILLAS CUEVAS, L., en AA.VV., *Curso de Derecho Penal*, P. E., I, cit., p. 183.

(82) Así lo entienden, entre otros, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios*, I, cit., p. 826; ROMEO CASABONA, C. M., *DS*, vol. 4, núm. 2 jul.-dic. 1996, p. 174; VALLE MUÑOZ, J. M., *Comentarios*, cit., p. 771; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *ob. lug. ult. cit.*

sector doctrinal minoritario considera (83) que esta tesis de la atipicidad debe revisarse, teniendo en cuenta la gravedad del hecho objetivo de alterar el genotipo (el patrimonio genético) de la persona, y propone relegar el elemento subjetivo de la finalidad terapéutica a las valoraciones propias de la antijuricidad, operando como un elemento subjetivo de justificación. A esta última posición doctrinal se le podría objetar que no se ajustaría a la voluntad del legislador español de 1995, que parece limitar el alcance del artículo 159.1 del CP a la conducta de manipulación de genes humanos que altere el genotipo y siempre que se lleve a cabo con finalidad distinta a la terapéutica de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves, es decir, si concurre esta finalidad la conducta podría ser considerada socialmente adecuada y dejará de ser típica.

Por otra parte, de acuerdo con el principio de intervención mínima del Derecho penal, es cuestionable postular la relevancia jurídico penal (la tipicidad) de conductas con la mencionada finalidad terapéutica, en las que podría faltar el dolo típico, es decir, un elemento fundamental de la parte subjetiva del tipo de injusto del delito doloso previsto en el artículo 159.1 del CP, que no sería fácilmente compatible con la concurrencia de la finalidad curativa que hubiera guiado la conducta del autor. La sugerente posición doctrinal comentada puede tener su fundamentación en la perspectiva supraindividual del bien jurídico protegido.

En cuanto a la determinación del contenido de este elemento subjetivo del tipo, conviene tener presente no sólo el estado de la cuestión en el plano científico, sino también la regulación del uso de las técnicas genéticas en la legislación especial (84). La mención exclusiva por parte del CP a la finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, debe llevar a sostener que serán típicas, de acuerdo con una interpretación a *contrario sensu*, las prácticas perfectivas, de mejora o de eugenesia positiva (85). Resulta criticable que

(83) Vid. GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios*, PE, I, cit., pp. 667 y 668.

(84) Vid. en este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *PE*, 12.ª ed., cit., p. 143, y VALLE MUÑIZ, J. M., *ob. cit.*, p. 770, quien destaca que el contenido del tipo subjetivo debe ser integrado por las previsiones de las leyes 35/1988 y 42/1988. Cfr. artículos 12-16 de la Ley 35/1988 (LTRA) y artículos 5-8, especialmente el artículo 8.2 letras a) y c), de la Ley 42/1988 (LDUEF).

(85) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *ob. lug. ult. cit.* En el mismo sentido se manifiesta LACADENA, en *Rev. Der. Gen. H* 5/1996, p. 210, al afirmar que está claro que el artículo 159.1 del CP declara punible la ingeniería génica perfectiva, es decir, la aplicación del técnicas de terapia génica para corregir la información genética de una persona sana con objeto de producir una estimulación de su fenotipo normal o con connotaciones eugenésicas.

el legislador español haga uso de criterios indeterminados a la hora de describir la finalidad no terapéutica de la conducta de manipulación de genes humanos, como es el caso de la referencia normativa de «graves» respecto de las enfermedades, cuya concreción puede revestir cierta dificultad (86), debiendo tener en cuenta los tribunales de justicia las orientaciones que les proporciona la legislación especial (87) y el asesoramiento de los peritos en esta materia (88). Lo mismo puede afirmarse respecto de la mención a «las taras» que hace el legislador en el artículo 159 del CP.

En todo caso, conviene tener presente que algunos comportamientos típicos —de manipulación de genes humanos, que alteren el genotipo— llevados a cabo con finalidad distinta a la descrita en el artículo 159.1 del CP, podrán ser lícitos si están autorizados por la legislación especial, y a tal efecto se integrarán en la causa de justificación, prevista en el artículo 20.7.º del CP, del ejercicio legítimo de la profesión (89).

2.2.4 *La modalidad imprudente del artículo 159.2 del CP*

El artículo 159.2 del CP incrimina expresamente la conducta de manipulación genética en sentido estricto, la que lleva consigo la modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético del ser humano, siempre que se produzca el resultado de alteración del genotipo por imprudencia grave, es decir, por la antigua modalidad de imprudencia temeraria. Según nuestro TS «la imprudencia es de carácter temerario cuando el comportamiento del autor ha infringido deberes de cuidado destinado a la protección de bienes jurídicos especialmente

(86) En este sentido, DE LA CUESTA ARZAMENDI, en *Rev. Der. Gen. H.* 5/1996, p. 64, considera que sigue siendo problemática la referencia a la gravedad, cuando se piensa que, en principio, la terapia génica debería ser lícita, y sin duda el criterio de la gravedad dará lugar a no pocas vicisitudes interpretativas.

(87) *Vid.* ROMEO CASABONA, C. M., *DS*, vol. 4, núm. 2 jul.-dic. 1996, p. 174, quien destaca que, al no existir una remisión expresa del CP a las leyes especiales de 1988 en esta materia, la referencia normativa que pueda extraerse de las normas extrapenales cumplirá sólo una función orientativa para el juez, como sería en los casos de duda, y deberá determinarse con asistencia pericial. Cfr. especialmente el artículo 13.3 de la Ley 35/1988 (LRA) y *Disposición Adic. 1.º, b)* de la Ley 42/1988 (LDUEF).

(88) Así, entre nosotros, RUIZ VADILLO, en *Código Penal*, II, edit. Trivium, 1997, p. 1946, destaca que en esta clase de delitos resultará decisivo el informe pericial de los expertos para que el Juez o Tribunal pueda fijar, con un grado de certeza importante, si el comportamiento que se juzga está o no incluido en el Código Penal.

(89) *Vid.* CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, *ob. lug. ult. cit.*, y ROMEO CASABONA, C. M., *ob. ult. cit.*, p. 175.

relevantes y cuando esta infracción aumenta seriamente el riesgo por encima del límite permitido» (STS 1.12.1989), requiriéndose para que la imprudencia pueda calificarse de temeraria «que la previsibilidad del evento sea notoria y esté acompañada de una omisión de las más elementales precauciones» (STS 4.2.1993).

El problema más importante que suscita la modalidad imprudente de manipulación genética del artículo 159.2 del CP, se refiere a la delimitación del alcance del tipo o, con otras palabras, a qué comportamientos alude el artículo 159.2 del CP. La doctrina penal española está dividida acerca de esta cuestión:

1) Un sector doctrinal considera (90) que es preciso limitar el alcance del artículo 159.2 del CP a los supuestos de alteración imprudente del genotipo, que sea consecuencia de la manipulación de genes humanos realizada «con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves», es decir, con finalidad no terapéutica, al igual que sucede con el tipo doloso del artículo 159.1 del CP.

Esta tesis doctrinal trata de fundamentarse en razones de coherencia con el sistema de *numerus clausus* de la imprudencia (art. 12 del CP) y de respeto al principio de intervención mínima (91), así como en la criticable contradicción valorativa que se daría entre el castigo de la conducta imprudente del artículo 159.2 realizada «con finalidad terapéutica» y la impunidad de los supuestos de indicación eugenésica prevista en la circunstancia 3.^a del artículo 417 bis del CPA, hoy todavía vigente (92). Según esta tesis doctrinal quedarían fuera del tipo imprudente, del artículo 159.2 del CP, los casos de alteración del genotipo producida por imprudencia grave en el marco de manipulaciones de genes humanos llevados a cabo con la finalidad de eliminar o disminuir taras o enfermedades graves, que sólo podrían ser punibles, si se materializan en resultados lesivos para la vida, salud e integridad personal, a través de los tipos correspondientes a los delitos de homicidio, aborto, lesiones o lesiones al feto (93).

(90) Vid. CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, *Rev. Der. Gen. H.* 5/1996, p. 65; QUE-RALT JIMÉNEZ, J. J., *PE*, 3.^a ed., p. 51; VALLE MUÑIZ, J. M., *Comentarios*, cit., p. 772.

(91) Así, CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, *ob. lug. ult. cit.*

(92) Vid. VALLE MUÑIZ, J. M., *ob. lug. ult. cit.*, donde se refiere a la necesaria regulación no contradictoria con el tratamiento penal del *delito de aborto*, como por ejemplo, en el caso de licitud del aborto en la indicación embriopática (art. 417 bis del CPA): se justificaría la expulsión y destrucción del feto, y se castigaría el comportamiento dirigido a evitar la necesidad de esta solución extrema, tan sólo sobre la base de una alteración no querida del genotipo.

(93) Vid. CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, *ob. ult. cit.*, p. 65.

2) Otro sector doctrinal entiende (94) que el artículo 159.2 del CP comprende no sólo los supuestos de manipulación de genes humanos que no tengan el propósito (el dolo) de alterar el genotipo, en lo que está de acuerdo toda la doctrina, sino también aquellos otros casos en los que la manipulación genética llevada a cabo con la finalidad terapéutica, descrita negativamente en el apartado 1 del artículo 159 del CP, produce de forma imprudente –con imprudencia temeraria– el resultado de la alteración del genotipo. Los argumentos esgrimidos a favor de esta interpretación del alcance del artículo 159.2 del CP son, fundamentalmente, los siguientes: 1.º) el tipo imprudente del artículo 159.2 del CP no se remite al apartado 1 del citado artículo (tipo doloso) para describir la conducta típica imprudente, por lo que el elemento subjetivo de lo injusto del tipo doloso del artículo 159.1 del CP –la manipulación de genes humanos llevada a cabo «con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves»– no es impedimento para construir de forma autónoma el tipo imprudente del artículo 159.2 del CP (95); y 2.º) la diferente penalidad entre los dos apartados (doloso e imprudente) del artículo 159 del CP, que permite fundamentar la fórmula autónoma de la modalidad imprudente del artículo 159.2 del CP (96).

En realidad, si tenemos en cuenta la voluntad del legislador español y la letra de la ley, cabe defender la autonomía y el posible sentido que tiene el artículo 159.2 del CP respecto del apartado 1 del artículo 159 del CP. En efecto, la finalidad no terapéutica se requiere sólo en el artículo 159.1 del CP, es decir, en el tipo doloso del delito de manipulación genética en sentido estricto. Por el contrario, el artículo 159.2 exige sólo que la alteración del genotipo sea realizada por imprudencia temeraria, pudiendo apreciarse esta conducta típica cuando el autor lleve a cabo la acción de manipular genes humanos

(94) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *DS*, vol. 4, núm. 2 jul.-dic. 1996, p. 175, y MORILLAS CUEVAS, L. en AA.VV., *Curso de Derecho Penal*, PE, I, cit., pp. 184 y 185.

(95) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *ob. lug. ult. cit.*

(96) Vid. MORILLAS CUEVAS, L., *ob. ult. cit.*, p. 184, quien señala como uno de los argumentos la diferencia cuantitativa de las penas entre los tipos doloso e imprudente del artículo 159 del CP, que permite determinar el alcance del artículo 159.2 del CP: conductas que alteran el genotipo con finalidad terapéutica que se ejecutan conculcando las normas más básicas de la actividad genetista. Recordemos que las penas previstas para el tipo doloso, del artículo 159.1 del CP, son las de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años, mientras que la comisión de la conducta imprudente, prevista en el artículo 159.2 del CP, se conmina con las penas de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.

sin el propósito (el dolo) de alterar el genotipo y con finalidad terapéutica, causando por imprudencia grave (temeraria) la alteración del genotipo. Este es el alcance del artículo 159.2 del CP, que permite explicar la importante diferencia de penalidad entre los dos apartados del artículo 159 del CP, aunque pueda cuestionarse la oportunidad y la necesidad de incriminación a título de imprudencia de esta clase de conductas, atendiendo al principio de intervención mínima.

Por lo tanto, la finalidad terapéutica puede y debe excluir la dimensión subjetiva de la tipicidad de la modalidad dolosa de la conducta prevista en el artículo 159.1 del CP, y la concurrencia de esa finalidad —que no está contemplada, en su formulación expresa negativa del artículo 159.1 del CP, en el artículo 159.2 del CP— es totalmente compatible con la conducta imprudente del artículo 159.2 del CP, cuya tipicidad consiste en la causación de un resultado —alteración del genotipo— producido por imprudencia grave y como consecuencia de la acción de manipular genes humanos, es decir, en los mismos términos formulados expresamente en el tipo imprudente previsto en el artículo 167.3 del P. de CP de 1992. La adecuada restricción del alcance del tipo imprudente del artículo 159.2 del CP, nos vendrá dada tanto por la exigencia de la imprudencia grave, como por la necesaria comprobación de la relación de causalidad entre la acción y el resultado, así como por la aplicación de los criterios derivados de la moderna teoría de la imputación objetiva.

2.2.5 Concursos

En primer lugar, la relación entre el delito de manipulación genética «en sentido estricto» (art. 159 del CP) y los otros tipos previstos en el Título V del Libro II del CP, será de concurso ideal de delitos, teniendo en cuenta que éstos protegen otros bienes jurídicos diferentes y su realización típica no presuponen necesariamente la manipulación genética en sentido estricto (97).

En cuanto a la relación entre el artículo 159 del CP y el delito de aborto (arts. 144 ss. del CP), un sector doctrinal considera (98) que ha

(97) Vid. GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios*, PE, I, cit., p. 670. De otra opinión, GONZÁLEZ CUSSAC considera, en *Comentarios*, I, cit., p. 827, que el artículo 159 opera como tipo básico o residual respecto a los artículos 160 y 161.

(98) Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *DS*, vol. 4 núm. 2 jul.-dic. 1996, p. 175; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios*, I, cit., p. 828; GRACIA MARTÍN, L., *Comentarios*, PE, I, p. 670, para los casos de relación entre manipulación genética y aborto consumado.

de apreciarse un concurso de leyes, mientras que otros autores (99), teniendo en cuenta, sobre todo, los distintos bienes jurídicos afectados y, especialmente, la dimensión supraindividual del interés tutelado en el artículo 159 del CP, estiman, con razón, que lo procedente será la solución del concurso ideal de delitos.

Por último, la relación entre el artículo 159 del CP y el delito de lesiones al feto (arts. 157 y 158 del CP), será de concurso ideal de delitos, pues son diferentes los bienes jurídicos protegidos (100).

2.2.6 *La penalidad*

El artículo 159.1 del CP castiga con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años, la conducta dolosa de manipulación genética en sentido estricto.

El artículo 159.2 del CP conmina con la pena de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años, la modalidad imprudente del comportamiento típico de la manipulación genética en sentido estricto.

En cuanto a la penalidad prevista en el CP de 1995 respecto de los delitos de manipulación genética en sentido estricto, cabe constatar, en principio, el rigor punitivo de su tratamiento, siendo superior la penalidad del tipo doloso del artículo 159.1 del CP a la de los tipos dolosos del delito de aborto consentido (art. 145.1 del CP) y del delito de lesiones al feto (art. 157 del CP). Resulta también cuestionable, desde una perspectiva axiológica, el tratamiento punitivo previsto en el artículo 159.2 del CP para el tipo imprudente de la manipulación genética (101). Las penas previstas para la modalidad dolosa del artículo 159.1 del CP, son penas graves, y las contempladas para la comisión imprudente del artículo 159.2 del CP, son penas menos graves. El tratamiento punitivo otorgado por el CP de 1995 a estos delitos de manipulación genética en sentido estricto, podrá explicarse sólo en atención al

(99) *Vid.*, entre otros, MUÑOZ CONDE, *PE*, 12.^a ed., p. 141; GRACIA MARTÍN, L., *ob. lug. ult. cit.*, si a consecuencia de la manipulación genética se produjera un aborto imprudente, o en el caso de tentativa de aborto y manipulación genética dolosa consumada cuando ésta hubiera sido el medio empleado para realizar el aborto.

(100) *Vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *ob. lug. ult. cit.*, GRACIA MARTÍN, L., *ob. ult. cit.*, pp. 671, 672, para los casos en los que la manipulación genética afecte a células germinales, mientras que sería concurso de leyes si las células afectadas fueran las somáticas; MUÑOZ CONDE, F., *ob. lug. ult. cit.* A favor de la solución del concurso de leyes, ROMEO CASABONA, C. M., *ob. lug. ult. cit.*

(101) *Vid.* QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *PE*, 3.^a ed., pp. 50, 51.

bien jurídico protegido de naturaleza supraindividual (102), es decir, teniendo en cuenta que aquí se trata de tutelar la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético de la especie humana.

3. CONCLUSIONES

El CP español de 1995 ha incorporado, como una de sus novedades más importantes, un Título (el V del Libro II: arts. 159 a 162) dedicado a los «Delitos relativos a la manipulación genética». De esta forma, el legislador español se pronuncia favorablemente a la incriminación de conductas abusivas en el uso de las técnicas genéticas, que pueden lesionar intereses fundamentales y poner en peligro, incluso, la supervivencia de la especie humana.

3.1. El punto de partida acerca de la legitimidad y el fundamento de la intervención punitiva del Estado respecto de uso abusivo de las técnicas de genética humana, ha de ser la Constitución, es decir, la CE de 1978. En este sentido, merece ser destacado el importante papel que en esta materia le corresponde jugar al derecho fundamental «a la producción científica y técnica» (art. 20.1.b CE), que ha de tener sus límites, como señala el artículo 20.4 CE, en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I de la CE («De los derechos y deberes fundamentales»), sin olvidar lo establecido por el artículo 44.2 CE, cuando declara que «los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general». Además, y como cuestión básica para comprender la legitimidad y el fundamento de la respuesta penal a las intervenciones abusivas en el genoma humano, será preciso tener muy en cuenta el marco axiológico constitucional acerca de la configuración del ser humano, como centro de todo el sistema, y al que se le reconocen como valores inherentes la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, los cuales son «fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1 CE). Pues bien, esta perspectiva valorativa que nos ofrece la CE sobre la configuración del ser humano, será la clave para determinar el interés protegido en los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto.

3.2. En segundo lugar, la intervención punitiva del Estado en el ámbito de las técnicas genéticas estará condicionada por los márgenes de licitud establecidos en la legislación especial extrapenal, que

(102) *Vid.* CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, *Rev. Der. Gen. H.*, 5/1996, p. 73.

en nuestro Derecho se encuentran determinados, sobre todo, por las leyes 35/1988, de 22 de noviembre, de Reproducción Asistida Humana (LRA) y 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus células, tejidos u órganos (LDUEF). Esta normativa extrapenal nos permitirá concretar el marco de licitud de las intervenciones sobre el genoma humano, en el que podrá desarrollarse y ejercitar el derecho a la investigación sobre material genético, y nos ayudará a fijar el alcance de los tipos penales.

3.3. La intervención punitiva del Estado frente al uso abusivo de las técnicas de genética humana encontrará también sus límites en la vigencia y el respeto de los principios de la moderna Política Criminal, que son propios de un Estado de Derecho. Dentro de tales principios merecen ser destacados, por su especial importancia, los de legalidad e intervención mínima, incluyendo en este último el carácter de *ultima ratio* que debe informar toda respuesta penal. Todo ello supone, entre otras consideraciones, que el legislador penal ha de ser respetuoso con las exigencias que se derivan de la vigencia del principio de legalidad, es decir, la configuración de los delitos relativos a la manipulación genética ha de cumplir con las exigencias de taxatividad, precisión y claridad, evitándose el uso de elementos valorativos y de expresiones de contenido indeterminado en la regulación de los correspondientes tipos penales. Además, la respuesta penal ha de operar como *ultima ratio* y obedecer a las exigencias de necesidad, idoneidad y merecimiento de pena para proteger bienes jurídicos fundamentales frente ataques intolerables al patrimonio genético del ser humano, es decir, sólo estará legitimada la intervención del Derecho penal cuando ya se hubieran agotado las otras vías sancionadoras —como las que provienen del Derecho civil, Derecho administrativo...— menos gravosas para el individuo que el recurso a la pena criminal. En esta materia, relacionada con el uso abusivo de las técnicas de genética humana, conviene tener muy presente la importante labor preventiva, previa a cualquier intervención del legislador, que puede y debe desempeñar el autocontrol deontológico por parte de la comunidad investigadora en relación con las intervenciones terapéuticas sobre el genoma humano, como por ejemplo, a través de los comités de Bioética.

3.4. La manipulación genética en sentido estricto se refiere a la modificación del patrimonio genético y, por lo tanto, a la creación de nuevos genotipos a través del conjunto de las técnicas de transferencia de un específico segmento del ADN, que contenga una particular información genética. Pues bien, en el Título V del Libro II del CP de 1995 («Delitos relativos a la manipulación genética»: arts. 159 a 162) sólo el artículo 159 contempla conductas constitutivas de manipula-

ción genética en sentido estricto, es decir, de modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético del ser humano. Las conductas típicas previstas en los otros artículos del mencionado Título V no presuponen la modificación del patrimonio genético, así sucede con los artículos 160 y 162 del CP, o no la presuponen necesariamente, como es el caso relacionado con las acciones típicas recogidas en el artículo 161 del CP. De ahí, que se haya señalado, con razón, que la rúbrica del Título V del Libro II del CP de 1995 alude a la manipulación genética en su sentido amplio.

3.5. El bien jurídico protegido en el artículo 159 del CP es «la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano», es decir, un bien jurídico supraindividual, cuyo contenido y alcance se infiere del modelo valorativo constitucional personalista, entendiendo que son inherentes al ser humano valores fundamentales como la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad. El artículo 159 del CP trata de preservar el procedimiento natural de la creación de la identidad genética del ser humano frente a posibles intervenciones artificiales, que atenten contra la autenticidad de la individualidad humana.

3.6. La regulación del CP de 1995 sobre los delitos de manipulación genética en sentido estricto, (art. 159 del CP), en sus modalidades dolosa e imprudente, es susceptible de ciertas objeciones, que afectan tanto a la técnica legislativa utilizada como a la falta de respeto al principio de intervención mínima.

Así, desde la perspectiva de lo que debería ser una buena técnica legislativa, se observa la indeterminación y desmesurada amplitud del núcleo de la acción típica del artículo 159, que se refiere a la conducta de «manipular genes humanos de manera que se altere el genotipo», pudiendo llegar a comprender comportamientos tales como los de manipular gametos humanos con finalidad exclusiva de investigación o de manipular embriones *in vitro*, aunque fuera inviables, lo cual iría en contra de las prácticas habituales de la investigación genética realizadas en los laboratorios, que llevan consigo la alteración del genotipo, y supondría ir más allá de lo establecido por la legislación especial sobre esta materia. Es criticable que el legislador de 1995 no determinara con precisión el resultado típico, al aludir a «la alteración del genotipo», que debe entenderse referido al genotipo del ser humano. Se puede objetar también que el CP de 1995 no haya distinguido entre la manipulación de genes humanos con alteración del genotipo que afecte a células germinales humanas, que incide en la herencia y es merecedora de incriminación, y la que opere en células somáticas humanas, que bajo ciertas condiciones podría considerarse como un tratamiento básicamente defendible. No es correcta la técnica legislativa empleada en la

descripción del elemento subjetivo del tipo de injusto del artículo 159.1 del CP, al referirse a la realización de la conducta típica «con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves», términos estos últimos que se caracterizan por su vaguedad e indeterminación.

De todo lo dicho acerca de las deficiencias de técnica legislativa en la configuración de los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto, pueden derivarse dos importantes conclusiones: 1.^ª) Que el legislador español de 1995 no ha sido muy respetuoso con las exigencias derivadas de la vigencia del principio de legalidad, y 2.^ª) Que el nuevo CP tampoco ha respetado el principio de intervención mínima, al tener un desmesurado ámbito de aplicación el artículo 159, aparte de la discutible oportunidad y conveniencia de inculpar tales conductas a título de imprudencia. Al penalista le corresponde interpretar el alcance del tipo previsto en el artículo 159 del CP, y hacer posible una aplicación razonable del mismo a la luz de los criterios que nos proporciona la dogmática jurídico-penal. En este sentido, como hemos señalado a lo largo de estas reflexiones, no se puede olvidar que estamos ante delitos de resultado, que en su vertiente objetiva exigirán la comprobación de una relación de causalidad entre acción y resultado, así como el nexo de antijuridicidad propio de la moderna teoría de la imputación objetiva. Además, en su dimensión subjetiva, será preciso que se pueda constatar la concurrencia de dolo (art. 159.2 del CP) o de imprudencia (art. 159.2 del CP) en la realización de la conducta típica. Deben operar también principios de ofensividad o lesividad de la conducta típica, que ha de presuponer la capacidad objetiva de modificación del patrimonio genético del ser humano, y de insignificancia, que dejará fuera de lo típico las conductas inocuas. Por último, en esa labor interpretativa del tipo y en la posible apreciación de causas de licitud, jugará un papel muy relevante la normativa especial extrapeenal (leyes 35/1988 y 42/1988) existente sobre esta materia.

3.7. En cuanto al futuro de la regulación de estos delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto, no se pueden ocultar las dificultades de su puesta en práctica, tanto por su deficiente formulación, muy alejada de la realidad, como por los graves problemas probatorios que pueden plantearse para su aplicación (103). Después de casi cuatro años de vigencia del nuevo CP, no nos consta que haya recaído ninguna resolución judicial de los tribunales penales sobre

(103) Vid. CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la, *ob.ult.cit.*, p. 75, donde se refiere a las interrogantes que suscita la nueva regulación del Título V del Libro II del CP de 1995 y a las posibilidades reales de su aplicación en la práctica, aludiendo, entre otros

esta materia. Es ineludible cuestionarse si no estaremos aquí ante un caso más de legislación penal simbólica (104), en el sentido crítico y negativo de tal expresión, es decir, de una norma penal que pretende sólo desplegar efectos puramente simbólicos, desentendiéndose de la función instrumental y básica del Derecho penal de proteger bienes jurídicos fundamentales (105). En este contexto crítico sobre el Derecho penal simbólico, no se puede ignorar la importante función simbólica que es inherente, aunque es común a toda legislación, a la legislación penal y que permite conformar, en la dirección apuntada por la prevención general positiva (106), la conciencia jurídica de los ciudadanos acerca de la importancia de nuevos bienes jurídicos (107), como puede ser el interés relativo a la intangibilidad e inalterabilidad del patrimonio genético del ser humano. Por lo tanto, la opción del legislador español de 1995, de incriminar las conductas típicas relacionadas con ataques al mencionado bien jurídico supraindividual, merece una valoración positiva en cuanto pretende tutelar un emergente y fundamental interés frente a las intervenciones indeseables que pueden provenir del uso abusivo de las nuevas técnicas de genética humana. Sin embargo, como hemos advertido anteriormente, la regulación ofrecida sobre esta materia por el CP de 1995 es criticable, entre otras razones, por su deficiente técnica legislativa y por no haber sido muy respetuoso con el principio de intervención mínima. Los evidentes peligros inherentes a la manipulación genética deben ser neutralizados gradualmente a través de distintas vías de protección del patrimonio genético del ser humano, garantizándose el derecho fundamental a la libertad de creación e investigación, y dentro de las cuales el Derecho penal ha de ser la *ultima ratio*.

factores, al hecho de que se trate de comportamientos únicamente realizables en «la intimidad» de los laboratorios, a la escasa formación en este ámbito de los órganos encargados de persecución penal y a las graves dificultades de prueba.

(104) Sobre esta problemática, *vid.* la obra fundamental de VOSS, M., *Symbolische Gesetzgebung*, 1989.

(105) *Vid.* entre otros, en la doctrina penal alemana, HASSEMER, W., *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, NStZ 1989, pp. 553 ss. y ROXIN, CI, *Strafrecht*, AT, 3.ª ed., 1997, 2/23, y en nuestra doctrina penal, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, 1992, pp. 305, 306.

(106) Sobre la importante conexión entre legislación penal simbólica y la prevención general positiva, *vid.* entre otros, VOSS, M., *ob. ult. cit.*, pp. 102 ss., espec. p. 138, y BARATTA, A., *Jenseits der Strafe-Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft*, en FS-Arth. Kaufmann, 1993, p. 412.

(107) *Vid.*, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *ob. ult. cit.*, p. 306, y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, p. 98.

La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código Penal español

MANUEL CANCIO MELIÁ

Profesor titular de Derecho Penal en la Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

1. A primera vista, pudiera parecer que el tema del que este texto se ocupa, «la responsabilidad del funcionario en delitos contra el medio ambiente», es de menor interés para reflexiones de carácter sistemático-dogmático —es decir, de Parte General—, por ser una cuestión superada por la regulación positiva, en la que no hay mucha necesidad de construcción dogmática al margen de la interpretación del texto introducido en la Parte Especial por decisión del legislador. Dicho de otro modo: podría pensarse, en todo caso, que de lo que se trata al abordarlo es de realizar reflexiones relativas a la Parte Especial de nuestro vigente Derecho penal, por estar «resuelta» la problemática fundamental en el Código Penal.

En este sentido, el precepto cuya existencia puede dar lugar a esa impresión es el artículo 329 CP, que dispone que

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

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.»

Este precepto, introducido en el Derecho positivo en el CP de 1995, constituye, como se verá, un supuesto –por lo demás, bastante raro en la legislación española– de muestra de sensibilidad del legislador frente a demandas político-criminales de la doctrina. Sin embargo, como se observará en lo que sigue, debe concluirse que en este caso el hecho de que el legislador atendiera las sugerencias formuladas por la doctrina no puede producir la satisfacción que cabría esperar, ya que la forma en que se ha producido la introducción del precepto genera –por defectos sistemáticos graves– más problemas de los que resuelve.

En todo caso, con este artículo 329 del CP 1995 queda incorporada la tipificación específica de las conductas de funcionarios en relación con los delitos contenidos en los «artículos anteriores», es decir, los artículos 325/326 y 328 CP, que constituyen sin duda alguna el núcleo del Derecho penal medioambiental español: en particular, en cuanto figuras delictivas sustantivas (1), el delito de contaminación contenido en el artículo 325 (2), además (3) de la infracción relativa al estableci-

(1) Puesto que el artículo 326 CP tipifica agravantes de la infracción prevista en el artículo 325 CP –*vid. infra*–, mientras que el artículo 327 CP contiene la autorización para que se impongan en estos casos algunas de las medidas previstas en el artículo 129 CP.

(2) Precepto que cabe calificar de heredero del artículo 347 bis CP 1973, y que dispone lo siguiente: «Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.»

(3) *Vid.* el artículo 328 CP en la nota que sigue. Sin embargo, en realidad, la figura común de referencia ha de ser el delito de contaminación del artículo 325 CP. Sin pretender entrar aquí en profundidad en la cuestión, basten las siguientes consideraciones: en lo que se refiere a la delimitación frente al artículo 325 CP, nada facilitada por una redacción poco clara (*vid.* en sentido crítico, por ejemplo, PÉREZ DE GREGORIO, *LL* 1996, p. 1792; LESMES SERRANO, en ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, pp. 358 s.; DE LA GÁNDARA VALLEJO, en BACIGALUPO [ed.], *Curso de Derecho penal económico*, p. 322; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP* 1998, pp. 300 s., con ulteriores referencias), parece que habrá que entender que en la infracción del

miento de vertederos incorporada a la regulación *ex novo* en el artículo 328 CP (4).

Por lo demás, ha de señalarse que el modelo del artículo 329 CP queda reproducido —con algunas variantes que, si bien son susceptibles de crítica (5), no afectan a lo esencial del modelo de regulación— también en los capítulos dedicados dentro del título XVI a la ordenación del territorio [art. 320 CP (6)] y al patrimonio histórico [art. 322 CP (7)]. Por otra parte, sin embargo, en el capítulo relativo a la protección de la flora y fauna no aparece un precepto de similares características.

artículo 328 CP se pena no la realización de vertidos en sí misma —ya abarcada y castigada con pena mucho más grave en el artículo 325—, sino la ocasión de riesgo generada por la mera habilitación de los lugares en cuestión como depósitos o vertederos (así, por ejemplo, SUÁREZ GONZÁLEZ, *ComCP*, p. 935; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP* 1998, pp. 300 s.). Ahora bien, queda claro que en realidad, el «establecimiento» de depósitos o vertederos suele coincidir, o ser idéntico, con la efectiva realización de vertidos, abarcada en todo caso por el amplio elenco de medios comisivos enumerados en el artículo 325. En definitiva, tan sólo quedará un muy estrecho margen de aplicación de la presente infracción frente a la del artículo 325, que es el verdadero punto de referencia básico en este contexto; en este sentido, por ejemplo, ya ha manifestado su «sorpresa» frente a la incomprensible relación de penas el Fiscal General del Estado, *Memoria 1998*, p. 491. Esta discutible delimitación frente al ámbito del artículo 325 CP, como se verá, también introduce un factor de complicación en la interpretación de las relaciones del artículo 329 CP con ambos preceptos.

(4) Que dispone lo siguiente: «Serán castigados con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses y arresto de dieciocho a veinticuatro fines de semana quienes establecieren depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.»

(5) En particular, las diferencias en las penas, injustificadas, como señala GÓMEZ RIVERO, *LL* 1996, p. 1243, y la ausencia de la modalidad de «silenciamiento», contenida en el artículo 329 CP, en los otros dos preceptos.

(6) Que dispone lo siguiente: «1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.»

(7) Que dispone lo siguiente: «1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.»

Como antes se ha dicho, aquí se pretende exponer en lo que sigue que la introducción de una de las modalidades de la así llamada «prevaricación específica (8)» en el artículo 329 CP no sólo no ha «resuelto» la problemática de la responsabilidad jurídico-penal de los funcionarios en materia de medio ambiente, sino que ha complicado su establecimiento de manera notable, de modo que cabe incluso formular la opinión de que hubiera sido preferible que no se crease la figura. Aún así, a pesar de las complicaciones generadas por este nuevo precepto, como se verá, desde la perspectiva aquí adoptada es necesario llegar a la conclusión de que el artículo 329 CP no agota el ámbito de posible punibilidad de actuaciones de funcionarios públicos en este contexto.

2. Con lo acabado de exponer queda prácticamente delineado el esquema conforme al cual debe desarrollarse el presente trabajo: en primer lugar, a modo de breve introducción, han de hacerse algunas breves reflexiones acerca de la evolución histórica y de la relevancia político-criminal de la responsabilidad de los funcionarios en materia de delitos contra el medio ambiente en el ordenamiento jurídico-penal español (*infra* II.). Cabe esperar que estas consideraciones arrojen una luz reveladora sobre el modo más adecuado de entender la regulación actual. En segundo lugar, debe determinarse, mediante un análisis de la conducta incriminada en el artículo 329 CP, si puede existir responsabilidad penal de los funcionarios en materia de medio ambiente más allá de lo dispuesto en este precepto (*infra* III.). Como se acaba de anunciar, aquí se llegará a una respuesta positiva a esta cuestión –y, al mismo tiempo, a una valoración crítica del artículo 329 CP–. Despejado así el camino para una responsabilidad más amplia de los funcionarios públicos en este contexto, más allá de lo dispuesto en el artículo 329 CP, puede ya entrarse en la última cuestión que aquí interesa: las bases de tal responsabilidad (*infra* IV.). Como se verá, en relación con esta responsabilidad se alcanzará, en primer lugar, la convicción de que ha de procederse a una determinación unitaria de las bases de la responsabilidad de los funcionarios: pues no toda intervención en este ámbito –sea activa u omisiva– puede razonablemente dar lugar a responsabilidad del funcionario; por el contrario, debe concurrir, en ambos casos, una posición de garantía específica, tanto en supuestos

(8) Cfr. el uso de esta terminología, por ejemplo, por BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *COMCP 1995*, pp. 1605 s.; PRATS CANUT, *ComNCP*, p. 1535; CARMONA SALGADO, en: *Curso PE II*, p. 69; VIRTO LARRUSCAIN, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, pp. 128 ss.; DE LA MATA BARRANCO, *ibídem*, p. 404; HERNÁNDEZ ALONSO, *AP*, 1999, pp. 179 ss.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP*, 1998, p. 301.

de intervención activa como de intervención omisiva. Por otro lado, en segundo lugar, en la fundamentación de tal posición de garantía, se concluirá que debe abandonarse el marco conceptual tradicional propio de los delitos de omisión, centrado en la distinción entre garantes de protección y garantes de control, para explorar nuevas vías de fundamentación de la responsabilidad.

3. En todo caso, no puede concluirse esta introducción sin llevar a cabo un reconocimiento: el reconocimiento de las dudas que sufre cualquiera que se enfrente con esta problemática, dudas acerca de la posible utilidad de su trabajo. En efecto, a pesar de la evidente relevancia de la conducta de los funcionarios en este contexto, a pesar del número creciente de sentencias en materia de delitos contra el medio ambiente, y, más concretamente, a pesar de las quejas que respecto del funcionamiento de la Administración pública española que han venido formulándose, lo cierto es que ni bajo la vigencia del Código Penal de 1973 –en aplicación de las reglas generales de responsabilidad– ni una vez introducido el delito del artículo 329 CP en el CP 1995 se ha producido, hasta el momento y en lo que se alcanza a ver, una condena de algún funcionario en este contexto. Y difícilmente cabe pensar que ello sea debido a que no se haya cometido ninguna infracción.

II. LA NUEVA INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 329 CP

A. Antecedentes

La historia de la determinación de la responsabilidad de los funcionarios públicos por delitos contra el medio ambiente en el ordenamiento jurídico-penal español es, esencialmente, la historia de una demanda de criminalización, de una demanda de criminalización formulada insistentemente por la doctrina desde los inicios de la intervención penal en materia de medio ambiente. En esta posición favorable a la introducción de un precepto especial (9), aparte de la

(9) *Vid.* con carácter general sobre el artículo 329 CP –también respecto de las demás cláusulas de incriminación específicas–, con una valoración positiva y ulteriores referencias, ACALE SÁNCHEZ, *PJ*, 47 (1997), pp. 117 ss., 119 ss.; a pesar de enunciar críticamente las deficiencias del precepto, también lo valora positivamente DE LA MATA BARRANCO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Los delitos contra la Administración pública*, p. 405; igualmente adoptan una posición aprobatoria, por ejemplo, BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *ComCP* 1995, pp. 1605 s.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código*

convicción de que debía producirse una reacción de específica penalidad (10) frente a las conductas de los funcionarios, sin duda alguna también influían, por un lado, el hecho de que se percibía que en la *praxis* no se estaba produciendo una aplicación de los preceptos ya existentes a estos comportamientos (11), por otro lado, la consideración de que esa inaplicación se debía también a considerables dificultades teóricas para encuadrar la conducta de los funcionarios en los delitos comunes (12), y, finalmente –pero, con seguridad, como argumento de gran peso–, la evidencia de que, en contraste con la falta fáctica de reacción penal, muchas infracciones en materia medioambiental sólo eran posibles por una crónica desidia de las Administraciones públicas (13). Esta demanda de criminalización específica, desatendida hasta ese momento, finalmente se ha visto satisfecha en el Código Penal de 1995. En este sentido, se ha llegado a decir, con una evidente valoración positiva del nuevo precepto –y partiendo de argumentaciones a las que se hará referencia brevemente a continuación– que «...una

penal II, p. 3263; QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, pp. 714 s.; PÉREZ DE Gregorio, *LL* 1996, p. 1790; De LA GÁNDARA VALLEJO, en BACIGALUPO (ed.), *Curso de Derecho penal económico*, p. 322; antes de la aprobación en el CP, en sentido similar, por ejemplo, RODAS MONSALVE, *Protección penal y medio ambiente*, p. 272.

En sentido más crítico se han manifestado, sin embargo, por ejemplo, CARMONA SALGADO, en: *Curso PE II*, p. 30 (desde una perspectiva de comparación con otros sectores del ordenamiento); *vid.* también TERRADILLOS BASOCO, *EPCr XX* (1997), pp. 313 ss.; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, pp. 67 ss.; respecto del PLOCP, ya RODRÍGUEZ RAMOS se había pronunciado a favor de una tipificación general en forma de agravante para la intervención de funcionarios en delitos comunes –y, por consiguiente, en contra de la cláusula específica–, en: *Derecho y medio ambiente*, pp. 253 ss.

(10) Sobre esta cuestión habrá de volverse más adelante en el texto.

(11) Cfr. en este sentido, por ejemplo, PRATS CANUT, *ComNCP*, p. 1535; PÉREZ DE GREGORIO, *LL* 1996, p. 1794; DE VICENTE MARTÍNEZ, *REDP* 1 (1999), I., texto correspondiente a las notas 5 y 6; FALCÓN CARO, *CPC* 1998, p. 676.

(12) DE LA MATA BARRANCO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, p. 404.

(13) En este sentido, por ejemplo, las manifestaciones críticas de la memoria del Fiscal General del Estado de 1998, pp. 497 ss. *Vid.* también DE VEGA RUIZ, *Delitos*, pp. 27 ss.; PÉREZ DE GREGORIO, *LL*, 1996, p. 1794; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, p. 65; cfr., por lo demás, las referencias de manifestaciones jurisprudenciales –en particular, el duro diagnóstico vertido por el TS en la famosa sentencia de la central térmica de Cercs, STS 30.11.1990– en este sentido recogidas, por ejemplo, por DE VICENTE MARTÍNEZ, *REDP* 1 (1999), I., texto *in fine*; TERRADILLOS BASOCO, *EPCr XX* (1997), p. 316; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, pp. 65 s.

tutela penal eficiente y rigurosa del medio ambiente parecía demandar una tipificación expresa de estas conductas» (14).

La posición favorable a la incriminación específica —que cabe considerar como ampliamente mayoritaria en la doctrina española— de las conductas de los funcionarios (15) tuvo reflejo a lo largo del lento proceso de reforma penal en España después del restablecimiento de la democracia. En este sentido, tanto el PLOCP de 1980 —art. 324— (16) como la PANCP de 1983 —art. 311— (17), así como los Proyectos de 1992 —art. 313— (18) y 1994 —art. 311— (19), contenían normas que preveían la tipificación expresa de las conductas punibles de los funcionarios públicos en este ámbito.

En lo que se refiere a la *conducta* incriminada se advierte en estos preceptos —aparte de diversas diferencias, sometidas a discusión en la doctrina (20), que ahora no son de interés (21)— una amplia coinciden-

(14) CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código penal* II, p. 3263.

(15) Respecto de la posición paralela en la doctrina alemana, *vid.* últimamente por todos GÜRBÜZ, *Strafbarkeit*, pp. 231 ss., 255.

(16) Con el siguiente contenido: «Si las industrias a que se refiere el artículo anterior hubieran obtenido la licencia que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquella sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las leyes o reglamentos en vigor, los funcionarios o facultativos que dolosamente hubieran informado favorablemente el proyecto, hubieran concedido la licencia o con motivo de sus inspecciones hubieran silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con la misma pena de prisión y multa, y, además con la inhabilitación especial para el desempeño de cargos públicos por tiempo de ocho a doce años.»

(17) Con idéntica —aparte de alguna modificación de estilo de carácter menor— regulación a la del PLOCP.

(18) Con el siguiente contenido: «Si las industrias a que se refiere el artículo anterior hubieran obtenido la licencia que autorice su funcionamiento en las condiciones causantes de la contaminación, cuando aquella sea manifiestamente contraria a lo preceptuado en las Leyes o Reglamentos, los funcionarios o facultativos que, a sabiendas, hubieran concedido la licencia o con motivo de sus inspecciones hubieran silenciado la infracción de aquellas normas, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año o multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años.»

(19) Con el siguiente contenido: «Los funcionarios o facultativos que, a sabiendas de su manifiesta ilegalidad, hubieren informado favorablemente la concesión de licencias que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de las Leyes o Reglamentos que las regulen, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año o multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años.»

(20) Sobre la discusión de las distintas propuestas, *vid.* sólo las referencias en HERNÁNDEZ ALONSO, *AP*, 1999, pp. 180 ss.

(21) *Vid. infra* III. 2.

cia con la ahora tipificada en el artículo 329 CP: sucesivamente, van apareciendo en los diversos textos –en un proceso de ampliación– la conducta de conceder –en caso de que ello sea «manifiestamente» contrario a las normas extrapenales– la licencia que da lugar a la contaminación, la emisión del informe favorable, como, finalmente, la vertiente omisiva de silenciar la infracción de las normas administrativas (22). En este sentido, puede decirse que el artículo 329 CP es el resultado de una ampliación de las conductas contempladas en los diversos textos prelegislativos (23).

Sin embargo, hay una diferencia esencial que reseñar respecto de los dos primeros entre estos textos prelegislativos (PLOCP 1980 y PANCP 1983) y el modelo introducido en el Proyecto de 1992 (24), incorporado también al de 1994 y a la actual regulación: mientras que en el PLOCP y en la PANCP la *pena prevista es la del delito común* correspondiente *más* una pena de inhabilitación, en estos otros textos la pena es distinta a la de los delitos comunes –en el CP vigente, los artículos 325 y concordantes, 328–, y viene fijada por referencia a la del artículo 404 CP (prevaricación común) *más una pena adicional específica*: pena de prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses. Como se observará a continuación, este cambio de orientación (25) resulta de relevancia central a la hora de interpretar las relaciones de esta infracción con otras modalidades delictivas.

B. El marco político-criminal

1. Como paso previo al análisis de esta última cuestión, es decir, la cuestión acerca del papel que debe jugar el artículo 329 CP respecto

(22) Cfr. las diversas enmiendas y demás avatares del proceso de aprobación del actual artículo 329 CP reproducidos en BLANCO LOZANO, *La protección del medio ambiente*, pp. 180 ss.

(23) Al incorporar en su apartado segundo la conducta de «votar a favor» de la concesión de una licencia injusta.

(24) Si se lee el contenido del artículo 313 del Proyecto de 1992, se observa que es en este texto en el que aparece por primera vez la pena autónoma –y, por lo tanto, como ahora se verá, el problema principal–; por ello, no se entiende por qué GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, p. 1240, lo considera «prácticamente idéntico» a las regulaciones del PLOCP y de la PANCP.

(25) Hasta el punto de que DE VICENTE MARTÍNEZ, REDP 1 (1999), II., texto posterior a la nota 25, ha podido afirmar con razón –como se observará más adelante– que «...el legislador del 95 tenía (...) en el proyecto de Código Penal de 1980 y en la propuesta de 1983, todas las respuestas a los problemas que plantea el actual artículo 329».

de la posible incriminación de la conducta de los funcionarios por otros títulos de imputación, es conveniente, como antes se decía, realizar alguna reflexión sobre el significado político-criminal de esta infracción. En este sentido, en cuanto al sector de los delitos contra el medio ambiente en su conjunto, puede decirse que en el debate jurídico-penal desarrollado en los últimos años en España y en los países de nuestro entorno, las cuestiones de política criminal relacionadas con los delitos contra el medio ambiente han ocupado una posición central. Aparte de significativas voces en contra del recurso al Derecho penal en este contexto —cabe citar entre ellas, en Alemania, a la escuela de Frankfurt en torno a la teoría personal del bien jurídico (26)—, puede decirse que existe en la doctrina un consenso fundamental en torno a la necesidad de una intervención decidida del ordenamiento penal en defensa del medio ambiente (27). Por otra parte, tampoco parece aventurado afirmar que en los últimos años se ha producido un progresivo aumento de la conciencia en el común de los ciudadanos acerca de la importancia vital de la preservación del medio ambiente. Partiendo de esta situación, como es sabido, en el marco del nuevo Código Penal español de 1995, se ha producido un giro más que radical, introduciéndose múltiples tipos adicionales al (único) delito de contaminación que existía como artículo 347 bis CP desde la LO 8/1983 en nuestro ordenamiento. Entre ellos se encuentra, como se decía al principio, el artículo 329. Este precepto parece encontrar un sólido apoyo en la disposición constitucional del artículo 45 CE, que aparte de instruir al

(26) Sin pretensión de exhaustividad, *vid.* las referencias respecto de estas voces críticas contenidas en los trabajos, formulados desde diversas perspectivas, de MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pp. 222 ss., 224; MÜLLER-TUCKFELD, en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, pp. 461 ss.; SILVA SÁNCHEZ, en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (ed.), *La reforma de la justicia penal*, pp. 151 ss., 158 s.

(27) Como representante de esta posición cabe citar la apasionada defensa —en contraposición con los autores del grupo de Frankfurt acabados de citar— de la intervención del ordenamiento penal en este contexto llevada a cabo por SCHÜNEMANN, *GA*, 1995, pp. 201 ss., 207, con ulteriores referencias. Cabe destacar, por otro lado, que el intenso debate político-criminal acerca del «si» de la intervención del Derecho penal no se ha producido con parecida intensidad en España; muy posiblemente, la existencia de la declaración del artículo 45 CE ha tenido alguna relevancia al respecto. Por lo demás, *vid.*, por todos, las referencias en torno a la cuestión de la legitimidad del Derecho penal del medio ambiente en DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente*, pp. 21 ss., 26 ss.; en todo caso, que el recurso al ordenamiento penal no puede ser la panacea en este contexto se subraya también desde la Administración de Justicia; así, por ejemplo, el Fiscal General del Estado, *Memoria 1998*, p. 484, habla de una «huida al Derecho penal» en materia de medio ambiente.

legislador ordinario para que llegue a una protección adecuada del medio ambiente, proclama la obligación de los poderes públicos de velar por tal protección.

2. De hecho, como antes se ha anticipado, a nadie se le escapa la relevancia fundamental que ha de corresponder a la intervención de la Administración pública en este contexto. Y ello no sólo por el mandato constitucional al que se acaba de aludir (28), sino porque en este ámbito, por un lado, la frontera de lo lícito –del riesgo permitido, de la inevitable afectación al medio ambiente que las sociedades industriales conllevan– y de lo ilícito, de la afectación del medio ambiente que incluso puede ser constitutiva de una infracción criminal, depende de manera directa de la actuación de la Administración en concreción de las normas generales a través del otorgamiento de licencias y autorizaciones (29). Por otro lado, en la *praxis*, es la Administración encargada de los cometidos de control de posibles actividades contaminantes la que de hecho se encuentra en situación de abrir la puerta (30) a la persecución penal (31). En este sentido, la necesidad de reaccionar –y ello, por medio del Derecho penal, una vez que se parte de la conveniencia y legitimidad de la intervención del Derecho penal en el ámbito de la protección del medio ambiente– frente a actuaciones incorrectas de quienes ocupan una posición clave en este contexto parece clara. Pues es evidente que es éste un ámbito en el que *nothing works* sin una actuación administrativa efectiva y rigurosa. Incluso se ha dicho, colocando la cuestión en un plano más amplio, que la creación de preceptos específicos de este tipo responde de manera muy

(28) Cfr., por lo demás, sobre las funciones de la intervención administrativa en materia de medio ambiente sólo DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad penal del funcionario*, pp. 64 ss.

(29) Vid. sólo RODAS MONSALVE, *Protección penal y medio ambiente*, pp. 269 s., con ulteriores referencias. Además, claro está, de la capacidad normativa de las Administraciones, y dejando aquí fuera de consideración la otra vertiente de la intervención de las Administraciones públicas en este contexto, a través de las sanciones administrativas; acerca de las relaciones entre éstas y la intervención del ordenamiento penal –en torno al principio de *non bis in idem*– se ha pronunciado recientemente el TC –con una impronta restrictiva de la intervención del Derecho penal– en STC 14.10.1999.

(30) Pues en la gran mayoría de las ocasiones, será a través de su actividad de control o incluso a través de la iniciación de un procedimiento sancionatorio como puede reunirse la base fáctica para una eventual persecución penal. En este sentido, por ejemplo, fracasó una eventual condena por un delito de contaminación por una deficiente recogida de muestras por parte de la Administración competente en los casos enjuiciados en las SAP Orense 16.2.1998; SAP Barcelona (secc. 2.ª) 19.6.1997; SAP Pontevedra (secc. 1.ª) 15.2.1996; SAP Barcelona (secc. 6.ª) 21.2.1995; SAP Córdoba 18.1.1995.

(31) Cfr. por lo demás sólo las consideraciones formuladas por el Fiscal General del Estado en *Memoria 1998*, pp. 497 ss.

especial, de manera muy significativa, al sentimiento colectivo de inseguridad y de desconfianza que marca la política criminal –no siempre por vías legítimas, desde luego– de las infracciones propias –como éstas– de la era postindustrial (32).

3. La cuestión, entonces, en un primer plano de análisis, se plantea en los siguientes términos: ¿puede pensarse que la disposición del artículo 329 CP colma las necesidades/aspiraciones político-criminales en relación con la responsabilidad penal de los funcionarios respecto de los delitos contra el medio ambiente? Como se observará a continuación, la respuesta es: no, sino todo lo contrario: precisamente, la introducción de este precepto puede generar dificultades para una adecuada responsabilidad de los funcionarios en materia de delitos contra el medio ambiente. Sin embargo, como también se observará, las dificultades más severas son susceptibles de ser superadas, una vez sometido a un análisis algo más detenido el cuadro normativo del CP 1995.

III. ¿LA «PREVARICACIÓN ESPECÍFICA» DEL ARTÍCULO 329 CP COMO ÁMBITO EXCLUSIVO DE PUNICIÓN DE LOS FUNCIONARIOS?

A. El problema

Podría parecer, como se acaba de decir, que esta necesidad político-criminal de tipificación a la que se aludía estaría cubierta por la introducción del artículo 329 CP (33), que se convertiría así en la «clave de bóveda» (34) de la protección jurídico-penal del medio ambiente, de modo que lo que procedería, como se decía al principio, sería exclusivamente un análisis específico de las distintas conductas incluidas en este precepto (35).

(32) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 45 con nota 65.

(33) Así, DE VICENTE MARTÍNEZ, REDP 1 (1999), I., *in fine*, considera que «el Código Penal de 1995 pone fin a esta [la existente con la regulación anterior] caótica situación al contemplar expresamente la responsabilidad penal de los funcionarios públicos o autoridades en materia ambiental».

(34) Como ha dicho, elogiosamente, QUERALT JIMÉNEZ, *PE*, pp. 714 s.

(35) Análisis en el que hay mucho que discutir y mucho de discutible; *vid.* las referencias *infra* en el texto III.2.

Sin embargo, ello, lamentablemente, no es así. Si algún sentido tenía la demanda de criminalización, como es lógico, era y es el de prever para el funcionario una responsabilidad penal *agravada* respecto de las conductas comunes (36), dada, en primer lugar —como antes se ha expuesto—, su importante posición en este contexto, y, en segundo lugar, el evidente carácter pluriofensivo (37) de una conducta inadecuada por su parte, al lesionar ésta no sólo el medio ambiente mediante su contribución, sino también el correcto funcionamiento de la Administración pública. Pero la sorpresa del intérprete es mayúscula al comprobar que la pena que corresponde a las conductas del funcionario en el artículo 329 CP (la inhabilitación prevista en el artículo 404 CP más una pena alternativa de seis meses a tres años de prisión o pena de multa de ocho a veinticuatro meses) es significativamente menos severa que algunas de las que pueden llegar a imponerse a los autores de las figuras comunes a la que esta infracción se conecta (especialmente, el delito del artículo 325 CP: seis meses a cuatro años de pena de prisión y pena de multa de ocho a veinticuatro meses, más sucesivas agravaciones en función de diversas circunstancias: dentro del mismo artículo 325 CP, la concurrencia de un riesgo de grave perjuicio para las personas [la pena en su mitad superior], o, más aún, en virtud de lo establecido en el artículo 326 CP (38), que enumera algunas otras situaciones (39) [pena superior en grado]).

Pues, como se indicaba antes, a diferencia de lo que sucedía en el modelo de regulación del PLOCP y de la PANCP, la infracción del

(36) Así, por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, p. 1239; GARCÍA HERNÁNDEZ, en: MARTOS NÚÑEZ (ed.), *Protección penal*, p. 66.

(37) Cfr., por ejemplo, GONZÁLEZ CUSSAC, en ídem (dir.)/CGPJ (ed.), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, p. 44; DE LA MATA BARRANCO, en: ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, p. 401; LESMES SERRANO, en ídem et al., *Derecho penal administrativo*, p. 364; FALCÓN CARO, *CPC*, 1998, p. 683; GIMBERNAT ORDEIG, en ídem, *Ensayos penales*, p. 355.

(38) Si bien parece que habrá que excluir la aplicación a supuestos de intervención de funcionarios mediante otorgamiento de licencia (art. 329.2 CP) o emisión de informes (art. 329.1 CP, primera alternativa) de la agravante del artículo 326 a) CP —precisamente, referida al funcionamiento clandestino—; *vid.* en sentido similar POLAINO NAVARRETE, en Heine (ed.), *Umweltstrafrecht*, p. 520.

(39) Que son las siguientes: «a) Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. b) Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior. c) Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma. d) Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración. e) Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. f) Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones.»

artículo 329 CP no se configura como modalidad de intervención en un delito contra el medio ambiente «común» (cometido por el particular) –añadiendo a la pena de éste la de inhabilitación como agravación por la especial posición del interviniente funcionario–, sino como un delito *sui generis* (40), con una pena específica.

Partiendo de esta situación jurídico-positiva, autores como Muñoz Conde (41) o Suárez González (42) se han lamentado ya de que, en virtud del principio de especialidad, la existencia del artículo 329 CP supone de hecho una situación de privilegio para la actuación de los funcionarios, ya que aquellas conductas que pudieran, estando incluidas en el ámbito del artículo 329 CP, constituir respecto de los delitos «comunes», en particular, respecto del delito del artículo 325 CP, formas de participación (43), o aquellas omisiones que pudieran dar lugar a responsabilidad en comisión por omisión (44), quedarían sujetas a penas inferiores. Dicho en palabras de Terradillos Basoco: «el efecto real de la criminalización específica del funcionario es el favorecimiento de la prevaricación en materia ecológica» (45). Por otro lado, en este mismo sentido, –aunque con una valoración distinta, positiva, en este caso, de la situación jurídico-positiva–, Gimbernat Ordeig ha tomado la relación de penas existente entre el artículo 329 CP y una hipotética responsabilidad en comisión por omisión del funcionario por el correspondiente delito común como la confirmación de que, de hecho, no puede haber comisión por omisión del funcionario en este ámbito (46).

Se daría entonces la paradoja, en todo caso –y por lo demás, no del todo infrecuente en los últimos tiempos de apresuramiento y poca meditación en la legislación penal española (47)– de que una innovación legislativa introducida con la pretensión –al menos verbal– de

(40) Así, por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, pp. 1240 s.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código penal* II, p. 3264.

(41) *PE*¹¹, p. 511; adopta otra posición –siguiendo la propuesta de GÓMEZ RIVERO–, sin embargo, en *PE*¹² p. 562, en la línea de una delimitación que conduce a una aplicación sólo «residual» del precepto; *vid.* más adelante en el texto.

(42) *ComCP*, p. 936.

(43) En sentido similar POLAINO NAVARRETE, en Heine (ed.), *Umweltstrafrecht*, p. 520.

(44) GÓMEZ RIVERO, *LL* 1996, p. 1241.

(45) *EPCr XIX* (1996), p. 323.

(46) GIMBERNAT ORDEIG, en: *ídem*, *Ensayos penales*, p. 356 con nota 245.

(47) Cfr. lo sucedido en relación con el delito de acoso sexual tipificado en el artículo 184 en relación con las infracciones de amenazas condicionales; *vid.* sólo CANCIO MELIÁ, *LL* 1996 (5.12.1996), pp. 3 s.

contar con una resupuesta penal más severa (48) resulta en un trato más beneficioso para el infractor. Estaríamos, entonces, ante un supuesto «de libro» de Derecho penal simbólico (49): lo único relevante es la aprobación del precepto, el acto simbólico de la promulgación de la Ley penal; todo lo demás –la aplicabilidad de la infracción– carece de importancia.

De hecho, esta impresión en relación con las intenciones del legislador (50) se ve confirmada en varios sentidos: por un lado, por los trabajos parlamentarios al Código vigente: cuando en el Senado el Grupo Parlamentario de CiU presentó una enmienda en la que se demandaba la supresión del precepto, por entender que no hacía más que establecer una modalidad de prevaricación (51), el grupo parlamentario entonces mayoritario rechazó esta posición por entender que de lo que se trataba era de dar mayor protección al medio ambiente (52). Por otro lado, ya por la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992 –en el que, como se ha señalado antes, tiene su origen el desorden de penas–, en la que se dice, precisamente, que uno de los sentidos de la introducción de la figura específica está en «contribuir a la eficacia de la persecución» de los delitos medioambientales (53).

Puede parecer, entonces, que el artículo 329 CP significa materialmente un privilegio para las intervenciones de los funcionarios en delitos contra el medio ambiente. Sin embargo, ello no debe ser así, y, en buena dogmática penal, como muestra un análisis algo más detenido,

(48) Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, REDP I (1999), I., texto correspondiente a la nota 6: «la inclusión de este nuevo precepto pretende acabar con la actitud tolerante de la Administración ante las conductas atentatorias contra [el medio ambiente]»; en sentido similar POLAINO NAVARRETE, en Heine (ed.), *Umweltstrafrecht*, p. 525.

(49) Vid. sólo sobre este concepto en relación con el Derecho penal del medio ambiente PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, pp. 365 s. y en la doctrina española HORMAZÁBAL MALARÉE, en: TERRADILLOS BASOCO (ed.), *El delito ecológico*, pp. 51 ss.

(50) Precisamente en este aspecto ve GÓMEZ RIVERO, LL, 1996, p. 1243 –después del acertado análisis crítico del precepto hecho *ibidem*, pp. 1239 ss.– el único elemento positivo de la infracción, por el cual en su opinión «...la sola presencia de esta cláusula específica de responsabilidad es ya digna de elogio en cuanto expresión de la preocupación por asegurar y agravar la responsabilidad de los funcionarios en un ámbito de importancia tan creciente como la materia medioambiental...»; parece, sin embargo, que para poder formular un «elogio» a un legislador tan aquejado de desidia y precipitación hace falta algo más que buenas intenciones.

(51) Vid. la enmienda núm. 208 en *Trabajos parlamentarios*, tomo II, p. 1741.

(52) Cfr. *Trabajos parlamentarios*, tomo II, p. 2175, refiriéndose el portavoz del Grupo Parlamentario Socialista a la discusión en la ponencia.

(53) Vid. la edición del Ministerio de Justicia, p. 40.

de hecho no es así (54). El funcionario puede llegar a responder, a pesar de la existencia del artículo 329 CP, por la intervención delictiva en los tipos comunes de los artículos 325 ss. CP (55).

B. Las conductas incriminadas en el artículo 329 CP

Para poder llegar a realizar ese análisis de las relaciones entre los títulos de responsabilidad jurídico-penal del funcionario derivados de la aplicación de los preceptos «comunes» (es decir, en lo que aquí interesa, los delitos de los artículos 325 y 328 CP), procede ahora un breve examen del contenido de las alternativas de conducta que prevé la infracción del artículo 329 CP. Como antes se señalaba, la descripción típica positivada finalmente en el CP 1995 es la que más alternativas de conducta contempla, en relación con los textos prelegislativos en los que se basa; esta ampliación implica, además, como se verá a continuación, que resulta imposible identificar la infracción como una modalidad de prevaricación.

1. ELEMENTOS COMUNES DE LAS DIVERSAS ALTERNATIVAS DE CONDUCTA

En cuanto a las cuestiones comunes que deben tenerse en cuenta para poder delinear adecuadamente el alcance de las concretas alternativas típicas (56), han de destacarse las siguientes:

a) el referente objetivo-material de las conductas típicas está en que se apartan del correcto ejercicio de la función pública, al realizar conductas «manifiestamente ilegales» o respecto de las cuales cabe predicar «injusticia» (57).

Más allá de que esta descripción típica merece alguna crítica –por lo indeterminado que es la ilegalidad «manifiesta»– (58), el concepto

(54) GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, p. 1239.

(55) En esta dirección el análisis de GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, pp. 1239 ss.; también CARMONA SALGADO, en *Curso PE II*, pp. 32, 70; MUÑOZ CONDE, *PE*¹², p. 562; parece que también BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *ComCP* 1995, p. 1605.

(56) Respecto de las –poco justificadas– diferencias de formulación en los artículos 320, 322 y 329 CP, *vid.* sólo ACALE SÁNCHEZ, *PJ*, 47 (1997), pp. 123 ss.

(57) *Vid.*, respectivamente, artículo 329.1 y 2. CP.

(58) Pues si puede determinarse lo que es ilegal, mucho más difícil es lo que lo es «manifiestamente»; *vid.* VIRTO LARRUSCAIN, en ASÚA BATARRITA, *Delitos contra la Administración pública*, pp. 153 s.; ACALE SÁNCHEZ, *PJ*, 47 (1997), p. 125; hasta el punto de que TERRADILLOS BASOCO (EPCr XX [1997], p. 324) prefiere entender la cláusula en sentido subjetivo, como reiteración de «a sabiendas»; *vid.*, en todo caso, lo dicho a continuación en el texto en relación con la doctrina jurisprudencial del TS.

de ilegalidad debe ser el común para el delito de prevaricación, es decir, de contradicción objetiva con el ordenamiento, concepto en el que, como resume la doctrina del TS, ya se hallaba presente de alguna manera la consideración de que la ilegalidad a efectos de prevaricación debía reunir características de particular intensidad –para distinguirla de la «mera ilegalidad»– que pueden identificarse con la caracterización de «manifiesta»:

«... es la naturaleza injusta de la resolución el que plantea mayores problemas. La injusticia puede provenir de la absoluta falta de competencia por parte del sujeto activo, por la inobservancia de esenciales normas de procedimiento o por el propio contenido sustancial de la resolución, de modo tal que suponga ésta un «torcimiento del Derecho» o una contradicción con el ordenamiento jurídico tan patente y manifiesta... que pueda ser perfectamente apreciada por cualquiera, dejándose de lado, obviamente, la mera ilegalidad producto de una errónea interpretación, equivocada o discutible, que en tantas ocasiones ocurre en el mundo jurídico... para definir el carácter injusto, intrínsecamente hablando, de la resolución, se impone la perspectiva objetiva, conforme a la cual no habrá decisión injusta cuando ésta se acomode a la legalidad o cuando siendo ilegal se encuentre justificada por error o equivocación en la interpretación de la norma, habida cuenta que no se genera responsabilidad criminal por el solo hecho de que un órgano superior, competente para dilucidar los recursos correspondientes, declare que la resolución impugnada no es conforme a Derecho. Es necesario que la ilegalidad, o aquel «torcimiento del Derecho», sea tan grosero y evidente que revele de por sí la injusticia, el abuso y el «plus» de antijuridicidad... En conclusión, vendrá determinada la injusticia si no existe ningún método de interpretación racional que permita sostener el criterio adoptado...» (59); «... la sola y pura ilegalidad... no entraña por sí mismo un ilícito penal o infracción punible... pues no toda infracción de las normas legales, bien en la decisión o en la tramitación de un asunto, acarrea de inmediato la responsabilidad penal, teniendo en cuenta que el elemento normativo del tipo penal es la resolución injusta, no la simple resolución ilegal» (60); por otra parte, el TS ya ha declarado aplicable a la nueva redacción del artículo 404 CP 1995 esta doctrina –sentada bajo la vigencia del anterior CP–: «El nuevo Código Penal (artículo 404) ha venido a clarificar el tipo objetivo del delito, no innovando sino recogiendo lo que ya expresaba la doctrina jurisprudencial, calificando de “arbitrarias” las resoluciones que integran el delito de prevaricación, es decir, como actos contrarios a la justicia, la razón o las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho.

(59) STS 27.5.1994.

(60) STS 23.11.1993.

Esta ausencia de fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad del autor y su manifiesta contradicción con la justicia, es lo que caracterizan el acto arbitrario, por lo que no basta la mera ilegalidad sino que se precisa un “plus” de antijuridicidad, que es lo que justifica la intervención del Derecho penal más allá del control de legalidad propio de la jurisdicción contencioso-administrativa.» (61)

Por otro lado, quizás la caracterización típica como «manifiesta» de la ilegalidad responda a la conciencia del legislador de que, como es sabido, el elenco de las normas administrativas que han de servir de complemento a la determinación de la tipicidad en el ámbito relacionado con el medio ambiente se encuentra enormemente fragmentado (62).

En este sentido, incluso puede decirse que si respecto de los delitos contra el medio ambiente la accesoriidad de las normas administrativas plantea enormes dificultades, en el caso concreto del artículo 329 CP estaríamos ante una «doble accesoriidad» o «accesoriidad escalonada»: en primer lugar, debe comprobarse la tipicidad de la conducta —con su correspondiente complemento administrativo— del particular a la que se refiere el artículo 329 CP; en segundo lugar, debe comprobarse también más específicamente la infracción de las normas administrativas que rigen la conducta del funcionario en cuanto a la emisión del informe (art. 329.1 CP primera alternativa), de la resolución (art. 329. 2 CP) o al desarrollo de la actividad de control concretada en las «inspecciones» (art. 329.1 CP, segunda alternativa de comportamiento).

b) Respecto del tipo subjetivo, hay que subrayar que —como sucede en el CP 1995 con la prevaricación común (63)— el legislador ha optado —mediante la utilización de la cláusula «a sabiendas»— por excluir la posibilidad de la comisión de la infracción por imprudencia (64), requiriéndose, incluso, la presencia de dolo directo.

(61) STS 5.6.1998; en este sentido también, por ejemplo, la STS 24.11.1998. En la misma línea, *vid.*, por todos, la argumentación de FEIJÓO SÁNCHEZ, *ComCP*, pp. 1089 s.; ídem, *LL*, 1997 (18.3.), p. 1, con ulteriores referencias acerca del estado de la cuestión.

(62) En un primer momento —*vid.* a continuación en el texto—, a través de la remisión a normas extrapenales como complemento indispensable del tipo del artículo 325 CP: «Leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente»; sobre esta problemática *vid.* en la doctrina española, últimamente, solo MORALES PRATS, en: VALLE MUÑIZ (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, pp. 225 ss., 229 ss.; DE LA MATA BARRANCO, en EM Casabó I, pp. 569 ss., y DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad penal del funcionario*, pp. 68 ss.

(63) *Vid.* sólo FEIJÓO SÁNCHEZ, *ComCP*, pp. 1091 s.

(64) *Cfr.* sólo, respecto de las infracciones de los artículos 320, 322 y 329 CP, ACALE SÁNCHEZ, *PJ* 47 (1997), pp. 140 ss.

c) En lo que se refiere, finalmente, a los *sujetos activos* (65), conviene tan sólo destacar que frente a otros textos (prelegislativos) se ha suprimido la mención al funcionario «facultativo», que podía hacer entender que se dejaba fuera «funcionarios políticos» (alcaldes, etc.), lo que no tendría sentido (66). Por otra parte, como resulta claro, quedan fuera del alcance típico las conductas de aquellos que realicen informes sin ser funcionarios a efectos penales, como puede llegar a suceder en múltiples procedimientos administrativos en los que el órgano decisor está facultado para requerir cualesquiera informes (externos) que estime necesarios.

2. ALTERNATIVAS DE CONDUCTA

a) *Emisión de informes*

En primer lugar, queda incriminada la emisión de *informes* favorables a «la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores».

El texto no especifica a qué tipo de informes se alude, de modo que habrá que entender que se refiere tanto a informes preceptivos, sean vinculantes o no, como a informes facultativos (67) o que puedan requerirse (68) *ad hoc* (69). «Informes» son, en el ámbito del procedimiento administrativo, «actuaciones administrativas, normalmente, de órganos especializados, que sirven para ilustrar al órgano decisor» (70). Parece, en todo caso, que el legislador tenía presente

(65) Vid. ACALE SÁNCHEZ, *PJ* 47, (1997), p. 127; FALCÓN CARO, *CPC*, 1998, pp. 678 ss.; De VICENTE MARTÍNEZ, REDP 1 (1999), II. Cfr. lo dispuesto por el artículo 24 CP: «1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.»

(66) DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad penal del funcionario*, pp. 118 s.

(67) Téngase en cuenta que la regla es que los informes —a menos que se especifique lo contrario— sean facultativos y no vinculantes; cfr. lo dispuesto en el artículo 83.1 LRJAP-PAC.

(68) Vid. artículo 82 LRJAP-PAC.

(69) Así, por ejemplo, LESMES SERRANO, en ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, pp. 365 s.

(70) PARADA, *Derecho administrativo PG*, p. 240.

el cuadro criminológico del sujeto especialista que con su informe tiene una gran influencia en la resolución del funcionario competente que no es experto en la materia en cuestión, sea jurídica o técnico-científica.

Es evidente, por otra parte, que se trata de una conducta no incluida dentro del ámbito de la prevaricación, ya que la emisión del informe no constituye «resolución» (71), es decir, que desde el punto de vista del desarrollo de cualquier procedimiento administrativo, se trata de un acto muy anterior a la resolución –y también, como es evidente, de menor relevancia jurídico-administrativa que ésta–, que es la que genera efectos (72).

Por otro lado, del tenor literal del precepto («licencias... que autorizan el funcionamiento») –y también del carácter de anticipación que tiene la incriminación– se deduce que es necesario que el órgano decisor haya seguido la posición favorable a la concesión del informe (73).

Finalmente, parece que no podrán estimarse incluidas en esta alternativa típica las declaraciones de impacto ambiental que tanta relevancia tienen en el proceso de toma de decisión acerca de la autorización de actuaciones lesivas para el medio ambiente, pues por razones de legalidad parece que no puede considerarse incluida esta actuación ni en el presente contexto del «informe» –pues, por un lado, en el plano del lenguaje, la declaración de impacto ambiental no es propiamente un «informe», es decir, una «noticia... que se da de un negocio o suceso» (74), y, por otro, en el plano material, tampoco se corresponde con la característica del informe de ser, como acaba de señalarse, un análisis sobre cuya base se resuelve por parte de otro sujeto–, ni tampoco, como es claro, en el de la «resolución» (75). Por otro lado, tam-

(71) *Vid.* el artículo 404 CP: «A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.»

(72) En este sentido, VIRTO LARRUSCAIN señala (en ASÚA BATARRITA [ed.], *Delitos contra la Administración pública*, pp. 130 s.) que no debería haberse producido la equiparación con las otras alternativas, en particular, con el hecho mismo de dictar (o votar a favor de) la resolución, teniendo además en cuenta la insoportable incoherencia que se produce respecto de la importancia secundaria que le atribuye el ordenamiento disciplinario administrativo a la conducta (*ibidem*, p. 132); también en sentido crítico POLAINO NAVARRETE, en Heine (ed.), *Umweltstrafrecht*, pp. 522 s.; LESMES SERRANO, en: ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, p. 366.

(73) LESMES SERRANO, en ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, p. 367.

(74) Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

(75) En este sentido, por todos, PRATS CANUT, *ComNCP*, p. 1536; TERRADILLOS BASOCO, *EPCr XX* (1997), p. 324.

poco –igualmente, por razones de legalidad– podrá estimarse incluido en este ámbito el caso de la «propuesta de resolución» (76) hecha por el instructor del expediente administrativo, pues no se trata técnicamente de un informe –y tampoco de una resolución, claro está–, y ello, como señala Lesmes Serrano (77), a pesar de que esta propuesta de resolución en muchos casos tendrá más peso sobre la decisión final que alguno de los informes, incluidos, como se ha visto, de manera indiscriminada –en lo que se refiere a su peso en el proceso de toma de decisión del órgano que resuelve– en el ámbito típico.

b) *Concesión de licencias*

En segundo lugar –atribuyéndose aquí esta posición desde el punto de vista lógico de la dinámica de actuación, ya que el legislador ha colocado esta alternativa de conducta, por alguna razón ignota, en el número segundo del precepto, es decir, en tercer lugar de orden de las descripciones típicas– se incrimina la conducta nuclear de la prevaricación (78), que es también aquella que también guarda una relación más directa con la comisión de delitos contra el medio ambiente (79), teniendo en cuenta el alto nivel de penetración del control administrativos en las actividades en cuestión: el otorgamiento de una licencia que autoriza conductas lesivas (80), debiendo ser ésta, como antes se ha señalado, «manifiestamente ilegal».

Hay que destacar aquí que, además, se introduce en la regulación una variante de conducta que es, más allá de la de «resolver» por sí mismo el funcionario, la de quien «como miembro de un organismo colegiado hubiese... votado a favor» de la concesión de la licencia en cuestión; de todos modos, esta precisión (81) parece innecesaria,

(76) Cfr., por ejemplo, artículo 84 LRJAP-PAC.

(77) En ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, p. 366.

(78) Así, por ejemplo, GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, p. 1241; LESMES SERRANO, en ídem *et al.*, *Derecho penal administrativo*, p. 368.

(79) En sentido similar GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, p. 1239.

(80) En este ámbito es en el que resulta especialmente llamativo que no exista un precepto análogo a los artículos 320, 322 y 329 CP en el sector de la protección de flora y fauna, pues si bien puede pensarse que aquí carecen de relevancia tanto la emisión de informes como –aunque menos– la actividad de control («inspecciones»), está claro que las «resoluciones» sí tienen importancia práctica en esta materia –vinculada, por otra parte, de modo nuclear al bien jurídico «medio ambiente»–; cfr. la STS 24.11.1998 (LL 22.2.1999), en la que se condena por prevaricación a una autoridad –diputado foral de Vizcaya– al haber dictado éste una resolución autorizando una determinada modalidad de caza careciendo de competencia para ello.

(81) Estimada perturbadora por oscura por parte de algún autor, así, por ejemplo, PRATS CANUT, *ComNCP*, p. 1536.

puesto que viene aplicándose en el ámbito de la prevaricación (82) la figura a este tipo de supuestos de resoluciones adoptadas en órganos colegiados (83).

c) *Silenciamiento de infracciones*

En tercer lugar, como especialidad dentro de las «prevaricaciones específicas» (84), queda inculpada la conducta del funcionario que «con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que» regulen las actividades delictivas a las que se refieren los artículos anteriores.

Queda claro, por un lado, que el precepto no se refiere a cualquier infracción de esas normas, al estar presidido todo el artículo 329 CP por la referencia a que las actividades en cuestión son las que quedan abarcadas por «los artículos anteriores», es decir, son actividades constitutivas de delito (85). Por otra parte, la utilización del verbo «silenciar» indica que se trata de una conducta que va más allá del mero omitir una reacción (86) —aunque ésta sea debida— por parte del funcionario. También aquí, por otro lado, resulta evidente que no se trata de una conducta de prevaricación, de modo que la determinación de la pena a través de la del artículo 404 CP debe entenderse como una mera remisión, precisamente, a efectos de fijación de la pena (87).

3. CONSECUENCIAS PARA LA CONCEPCIÓN DEL PRECEPTO

Sintéticamente, puede decirse que las conclusiones que cabe extraer del breve análisis de las modalidades típicas del artículo 329

(82) Y más allá de que la definición del artículo 24 CP —en particular, la de la autoridad, que alude expresamente a la posibilidad de que el sujeto integre un órgano plurisubjetivo—; *vid.* sobre el concepto de autoridad y de funcionario sólo, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ComCP*, pp. 157 ss.

(83) *Vid.* últimamente STS 20.4.1995; respecto del delito de prevaricación judicial, en el mismo sentido, por ejemplo, STS 4.7.1996; sin embargo, POLAINO NAVARRETE, en Heine (ed.), *Umweltstrafrecht*, pp. 521 s., estima que se trata de conductas de «evidente desigualdad axiológica».

(84) Respecto de esta cuestión, afirma que la ausencia de la alternativa de conducta del «silenciamiento» en los artículos 320 y 322 CP no tiene sentido TERRADILLOS BASOCO, *EPCr XX* (1997), pp. 326 s.

(85) Alcanzan esta misma conclusión apelando al principio de intervención mínima BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *ComCP 1995*, p. 1605; TERRADILLOS BASOCO, *EPCr XX* (1997), p. 327.

(86) *Vid.* en este sentido TERRADILLOS BASOCO, *EPCr XX* (1997), p. 327.

(87) Como ha señalado, en particular, GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, p. 1239; *vid.* en el mismo sentido ACALE SÁNCHEZ, *PJ* 47 (1997), p. 123; GARCÍA HERNÁNDEZ, en MARTOS NÚÑEZ (ed.), *Protección penal*, p. 67.

CP son las siguientes: por un lado, en contra de lo que pudiera hacer pensar la terminología más extendida en la doctrina que se ha ocupado de la infracción, no se trata de una «prevaricación», como se ha visto, porque las conductas descritas típicamente desbordan, con mucho, el ámbito de esta figura.

Pero, por otro lado, sí estamos ante una infracción muy «específica», en comparación con lo que resultaría de la aplicación de las reglas especiales: en efecto, las modalidades incorporadas —en particular, la de «silenciamiento con ocasión de las inspecciones»— sólo recogen una parte muy concreta del espectro de posibles intervenciones.

Dicho en una frase: el precepto va más allá del ámbito de la prevaricación, pero se queda muy corto como disposición tipificadora genérica de la intervención de funcionarios en la comisión de delitos contra el medio ambiente.

C. La relación entre la infracción del artículo 329 CP y los «delitos comunes»

Una vez llevado a cabo el breve análisis de las conductas tipificadas en el artículo 329 CP que antecede, puede pasarse a delinear la relación concursal que debe existir entre el ámbito de este precepto y posibles modalidades de responsabilidad del funcionario derivadas de otros títulos de imputación. Como se verá, esta relación se encuentra plagada de dificultades, dificultades debidas a un extraordinario déficit de previsión por parte del legislador, y que justifican la conclusión de que *de lege ferenda* habría que introducir significativas modificaciones en el precepto o, incluso, suprimirlo, como alternativas más adecuadas que la actual regulación.

Sin embargo, como cuestión previa, hay que reseñar que es presupuesto de estas reflexiones, como resulta evidente, que se parta de la base de que los funcionarios en cuestión puedan —al menos en una hipótesis— resultar responsables por su intervención como tales en alguno de los «delitos comunes». Pues si ello no fuera así, obviamente el artículo 329 CP tendría valor constitutivo en cuanto a la incriminación, y la discusión se acabaría en este punto. De hecho, como antes se señalaba, se tiende a decir que el nacimiento del artículo 329 CP debe interpretarse como mecanismo para eludir las dificultades a la hora de utilizar otros títulos de imputación para el funcionario.

Sin embargo, como se habrá percibido por todo el texto que antecede, aquí se parte de que sí cabe imaginar supuestos en los que pueda establecerse —al menos idealmente, es decir, a salvo de los resultados que arroje el análisis de la cuestión concursal respecto del artículo 329 CP—

responsabilidad de los funcionarios por intervención en los delitos comunes: piénsese en supuestos de intervención a título de cooperador necesario o, también, a título de autor en comisión por omisión (88).

Lo que procede antes de abordar las diversas posibilidades de configurar las relaciones entre los delitos comunes y las conductas del artículo 329 CP es, entonces, el planteamiento de diversas hipótesis:

1. HIPÓTESIS

Desde la perspectiva de las penas que pudieran resultar y de la implicación de los correspondientes preceptos, cabe plantear las siguientes tres hipótesis:

a) En primer lugar, puede suceder que la conducta sólo pueda encuadrarse en el ámbito típico del artículo 329 CP: así, por ejemplo, cuando uno de los funcionarios que pueden ser sujetos activos concede una licencia manifiestamente ilegal cuya ejecución daría lugar a la realización de una conducta del artículo 325 CP.

b) En segundo lugar, puede suceder que la conducta sólo pueda ser encuadrada en el ámbito típico de uno de los preceptos comunes: así, por ejemplo, cuando el funcionario en cuestión se pone de acuerdo con el autor de un delito del artículo 325 CP para que las inspecciones de su organismo no alcancen a la industria del autor: posible calificación de cooperación necesaria en la infracción del artículo 325 CP.

c) Finalmente, en tercer lugar, puede suceder que la conducta del funcionario pueda, en principio, calificarse tanto con arreglo al precepto común como al artículo 329 CP, es decir, que el hecho «sea susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más preceptos de este Código» (89).

Dentro de este sector de intersección de los hipotéticos ámbitos de aplicación de los delitos comunes y de la infracción del artículo 329 CP, pueden suceder, a su vez, *dos hipótesis*: puede que, en primer lugar –y en la mayoría de los casos (90)–, la pena que corresponda a la conducta del funcionario de acuerdo con el artículo 329 CP sea *más leve* que la que correspondería de aplicarse el correspondiente precepto común: así, por ejemplo, si el funcionario emite una resolución en la que se autoriza una actividad industrial que cumple los requisitos típi-

(88) Vid. el análisis *infra* IV.

(89) Art. 8 CP.

(90) Dado lo estrecho del margen de aplicación que queda, a causa de una defectuosa delimitación, para la infracción del artículo 328 CP, como se exponía *supra* en nota 3.

cos del artículo 325 CP, y, además, para la realización del hecho se han falseado, por ejemplo, información respecto de su relevancia ambiental (art. 326 c) CP), la pena sería –calificando la conducta de cooperación necesaria– de la de cuatro años a cinco años y ocho meses de prisión y multa de 24 a 30 meses más inhabilitación de tres a cinco años (91), mientras que la prevista para la conducta del artículo 329 CP es, como se ha dicho, la de inhabilitación prevista en el artículo 404 CP más una pena alternativa de seis meses a tres años de prisión o pena de multa de ocho a veinticuatro meses. Sin embargo, en segundo lugar, puede que la pena correspondiente a la conducta en virtud del artículo 329 CP sea [al menos potencialmente (92)] *más grave* que la que correspondería aplicando los correspondientes preceptos comunes: así, por ejemplo, si la conducta del funcionario consiste en la emisión de un informe –imaginemos que no vinculante, y, por lo tanto, que no diera lugar a la calificación de la conducta de cooperación necesaria, sino sólo de complicidad– para el establecimiento de un depósito típico en virtud de lo dispuesto en el artículo 328 CP: multa de 12 a 18 meses y arresto de fin de semana de 18 a 24 fines de semana.

2. CRITERIOS DE SOLUCIÓN

Teniendo presentes las hipótesis acabadas de formular, puede pasarse a un igualmente breve análisis de las diversas soluciones que cabría dar al concurso de leyes planteado.

a) *Incompatibilidad - relación de especialidad*

En primer lugar, cabría pensar que el legislador, al tipificar la infracción del artículo 329 CP, ha querido fijar en su conjunto el alcance de la responsabilidad jurídico-penal del funcionario en materia de medio ambiente. La relación que existiría entre las figuras comunes de delitos contra el medio ambiente y la del artículo 329 CP sería, entonces, la de *especialidad*.

En efecto, respecto de esas (93) figuras comunes se darían los requisitos conceptuales de la especialidad, es decir, que entre «los pre-

(91) Cfr. artículos 325, 326, 28 b) y 70.1 y 70.2 CP; ello sin tener en cuenta, de momento, lo que pudiera resultar además de un concurso ideal con la infracción del artículo 404 CP –sobre lo que se volverá más adelante en el texto.

(92) Pues como se verá inmediatamente, los marcos penales se solapan.

(93) Respecto de la otra figura común, es decir, el delito de prevaricación del artículo 404 CP –respecto de aquellos casos en los que las conductas del artículo 329 CP integrarían tal figura, es decir, respecto de la alternativa de conducta doble del

ceptos aparentemente concurrentes uno de ellos contempl[e] más específicamente el hecho que los demás» (94). En efecto, pareciera que el elemento de las diversas conductas que debe realizar en el artículo 329 CP concretamente el funcionario aporta una descripción más específica que la contribución que pudiera realizarse uno de los sujetos activos de las infracciones comunes contra el medio ambiente. Éste es el entendimiento que parece estar en la base de las voces doctrinales antes citadas de acuerdo con las cuales la existencia del artículo 329 CP cerraría la posible aplicación de otros preceptos que prevén penas potencialmente más graves.

Sin embargo, desde la perspectiva aquí adoptada, no existe relación de especialidad entre la infracción del artículo 329 CP y las figuras comunes. En lo fundamental, son cuatro los argumentos a emplear en este contexto:

En primer lugar, debe llevarse a cabo una reflexión de *sistemática legislativa* dentro del conjunto del título: como antes se ha señalado, el legislador no ha previsto la cláusula específica —aparte de otros sectores normativos en los que ésta no aparece, siendo igualmente relevante la intervención de la Administración pública (95)— ni respecto de los delitos contenidos en el capítulo dedicado a la protección de la flora y fauna ni respecto de la infracción del artículo 330 CP, recogida en el mismo capítulo de los delitos contra el medio ambiente a los que se refiere el artículo 329 CP.

Si la regulación del artículo 329 CP fuera excluyente respecto de la intervención de los funcionarios en el ámbito del artículo 325 ss. CP, se daría la paradoja de que el funcionario que, por ejemplo, autorice el ingreso en España de una especie de flora o fauna no autóctona sea penado, como cooperador necesario, con la misma pena del particular que la libere (más la correspondiente, en su caso, a la prevaricación) (96), mientras que en el ámbito del artículo 325/326 CP, por ejemplo, la pena del funcionario que realice una contribución similar, será siempre sensiblemente inferior a la del particular.

Esta hipótesis indica que el legislador no puede haber previsto un régimen de privilegio precisamente para las infracciones más graves (las relativas a los recursos naturales y medio ambiente en general

artículo 329.2 CP, única que cumple los elementos del delito de prevaricación, como antes se ha señalado— parece claro que, en principio, existe tal relación de especialidad; *vid.*, en este sentido sólo FEJÚO SÁNCHEZ, *ComCP*, p. 1092.

(94) MIR PUIG, *PG*⁵, 27/69.

(95) Esto lo resalta, críticamente, CARMONA SALGADO, en *Curso PE II*, p. 30.

(96) Cfr. artículo 333 CP.

frente a las que se refieren a la flora y fauna), infracciones en las que, por otra parte, y como resulta obvio, la intervención de la Administración pública es especialmente relevante (97).

En segundo lugar, procede un análisis del *alcance típico* de las alternativas de comportamiento recogidas en el artículo 329 CP. Como ha señalado, por ejemplo, Gómez Rivero (98) –y antes se ha ejemplificado–, las modalidades de intervención tipificadas en el artículo 329 CP no son las únicas que podrían dar lugar a la calificación de cooperación necesaria respecto de los correspondientes delitos comunes. Así, por ejemplo, el funcionario o autoridad que «silencia» la comisión de un acto de contaminación que pudiera dar lugar a un delito del artículo 325 CP, y, por ello, a la aplicación del artículo 329 CP, pero *no* lo hace «con ocasión de sus inspecciones», no ingresa en el ámbito típico del artículo 329 CP (99), en virtud de elementales consideraciones en relación con el principio de legalidad (100). O, como ha sido señalado reiteradamente por la doctrina (101), quien en vez de votar a favor de una concesión se abstiene, o emite voto nulo o en blanco –sabiendo que con ello se asegura materialmente el acuerdo favorable–, tampoco realiza la infracción del artículo 329 CP. Si puede afirmarse que estas conductas constituyen una modalidad de comisión por omisión, o de cooperación necesaria, ¿van a recibir pena más grave que la prevista para las correspondientes conductas que sí integran el artículo 329 CP? O, incluso, llevando el argumento de la especialidad

(97) Pues con carácter general cabe decir que mientras en el ámbito de la protección de la flora y la fauna en muchas ocasiones no existe una intervención mediante autorización/licencia de un funcionario público, sino que es el propio ciudadano el que debe interpretar las normas sectoriales, parece claro que en materia de vertidos, etc., al menos en el plano industrial, siempre debería intervenir la Administración pública.

(98) *LL*, 1996, pp. 1239 ss., *vid.* también DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP*, 1998, p. 303.

(99) De modo que si se considera acertado estimar que, respecto de las hipótesis de omisión, sólo existe la posibilidad de hacer responder al funcionario por esta alternativa de conducta tipificada –y no por comisión por omisión del correspondiente precepto común–, como hace GIMBERNAT ORDEIG (en: *ídem*, *Ensayos penales*, p. 356 con nota 245), al considerar que no puede haber comisión por omisión del funcionario por no existir equivalencia entre la comisión y la omisión –cuestión en la que ahora no cabe entrar–, se está aceptando una tipificación al menos altamente discutible: el funcionario directamente encargado de la vigilancia de una planta potencialmente peligrosa que sencillamente omite toda inspección de esa planta no responderá penalmente, mientras que el que silencia con ocasión de una inspección puede ser incluso sometido a pena privativa de libertad.

(100) DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP*, 1998, p. 303.

(101) Cfr., por ejemplo, LESMES SERRANO, en *ídem et al.*, *Derecho penal administrativo*, p. 369; DE VICENTE MARTÍNEZ, *REDP* 1 (1999), II., texto correspondiente a la nota 15.

hasta su última consecuencia: ¿van a quedar impunes por no quedar abarcadas por el alcance típico del artículo 329 CP?

En tercer lugar, otro aspecto del alcance típico lo constituye la cuestión de la *incriminación de la imprudencia*. Como antes se ha señalado, la cláusula de punición de la imprudencia en el artículo 331 CP («en su caso... artículos anteriores») resulta inaplicable a los supuestos de conductas previstas en el artículo 329 CP, como deriva no sólo de la estructura misma de la prevaricación en sentido estricto a la que se remite el artículo 329 CP, sino, sobre todo, de la mención expresa «a sabiendas» (102).

Tampoco esta restricción de la punibilidad –si pensamos en la fenomenología que con mayor frecuencia puede aparecer en este contexto– resulta explicable si partimos de que el artículo 329 CP sea el único modo de generar responsabilidad de los funcionarios públicos.

Finalmente, en cuarto lugar –y sobre todo–, ha de recordarse aquí la relación existente entre las *penalidades* previstas para los correspondientes delitos comunes con las que se asignan a las conductas previstas y penadas en el artículo 329 CP (103) en la mayoría de los supuestos (pena más grave para el delito común). La desproporción es de tal magnitud que constituye un indicio relevante de que el artículo 329 CP no es la única respuesta del ordenamiento penal frente a la intervención de funcionarios en delitos contra el medio ambiente.

b) *Compatibilidad - concurso ideal*

En el polo opuesto a la solución acabada de referir se encuentra la idea de que no sólo no existe relación de especialidad entre las infracciones comunes y el delito del artículo 329 CP, sino que éstas son perfectamente compatibles, por no interferir de ninguna manera entre ellas.

Conforme a este entendimiento, el objeto de la introducción del artículo 329 CP sería el de dotar a determinados actos administrativos de una seriedad especial, jurídico-penalmente garantizada, en el ámbito de la actividad de control de la Administración pública en materia de medio ambiente. Se trataría, entonces, de una verdadera «prevaricación específica» –tanto por la materia como por la formulación típica, que, como se ha visto, no coincide con la de la infracción común del artículo 404 CP–, no de un delito contra el medio ambiente. En favor de ello también podría hablar que, como se ha señalado en la doctrina y antes se ha expuesto, sólo algunos de los comportamientos

(102) GÓMEZ RIVERO, LL, 1996, pp. 1242 s.

(103) De «punto neurálgico» de esta figura la califica DE VICENTE MARTÍNEZ, REDP 1 (1999), II., texto a continuación de la nota 17.

descritos sean realmente constitutivos de prevaricación, mientras que otros, en realidad, se refieren a irregularidades situados *antes* o al margen de una verdadera prevaricación (104). Como se ha dicho, podría entenderse, que se quiere dotar, entonces, de una especial protección penal al correcto desarrollo de la actividad administrativa.

De acuerdo con este punto de vista, cuando concorra una responsabilidad del funcionario por autoría directa o por participación en los delitos contra el medio ambiente, si *además* realiza con esas conductas el delito del artículo 329 CP, deberá apreciarse un concurso ideal o medial, en su caso, entre ambas infracciones.

Sin embargo, parece claro que ésta no es la concepción adecuada. A pesar de que proporcionaría una solución de sencilla aplicación para todos los supuestos, lo cierto es que al preguntar cuál es la razón por la que se habría producido esta tipificación específica, la respuesta no puede ser otra que en atención a la especial relevancia de los bienes medioambientales.

Y, entonces, la cuestión es evidente: un castigo en concurso ideal entre el delito común contra el medio ambiente y la infracción del artículo 329 CP incurriría en un *bis in idem*. Debe encontrarse, por consiguiente, otra solución.

c) *Relación de subsidiariedad*

1. JUSTIFICACIÓN

Las consideraciones acabadas de efectuar, sin embargo, desde la perspectiva aquí adoptada, no deben llevar a lamentar el apresuramiento o los pocos conocimientos técnicos del legislador y a aceptar la existencia de una relación de especialidad sin sentido material, sino al intento de hallar sentido a ley. Y ese sentido tan sólo puede estar en atribuir un carácter diferenciado a la infracción prevista en el artículo 329 CP y a las otras modalidades de intervención de los funcionarios en este contexto, sea a través de modalidades de participación, sea a través de modalidades de autoría directa.

De hecho, entre la (escasa) doctrina que se ha ocupado del precepto, después de iniciales lamentaciones en torno a una aparente rela-

(104) En efecto, como antes se ha dicho, en el caso de la primera alternativa de conducta (informar favorablemente) es evidente que no se dicta una resolución; en el caso de la segunda alternativa, la diversidad frente a la prevaricación es aún más evidente. En este sentido, *vid.* sólo GONZÁLEZ CUSSAC, en *ídem* (dir.)/CGPJ (ed.), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, pp. 45 s.; GÓMEZ RIVERO, LL, 1996, pp. 1239 ss.; DE VICENTE MARTÍNEZ, REDP 1 (1999), texto previo a la nota 20.

ción de especialidad materialmente inconveniente, son mayoría las propuestas de solución que van en esta dirección, que –al menos implícitamente– implica asumir la existencia de una relación *tácita de subsidiariedad* entre el artículo 329 CP y los correspondientes preceptos comunes (105).

Como es sabido, la existencia de una relación de subsidiariedad es aquella situación de concurso de normas que más intensamente viene marcada por consideraciones valorativas (106) –en lugar de argumentos lógicos–; y las reflexiones antes expuestas en relación con la imposibilidad –valorativa– de aceptar la existencia de una relación de especialidad son la base para asumir también aquí este punto de vista, que conduce, como es natural, a una aplicación tan sólo residual del precepto.

2. SOMBRAS

Sin embargo, es necesario subrayar que ésta es una solución que, siendo la más adecuada, genera también considerables dificultades, que pueden condensarse en torno a tres cuestiones:

En primer lugar, y sobre todo, la solución de la subsidiariedad –cosa que, en lo que se alcanza a ver, no se ha señalado aún en las manifestaciones de la doctrina al respecto– no puede servir para todos los supuestos concursales. En efecto, como antes se ha expuesto, entre las situaciones de concurrencia posibles no sólo hay supuestos en los que la pena prevista para la comisión de delitos comunes es *superior* a las establecidas en el artículo 329 CP –si bien parece que ello sucederá en la mayoría de los casos–, sino que también existen supuestos en los que la intervención en el delito común –en particular, si se trata de la figura residual del artículo 328 CP– genera una pena menor a la que prevé el artículo 329 CP. Pues bien, si el argumento central de la tesis de la subsidiariedad es –como acaba de señalarse– que desde el punto de vista valorativo no puede entenderse que el legislador haya previsto un régimen de privilegio para el funcionario, resulta completamente inaceptable que de esa misma relación de subsidiariedad derive la situación que se trata de evitar, es decir, de privilegio. De modo que en estas otras situaciones, no queda otra vía que afirmar una resucitación del precepto desplazado –el art. 329 CP–, construyendo la aplicación

(105) En esta línea la delimitación funcional –es decir, sin posibilidad de concurso– que ha propuesto entre ambos ámbitos GÓMEZ RIVERO, *LL*, 1996, pp. 1239 ss.; *vid.* también, aunque sin mayor fundamentación, BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *COMCP* 1995, pp. 1605 s.; TERRADILLOS BASOCO, *EPCr* XX (1997), pp. 331 s.; MUÑOZ CONDE, *PE*¹², p. 562; MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, p. 68; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP*, 1998, p. 303.

(106) *Vid.*, por todos, GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*», pp. 339 s.

de las penas previstas en el artículo 329 CP como una mera remisión a efectos de pena. No hace falta subrayar especialmente lo insatisfactorio que resulta tener que propiciar una solución tan poco armónica –subsidiariedad sólo sectorial con elementos de alternatividad–. Pero consideradas las posibilidades normativas, parece que no hay otra. La insatisfacción a la que acaba de aludirse, por otra parte, no deriva sólo de una percepción de las imperfecciones «estéticas» de tal solución mixta. Por el contrario, se debe a un malestar de mayor calado: dicho el malestar que deriva de la convicción que una solución tan complicada cuenta con pocas posibilidades de ser aplicada en la *praxis* por los órganos judiciales, que se suma a la mala conciencia a la que se aludía en la introducción a este texto, en el sentido de estar contribuyendo –a la vista de la realidad judicial– a una suerte de dogmática-ficción.

No se acaban aquí los puntos débiles de la solución propuesta –si bien el acabado de reseñar es, sin duda, el más importante–. En efecto, en un orden decreciente en importancia, debe señalarse ahora que el resultado que se obtiene en cuanto al alcance típico de la infracción del artículo 329 CP con la interpretación propuesta es altamente insatisfactorio. En efecto, la mención en la doctrina favorable a la subsidiariedad tácita de que se reservaría con su aplicación sólo un «alcance residual» para la infracción del artículo 329 CP olvida (107) que este alcance residual generará –en caso de producirse la aplicación efectiva del precepto– resultados altamente insatisfactorios desde el punto de vista político-criminal: se estarán penando supuestos –especialmente en el caso de las alternativas de conducta primera y segunda–, valga la redundancia, de «anticipación de la anticipación» (108), en los que la conexión con el bien jurídico es tan tenue que se trata de delitos que no cabe calificar de otro modo que como puramente formales.

Finalmente, hay un último efecto negativo que subrayar: es evidente que el legislador ha tomado una decisión –criticable, como antes se ha reseñado– en el sentido de equiparar en términos de pena diversas conductas en el artículo 329 CP que están en escalones bastante distintos de valoración en el resto del Código. Pues bien, mediante la solución de la subsidiariedad se deconstruye esta equiparación: en efecto, menos para el sector residual de aplicación efectiva del artícu-

(107) Aparte de que estos autores, como antes se indicaba, en lo que se alcanza a ver, no han percibido la problemática que se genera por la existencia de supuestos en los que la aplicación de los preceptos comunes conlleva penas más leves que las del artículo 329 CP.

(108) Es decir, de delitos de peligro –que puede ser muy remoto– de la realización de un delito de peligro (el común contra el medio ambiente).

lo 329 CP, los supuestos de las alternativas primera y segunda –al aplicarse directamente los correspondientes delitos comunes– quedan sin esa consideración específica de pena –al no constituir infracciones comunes–, mientras que respecto de la alternativa de conducta tipificada en el número segundo del artículo 329 CP vuelve a resurgir –en concurso ideal– la punición por el delito de prevaricación común del artículo 404 CP.

Por lo tanto, queda claro que se deshace lo hecho –con buenas o malas razones– por el legislador en cuanto a la equiparación: algo que siempre debe producir incomodidad en el dogmático.

3. CONCLUSIÓN

Queda entonces así despejado –aunque con notables dificultades, como se acaba de mostrar– el camino para fundamentar la posible responsabilidad de los funcionarios por la comisión de delitos contra el medio ambiente de los artículos 325 ss. CP, incluida la posibilidad de aplicar a estas infracciones la cláusula de punición de la imprudencia establecida en el artículo 331 CP.

IV. BASES PARA LA DETERMINACIÓN DE LA POSICIÓN DE GARANTÍA DEL FUNCIONARIO: UN BREVE ESBOZO

1. Una vez descartado que lo dispuesto en el artículo 329 CP sea el único camino para fundamentar la responsabilidad de los funcionarios por delitos contra el medio ambiente, puede pasarse a las bases de su responsabilidad por intervenciones en otras infracciones (comunes). En lo que sigue, tan sólo se pretende llevar a cabo un esbozo muy somero de tales bases.

Las constelaciones de casos que pueden ser relevantes en este contexto son, sobre todo, tres: en primer lugar, alguna de las conductas de intervención activa que se recogen en el artículo 329 CP, o comportamientos próximos a éstas: el otorgamiento de una licencia, la votación a favor de ésta, como supuestos recogidos en el artículo 329 CP, o el suministro de determinada información necesaria para burlar ciertos procedimientos de control o de supervisión desarrollados por otros órganos administrativos, etc. En segundo lugar, la conducta omisiva consistente en no revocar una autorización respecto de la cual se descubre *ex post* que, aunque otorgada de modo ajustado a Derecho, infringe materialmente las normas de protección aplicables. En tercer lugar, la omisión

del funcionario que tiene conocimiento de la realización de infracciones medioambientales, pero no interviene para impedir su comisión.

A efectos de las presentes consideraciones esquemáticas, bastará con que tomemos en consideración el tercero de los supuestos enunciados, el más conocido y debatido en la doctrina al respecto, y, sin duda alguna, el que mayores dificultades plantea para la fundamentación de la responsabilidad del funcionario.

Es ésta una hipótesis de responsabilidad que se ha enumerado como uno de los supuestos de posible aplicación de los delitos comunes a los funcionarios por parte de algunos autores entre quienes se han pronunciado —al igual que se hace aquí— por la solución de la relación de subsidiariedad han mencionado (109). Sin embargo, se trata de una posibilidad respecto de la cual en el marco del nuevo CP 1995 se generan dificultades por otro flanco. En efecto, como es sabido, la comisión por omisión se halla ahora expresamente tipificada en la cláusula del artículo 11 CP, refiriendo la figura a aquellos delitos que «consistan en la producción de un resultado». Pues bien: esta redacción ha hecho pensar a algunos autores (110) que sólo podrá ser aplicada la cláusula de la comisión por omisión a los llamados delitos «prohibitivos de causar», es decir, aquellas infracciones que, implicando la producción de un resultado material, no se hallan limitadas a determinados medios comisivos, ya que un entendimiento «jurídico», ampliado de «resultado» parece difícilmente conciliable con el tenor literal del artículo 11 CP (111).

Entonces, en lo que se refiere a la cuestión que aquí interesa, el presupuesto para la solución es saber si la infracción del artículo 325 CP es de peligro abstracto —o de peligro abstracto-concreto, o de idoneidad—; pues entonces no cabrá aplicación de la cláusula del artículo 11 CP, o, por el contrario, es de peligro concreto —en cuyo caso sí podría predicarse la aplicabilidad de la cláusula del artículo 11 CP (112).

2. La doctrina dominante en materia de posiciones de garantía (113), como es sabido, las configura —y aunque pudiera parecer que

(109) Así expresamente, por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO, EPCr XX (1997), pp. 331 s. CARMONA SALGADO, en *Curso PE II*, p. 70.

(110) Vid. sólo SILVA SÁNCHEZ, en ídem, *El nuevo Código Penal*, p. 74 s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *ComCP*, pp. 57 s.

(111) En esta línea, sin emargo, GIMBERNAT ORDEIG, en ídem, *Ensayos penales*, pp. 355 s., nota 243.

(112) Vid. sobre esta cuestión, aún controvertida, como es natural, en la interpretación del nuevo precepto del artículo 325 CP, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *AP*, 1998, pp. 293 ss., con ulteriores referencias.

(113) Vid. sobre el estado de la cuestión sólo la exhaustiva exposición —centrada en la doctrina alemana— de GIMBERNAT ORDEIG, en ídem, *Ensayos penales*, pp. 257 ss.

el legislador español no lo ha percibido, con la introducción del extraño híbrido del artículo 11 CP (114)– en atención al modelo llamado «teoría de las funciones», debido en su origen a Armin Kaufmann, a la hora de establecer la existencia de posiciones de garantía que permitan atribuir relevancia a una conducta de omisión de la evitación de un determinado resultado. En este sentido, frente a la antigua teoría formal –precisamente, podría pensarse que la es ésta la doctrina inspiradora del artículo 11 CP al que antes me he referido–, basada en el origen (formal) de la obligación de actuar (ley, contrato, actuar precedente), la teoría de las funciones propone clasificar las posiciones de garantía –en virtud de una clasificación *material*– en atención a que el garante se encuentre obligado a la vigilancia de determinadas fuentes de peligro, por un lado, o a la protección de determinados bienes jurídicos.

En lo que se refiere al problema que aquí nos interesa, a la posición de garantía del funcionario en materia de medio ambiente, puede decirse –sin entrar en la controvertida discusión desarrollada, sobre todo en la doctrina alemana (115)– que esta categorización ha sido aplicada, en nuestra doctrina en particular por De Vicente Martínez (116), en el sentido de considerar que el funcionario se encuentra en una posición de garantía de *protección*.

Así, se afirma, al ser incapaces, como es lógico, de defenderse a sí mismos los bienes medioambientales, estarían llamados los funcionarios competentes en este ámbito a defenderlos. Ello, en el caso español, vendría confirmado por el mandato expreso de protección del artículo 45 CE.

Sin embargo, resulta significativo que precisamente Rudolphi (117), uno de los autores más relevantes en el contexto de la teoría de las posiciones de garantía, se haya opuesto a esta solución. En su opinión, sólo puede afirmarse la existencia de una posición de garantía de protección cuando exista una atribución expresa, una asunción de esa protección. Ello, sin embargo, no es, para Rudolphi, el caso en el ámbito del medio ambiente en los casos de omisión que aquí nos ocupan. Por el contrario, el bien jurídico del medio ambiente está en titularidad de todos, y las normas penales en la materia precisamente

(114) Así, GIMBERNAT ORDEIG, en: ídem, *Ensayos penales*, p. 258, formula el siguiente diagnóstico: «El artículo 11 CP 1995 regula la comisión por omisión optando por una determinada dirección que parece anclada en el Mezger de 1933».

(115) Sobre el estado de la cuestión, cfr. por todos, las exposiciones de ROGALL, *Strafbarkeit*, pp. 217 ss., y, más recientemente, GÜRBÜZ, *Strafbarkeit*, pp. 145 ss.

(116) *Responsabilidad penal del funcionario*, pp. 73 ss.

(117) *Vid.* FS Dünnebier, pp. 578 ss.; ídem, SK, § 13 n.m. 54 a ss.

persiguen afianzar la protección que incumbe a todos, correspondiendo a la Administración tan sólo tareas sectoriales de protección. De este modo, faltaría el elemento característico de la posición de garantía de protección, la protección omnicomprendiva atribuida al garante de protección, como sería el caso en el supuesto paradigmático de la madre respecto de su hijo de corta edad.

Esta discusión, de hecho, es reveladora de una debilidad congénita de la teoría de las funciones. Esta apreciación crítica respecto de la teoría de las funciones, encabezada últimamente sobre todo por Jakobs (118) en la doctrina alemana, señala que el punto insatisfactorio de la teoría de las funciones está en que consiste más que en una fundamentación de las posiciones de garantía, en una descripción fenomenológica de éstas. Conforme a esta opinión, no se estaría enunciando el verdadero motivo material de la atribución de responsabilidad. En este sentido, es significativo que una de las afirmaciones críticas de Rudolphi en contra de la afirmación de una posición de garantía de protección sea la de que de este modo, se estaría introduciendo por una puerta (garante de protección) lo que no se ha dejado entrar por la otra momentos antes (garante de control). Ello revela que, en efecto, las funciones en cuanto descripción fenomenológica no son más que descripciones intercambiables: depende del punto de vista adoptado que se afirme que el funcionario debe controlar la fuente de peligro constituida por las actividades contaminantes de los ciudadanos o que se diga, por el contrario, que el funcionario debe proteger el medio ambiente. Siendo esto así, sin embargo, sufre mucho la función de fundamentación que debe tener la teoría de las posiciones de garantía. De hecho, en muchas ocasiones la argumentación de fundamentación dan la impresión de estar muy cerca de la teoría formal de las fuentes. Parece que citada la norma —en el caso español, sobre todo el artículo 45 CE— cualquier otra consideración huelga. Y ello puede contribuir a un establecimiento expansivo de posiciones de garantía que precisamente por ello, por ese carácter omnicomprendivo, será muy poco efectivo.

3. Frente a la teoría de las funciones, como es sabido, Jakobs ha desarrollado un punto de partida que, por un lado, sí busca el fondo material en la fundamentación de las posiciones de garantía, y, por otro, podría permitir una armonización de la dogmática tradicional de la comisión por omisión con evoluciones más recientes en la teoría del tipo. De hecho, es aquí donde está la explicación de que Jakobs man-

(118) Para una crítica —rotunda— de la aproximación de JAKOBS y de otros autores que se mueven en la misma línea, cfr. sólo las exposiciones de SCHÜNEMANN, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER (ed.), *Omisión e imputación objetiva*, pp. 11 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, en ídem, *Ensayos penales*, p. 364.

tenga que también es necesaria una *posición de garantía en los delitos de acción* (119). Pese a su aparente extrañeza, esto no es más que una manifestación de la diferenciación que Jakobs propugna, distinguiendo entre delitos producidos por la creación o administración de un riesgo común (delitos derivados del *status* general de ciudadano: delitos en virtud de *organización*) y aquellos otros que derivan de deberes especiales establecidos por el ordenamiento jurídico frente a determinado bien [delitos en virtud de una *institución* (120)]. Esta diferenciación es distinta de la subdivisión tradicional entre delitos de omisión y de comisión, ya que ambas categorías abarcan tanto delitos de comportamiento activo como de comportamiento pasivo (121). Se trata, en definitiva, de distinguir no sobre la base de la apariencia externa de la conducta, sino con base en la razón normativa de la responsabilidad penal, y es dentro de la teoría de la imputación objetiva en donde se lleva a cabo la determinación de la existencia de una posición de garantía; puede suceder que aún concurriendo un comportamiento activo, evitable y con efectos causales no se pueda imputar: no toda causación evitable cumple el tipo objetivo, no todo es asunto de todos (122), y por ello ha de concurrir una posición de garantía aun en los comportamientos activos; la determinación de esa posición de garantía es equivalente a la afirmación de que el comportamiento es objetivamente imputable (123), es decir, al primer escalón de la imputación objetiva, la imputación objetiva del *comportamiento*.

En este contexto podría situarse también la determinación de las posiciones de garantía del funcionario en el ámbito del medio ambiente. Habría que determinar cuándo esa protección da lugar a una verdadera institución, un elemento social configurador básico, una infracción institucional (124), y cuándo, por el contrario, la actuación del funcionario no es más que una aportación común, un delito de dominio (125).

(119) Cfr., por ejemplo, JAKOBS, *AT*², 7/56 ss., 7/58.

(120) Que JAKOBS reconoce haber tomado del desarrollo de ROXIN en la categoría de los «delitos de deber»; cfr. *AT*², 7/70, núm. 120, 21/119; cfr. sobre la concepción de JAKOBS sólo *AT*², 7/70 s., 21/115 ss.; ídem, La competencia por organización en el delito omisivo, *passim*; recientemente ídem, *Tun und Unterlassen, passim*.

(121) Cfr. sobre esto JAKOBS, *AT*², 1/7, 28/14.

(122) JAKOBS, *ZStW* 89 (1977), p. 30.

(123) Así ya se insinúa en *ZStW* 89 (1977), p. 35.

(124) Sobre la cuestión acerca de si esa responsabilidad se produce a título de autor en todo caso o de sí, por el contrario, cabe responsabilidad también a título de partícipe del autor, *vid.* solo, últimamente, SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, pp. 147 ss., con ulteriores referencias.

(125) En esta línea existe ya el desarrollo monográfico de HÜWELS, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug, passim*, respecto del ordenamiento alemán.

BIBLIOGRAFÍA

- ACALE SÁNCHEZ, María, «La responsabilidad del funcionario público y de la autoridad en el título XVI del Código Penal: especial referencia al artículo 320», en *PJ*, 47 (1997), pp. 115 ss.
- BLANCO LOZANO, Carlos, *La protección del medio ambiente en el Derecho penal español y comparado*, Granada, 1997 (cit. BLANCO LOZANO, *La protección del medio ambiente*).
- BOIX REIG, Javier, y JAREÑO LEAL, Ángeles, «Comentarios a los artículos 328 a 331», en: VIVES ANTÓN (dir.) *et al.*, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996 (cit.: BOIX REIG/JAREÑO LEAL, *ComCP 1995*).
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual», en *LL*, 1996, núm. 4181 (5.12.1996), pp. 1 ss.
- CARMONA SALGADO, Concha, «Delitos contra el medio ambiente», en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español. PE II*, Madrid, 1996 (cit. CARMONA SALGADO, en *Curso PE II*).
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, «Comentario al artículo 329», en CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.) *et al.*, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo II, Madrid, 1997, pp. 3263 s. (cit. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, *Código Penal II*).
- Cortes Generales (ed.), *Ley Orgánica del Código Penal. Trabajos parlamentarios*, tomo II, Madrid, 1996 (cit. *Trabajos parlamentarios*, tomo II).
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del Nuevo Código Penal de 1995», en: *AP* 1998, pp. 287 ss.
- DE LA GÁNDARA VALLEJO, Beatriz, «Delitos contra el medio ambiente», en Enrique BACIGALUPO (ed.), *Curso de Derecho penal económico*, Madrid, 1998, p. 321 ss.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto, *Protección Penal del Ambiente y Accesoriedad Administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*, Barcelona, 1996 (cit. DE LA MATA BARRANCO, *Protección penal del ambiente*).
- «Configuración como ley penal en blanco de los delitos contra el ambiente», en: Universitat de Valencia/Institut de Criminologia (ed.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Dr. José Ramón Casabó Ruiz*, primer volumen, Valencia, 1997, pp. 569 ss. (cit. DE LA MATA BARRANCO, en: EM Casabó I).
- «La obligación de control de la Administración en relación a delitos cometidos por particulares. El ejemplo de los delitos contra el medio ambiente», en: Adela ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Bilbao, 1997, pp. 397 ss. (cit. DE LA MATA BARRANCO, en: ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*).
- DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Delitos contra el medio ambiente, la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y flora y fauna en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1996 (cit. DE VEGA, *Delitos*).

- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente. Una contribución al estudio de la responsabilidad penal omisiva de los funcionarios públicos por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 1993 (cit. DE VICENTE MARTÍNEZ, *Responsabilidad penal del funcionario*).
- «Responsabilidad penal del funcionario público o autoridad en materia ambiental», en REDP 1 (1999) (cita con relación a las notas a pie de página).
- FALCÓN CARO, María del Castillo, «La responsabilidad penal del funcionario: artículo 329 del Código Penal», en CPC 1998, pp. 673 ss.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, «Comentario al artículo 404», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 1086 ss. (cit. FEIJÓO SÁNCHEZ, en *ComCP*).
- «Delitos contra la Administración pública: consideraciones generales, nuevas figuras delictivas y modificación de otras conocidas», en LL 1997 (17.3./18.3.).
- Fiscal General del Estado (Jesús Cardenal Fernández), *Memoria elevada por el Fiscal General del Estado al Gobierno*, Madrid, 1998.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, «*Non bis in idem*» material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995 (cit. GARCÍA ALBERO, «*Non bis in idem*»).
- GARCÍA HERNÁNDEZ, María Yolanda, «Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en Juan Antonio MARTOS NÚÑEZ (ed.), *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*, Sevilla, 1997, pp. 51 ss. (cit. GARCÍA HERNÁNDEZ, en MARTOS NÚÑEZ (ed.), *Protección penal*).
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, «La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición», en ídem, *Ensayos penales*, Madrid, 1999, pp. 257 ss. (cit. GIMBERNAT ORDEIG, en ídem, *Ensayos penales*).
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen, «Algunos aspectos de la responsabilidad de los funcionarios en materia ambiental», en LL 1996 (10.7.1996), pp. 1239 ss.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación», en ídem (dir.)/CGPJ (ed.), *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1996, pp. 11 ss. (cit. GONZÁLEZ CUSSAC, en ídem [dir.]/CGPJ [ed.], *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*).
- GÜRBÜZ, Sabahat, *Zur Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltstrafrecht*, Frankfurt am Main etc., 1996 (cit. GÜRBÜZ, *Strafbarkeit*).
- HERNÁNDEZ ALONSO, Roberto J., «Prevaricación específica del funcionario público en el área medioambiental», en AP 1999, pp. 179 ss.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, «Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal», en Juan TERRADILLOS BASOCO (ed.), *El delito ecológico*, Madrid, 1992, pp. 51 ss.
- HÜWELS, Herrmann, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung. Die Organisationszuständigkeit und die institutionelle*

- Zuständigkeit des Amtsträgers, dargestellt an Beispielen aus dem Umweltschutzrecht*, Berlin, 1986 (cit. HÜWELS, *Fehlerhafter Gesetzesvollzug*).
- JAKOBS, Günther, «Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich zur Begründung der strafrechtlichen Haftung bei Begehung», en *ZStW* 89 (1977), pp. 1 a 35 (= «La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión» [traducción de Manuel Cancio Meliá], en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997).
- *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2.ª ed., Berlín, etc., 1991 (cit. JAKOBS, *AT*²) (= *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* [traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo de la segunda edición alemana], Madrid, 1995).
- *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996 (cit. JAKOBS, *Tun und Unterlassen*).
- LESMES SERRANO, Carlos, «Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en ídem, *et al.*, *Derecho penal administrativo (ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente)*, Granada, 1997, pp. 292 ss. (cit. LESMES SERRANO, en ídem, *et al.*, *Derecho penal administrativo*).
- MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, Antonio, *Los delitos relativos a la protección del medio ambiente*, Madrid, 1998.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 5.ª edición, Barcelona, 1998 (cit. MIR PUIG, *PG*⁵).
- MORALES PRATS, Fermín, «La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: Ley penal en blanco y concepto de peligro», en José Manuel VALLE MUÑOZ (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, 1997, pp. 225 ss. (cit. MORALES PRATS, en VALLE MUÑOZ (coord.), *La protección jurídica del medio ambiente*).
- MÜLLER-TUCKFELD, Jens-Christian, «Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts», en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a. M., 1995, pp. 461 ss. (cit. MÜLLER-TUCKFELD, en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia, 11.ª edición, 1996; 12.ª edición, 1999 (cit. MUÑOZ CONDE, *PE*¹¹, *PE*¹²).
- MÜSSIG, Bernd J. A., *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz (Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament - am Beispiel der Rechtsgutsbestimmung für die §§ 129, 129 a und 324 StGB)*, Frankfurt am Main etc., 1994 (cit. MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*).
- PARADA, Ramón, *Derecho administrativo I. Parte General*, 11.ª edición, Madrid, 1999 (cit. PARADA, *Derecho administrativo PG*).

- PÉREZ DE GREGORIO, José Joaquín, «Los delitos contra el medio ambiente», en *LL* 1996, pp. 1790 ss.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Landesbericht Spanien» (traducción de Günter Heine y Markus Hoffmann), en HEINE (ed.), *Umweltstrafrecht in mittel- und südeuropäischen Ländern*, Freiburg im Breisgau, 1997, pp. 497 ss. (cit. POLAINO NAVARRETE, en HEINE (ed.), *Umweltstrafrecht*).
- PRATS CANUT, José Miguel, «Comentario al artículo 329», en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.) y VALLE MUÑIZ, José Manuel (coord.), *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, pp. 1534 ss. (cit. PRATS CANUT, *ComNCP*).
- PRITTWITZ, Cornelius, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., 1993 (cit. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*).
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep, *Derecho penal español. Parte Especial*, 3.^a edición, Barcelona, 1997 (cit. QUERALT JIMÉNEZ, *PE*).
- RODAS MONSALVE, Julio César, *Protección penal y medio ambiente*, Barcelona, 1993.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Comentario al artículo 11», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 57 ss. (cit. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *ComCP*).
- «Comentario al artículo 24», en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 157 ss. (cit. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *ComCP*).
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España», en *Derecho y medio ambiente*, Madrid, 1981, pp. 243 ss.
- ROGALL, Klaus, *Die Strafbarkeit von Amtsträgern im Umweltbereich*, Berlín, 1991 (cit. ROGALL, *Strafbarkeit*).
- RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Probleme der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Amtsträgern für Gewässerverunreinigungen», en HANACK *et al.* (ed.), *Festschrift für Hanns Dünnebieber zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982*, Berlin, New York, 1982, pp. 561 ss. (cit. RUDOLPHI, *FS Dünnebieber*).
- Comentario al § 13, en ídem, *et al.*, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. Allgemeiner Teil (§§ 1 a 37)*, 6.^a edición, Neuwied, etc., 1995 (cit. RUDOLPHI, *SK*).
- SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlín, 1999 (cit. SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Unterlassen*).
- SCHÜNEMANN, Bernd, «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania» (traducción de Silvina Bacigalupo), en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal. Jornadas hispano-alemanas de Derecho penal en homenaje al profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como doctor «honoris causa» por la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 1994, pp. 11 ss. (cit. SCHÜNEMANN, en GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, *Omisión e imputación objetiva*).

- «Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft» en GA, 1995, pp. 201 ss. (= *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana* [traducción de Manuel Cancio Meliá], Santafé de Bogotá, 1996; = ADPCP 1996, pp. 187 ss.).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «Consideraciones teóricas generales sobre la reforma de los delitos contra el medio ambiente», en Juan-Luis GÓMEZ COLOMER/José-Luis GONZÁLEZ CUSSAC (coord.), *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann*, Castellón, 1997, pp. 151 ss. [cit. SILVA SÁNCHEZ, en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (ed.), *La reforma de la justicia penal*].
- *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997 (cit. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código Penal*).
- *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, 1999 (cit. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*).
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos Jesús, «Comentario al artículo 328»; «Comentario al artículo 329», en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pp. 936 s. (cit. SUÁREZ GONZÁLEZ, en *ComCP*).
- TERRADILLOS BASOCO, Juan, «Protección penal del medio ambiente en el nuevo Código Penal español. Luces y sombras», en EPCr XIX (1996), pp. 289 ss.
- «Responsabilidad del funcionario público en delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección penal del patrimonio histórico y del medio ambiente», en EPCr XX (1997), pp. 313 ss.
- VIRTO LARRUSCAIN, María José, «El delito de prevaricación del funcionario público», en Adela ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Bilbao, 1997, pp. 121 ss. [cit. VIRTO LARRUSCAIN en: ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*].

Facticidad y normatividad

Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal (*)

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Derecho penal y ciencias sociales. Facticidad, normatividad y el riesgo de la falacia naturalista.–II. Criterios de legitimación: racionalidad instrumental y racionalidad valorativa.–III. Facticidad y normatividad en el funcionalismo sociológico.–IV. La racionalidad sistémica. Consideraciones críticas.–V. Persona y comunidad.–VI. Derecho como medio para el orden social *versus* Derecho como orden social.–VII. Crítica a la comprensión de Jakobs de la Dogmática.–VIII. Consideraciones finales sobre la introducción de las ciencias sociales en la argumentación jurídico-penal.

I. DERECHO PENAL Y CIENCIAS SOCIALES. FACTICIDAD, NORMATIVIDAD Y EL RIESGO DE LA FALACIA NATURALISTA

1. Desde el momento –en absoluto reciente– en que el Derecho penal deja de concebirse como vehículo de un deber ser absoluto y apriorístico, y se asume su esencia instrumental como razón de ser y de actuación del mismo, las consecuencias fácticas que el Derecho

(*) Una versión anterior de este artículo ha aparecido en la revista jurídica argentina *Nueva Doctrina Penal*, en el segundo número de 1998.

penal produce en su entorno pasan a convertirse en objeto primordial de análisis y recepción. Ello se produce en dos planos esenciales. En primer lugar, la caída del muro que separa la dogmática de la política criminal, impone a la primera el carácter de ciencia práctica, la cual no puede, por tanto, desatender los datos que la realidad aporta y los objetivos y consecuencias a que el Derecho penal aboca a la hora de construir el sistema categorial y conceptual del delito. En segundo lugar, la noción de la pena y del Derecho penal como un medio para satisfacer determinados objetivos materiales obliga a una permanente labor de comprobación del cumplimiento efectivo de los mismos, así como a una atención a eventuales consecuencias no previstas o asumidas normativamente.

2. La legitimación de la pena como *relativa ad effectum* responde, a partir de las premisas anteriores, a una justificación basada en criterios de racionalidad utilitarista (1), entendido este utilitarismo no tanto en referencia a su vertiente normativa, tomado como la doctrina que aspira al bien concreto de la satisfacción del mayor placer o felicidad para el mayor número, sino más bien a su vertiente metaética, concebido así, más genéricamente, como una teoría *consecuencialista* (2), como una «ética del resultado», según la cual lo correcto se determina a partir del balance de costos/beneficios que la acción o la institución produce con respecto a un bien o fin determinado (3); bien o fin que en materia de pena será la prevención general, entendida en sentido am-

(1) Ello, asumido como un axioma de razón práctica por la irrupción de la modernidad ilustrada, es unánimemente aceptado en la actualidad. Cfr., por ejemplo, RAWLS, «Zwei Regelbegriffe», en *Einführung in der utilitaristische Ethik*, Höffe (edit.), München, 1975, p. 97; HART, «Introducción a los principios de la pena», en *Derecho y Moral. Ensayos analíticos*, Betegón/De Páramo (edit.), Barcelona, 1990, p. 164; NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, 1991 (4.ª ed.), pp. 428 ss.; FLECHER, «Utilitarismus und Prinzipiendenken im Strafrecht», *ZStW* 101 (1989), p. 809; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 183; SCHUNEMANN, «Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva», en *Política criminal nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (edit.), Barcelona, 1997, p. 94.

(2) Sobre la caracterización del utilitarismo como una teoría consecuencialista, cfr. PETIT, «El consecuencialismo», en *Compendio de ética*, Singer (edit.), Madrid, 1995, pp. 323 ss. El término «consecuencialismo», en la filosofía moral, procede de G. E. M. Anscombe (Cfr. SUÁREZ VILLEGAS, *¿Hay obligación moral de obedecer al Derecho?*, Madrid, 1996, p. 44, nota 1).

(3) Sobre la concepción del utilitarismo como una «ética del resultado», cfr. WILLIAMS, *Begriff der Moral. Eine Einführung in die Ethik*, Stuttgart, 1986, pp. 91 ss. La indudable proximidad del utilitarismo con el análisis económico del Derecho es puesta de manifiesto, por ejemplo, por NINO (nota 1), p. 401; RAHMSDORF, «Ökonomische Analyse des Rechts (ÖAR). Utilitarismus und die klassische deutsche Philosophie», *Rechtstheorie* 18 (1987), pp. 487 ss.

plio (4). El análisis empírico va, entonces, indisolublemente unido a toda racionalidad utilitarista (5), hasta el punto de que desde los resultados de dicho análisis puede llegar a deslegitimarse el fin propuesto de la pena: si, rechazada la justificación absoluta de la pena, sólo la pena útil es la pena legítima, la misma habrá de justificarse, en primer lugar, a partir del hecho fáctico de que es efectiva en orden a dicha utilidad, de que cumple, en el plano de la realidad fáctica, los fines normativamente dispuestos (6).

3. Dicha asunción del Derecho penal como un instrumento social «orientado a las consecuencias», lo que ha llevado a la introducción de consideraciones político-criminales en el ámbito del trabajo dogmático, así como el sometimiento de la justificación normativa sobre la pena y sus fines y sobre el Derecho penal a su validación o «falsación» empírica, ha motivado la irrupción de las llamadas ciencias sociales –criminología, psicología, antropología, sociología– en el ámbito de investigación y comprensión del mismo, hasta el punto de que ha llegado a hablarse de un cambio de paradigma, trasladándose el tratamiento de dichas instituciones desde una perspectiva normativa a una descriptivo-analítica; deslizándose, por tanto, la argumentación desde el plano del deber ser al del ser (7). Y es quizá en el ámbito de los fines de la pena y del Derecho penal donde más se ha hecho sentir la influencia del método y análisis propios de las ciencias sociales. Más en concreto, puede afirmarse que la actual teoría de la prevención general positiva, si bien algunas de sus líneas esenciales pueden reconducirse a consideraciones filosófico-políticas, se ha conformado al amparo del arsenal empírico y conceptual ofrecido por las ciencias sociales, en especial a partir del psicoanálisis y de la teoría sociológica

(4) Es decir, entendida ampliamente como fin de evitación de conductas dirigido hacia la generalidad de los ciudadanos, sin entrar a determinar el modo en que dicho fin se lleva a cabo. En otras palabras, a lo que va referido el texto es al nivel de justificación genérica de la institución social «pena», sin entrar en lo relativo a la legitimación de los fines que se predicen de la misma. Un concepto similar en PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Madrid, 1990, p. 222.

(5) Lo pone de manifiesto, por ejemplo, WOLF, *Verhütung oder Vergeltung? Einführung in ethische Strafrechtstheorien*, 1992, p. 40.

(6) En este sentido, afirman NEUMANN/SCROTH, *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, 1980, p. 1, que la teoría preventiva de la pena y el mismo Derecho penal se presentan como disciplinas *normativas* asentadas sobre una base *empírica*.

(7) Así, NEUMANN/SCHROTH (nota 6), p. 122; similar, PÉREZ MANZANO (nota 4), pp. 38: «Derecho penal como ciencia social».

del funcionalismo estructuralista y su versión más actual, la teoría sistémica (8).

4. No obstante, la interrelación y relativización entre la facticidad y normatividad, entre lo que son teorías descriptivas y teorías prescriptivas de la pena, se enfrenta a una objeción metodológica que ya pusiera de relevancia Hume, denominada generalmente *falacia naturalista*, la cual establece la imposibilidad de derivar, en la argumentación lógica, el deber ser del ser, es decir, de obtener criterios normativos a partir de premisas fácticas (9). Recurramos a un ejemplo enmarcado en el Derecho penal para aclarar los contornos de dicho concepto. Como es sabido, con Welzel se traslada por primera vez el dolo a la categoría de la antijuridicidad. Pero el aspecto subjetivo de la acción, convertido en desvalor del acto, no sólo pasa a formar parte de lo injusto, sino que se eleva a objeto de (des)valoración por excelencia, convirtiéndose el desvalor de resultado, la lesión del bien jurídico, en elemento secundario y dependiente del primero, hasta el punto de admitir el autor alemán delitos en los que no se da un *Sachverhaltsunwert* (desvalor de resultado y desvalor de peligrosidad de la conducta) (10). Pues bien, el merecimiento de pena de dicho desvalor de acción subjetivo no puede comprenderse como una consecuencia derivada desde la metodología ontologicista asumida por el finalismo, sino desde una instancia axiológica valorativa (11). Ello es así, porque la derivación del merecimiento de pena del desvalor del acto a partir del mero dato ontológico de la esencia final de la acción conllevaría una

(8) Cfr. NEUMANN/SCHROTH (nota 6), pp. 88 ss. y 98 ss.; PÉREZ MANZANO (nota 4) pp. 40 ss. y 43 ss.

(9) Cfr., sobre ello, FRANKENA, *Analytische Ethik. Eine Einführung*, Nördlingen, 1994 (4.ª ed.), p. 117 ss.; HOERSTER, *Problemas de ética normativa*, México, 1992, pp. 9 ss. (exposición de la tesis de Hume en p. 10); en el ámbito de la teoría de la pena, vid. PÉREZ MANZANO (nota 4) p. 220; FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 1995, pp. 214, 220; SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 97.

(10) WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pp. 137 ss., nota 30 (p. 138-139), p. 148.

(11) No le falta razón a SILVA SÁNCHEZ, «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en *Política Criminal y nuevo Derecho penal*, Silva Sánchez (edit.), Barcelona, 1997, pp. 18, cuando afirma que, en realidad, la metodología teleológica «(en su sentido más amplio: orientación de la elaboración doctrinal de la teoría del delito a la obtención de ciertas finalidades «prácticas» en relación con la persecución de la criminalidad) siempre se ha dado, incluso cuando se declaraba que el sistema se construía en virtud de razonamientos puramente deductivos a partir de axiomas incontestables (pertenecientes a una determinada ontología) —esto es, de modo “ciego”—. Y si ese *modus operandi* se ha dado siempre, es porque resulta muy difícil negar que todo el Derecho penal nace precisamente de exigencias de política criminal». Cfr. también la nota 13.

falacia naturalista, puesto que se deduciría una decisión normativa: merecimiento de pena de la intención manifestada, de una premisa fáctica, de una «estructura lógico-objetiva» perteneciente al mundo del ser: comprensión final de la acción humana. Dicha decisión normativa, como tal, sólo puede inferirse lógicamente de otra decisión normativa. Así, en Welzel, la afirmación de que «la conducta prohibida contraria a la ética social [*sozialunetische*] (y no la lesión de un bien jurídico) es el contenido genérico de desvalor de toda norma» (12), es decir, la prioridad desvalorativa de la intención manifestada frente al resultado lesivo, se deduce directamente del fin que Welzel atribuye al Derecho penal, consistente en el mantenimiento de los valores ético-sociales del acto en la conciencia social, según el cual el merecimiento de pena no vendrá determinado por la lesión o peligro al bien jurídico, sino ya por acciones que manifiesten socialmente un quebrantamiento de los valores plasmados en las normas de conducta y que, por ello, pongan en tela de juicio el «poder espiritual» del Derecho (13).

5. En el ámbito de la teoría de la pena o del fin del Derecho penal, debe prestarse asimismo atención a la distinción entre las bases argumentativas propias de las ciencias sociales, en las que domina la facticidad, y las de la ciencia jurídico-penal, ámbito propio de la normatividad. La contraposición entre los conceptos de *fin* y *función* permite resaltar tales diferencias. Así, las ciencias sociales permiten la constatación empírica del espectro de efectos que, de facto, produce la pena en el entorno social [«funciones», en sentido lato (14)], pero

(12) WELZEL (nota 10) pp. 138-139, nota 30.

(13) Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1969 (11.ª ed.), pp. 1 ss., pp. 197 ss. Conviene citar, por cuanto pone de manifiesto la orientación teleológica del sistema del creador del finalismo, las afirmaciones que realiza el mismo Welzel sobre las premisas de la construcción de su teoría del delito en el prólogo a la quinta edición de su *Manual* (1949): «El sistema conceptual en el que este libro se basa es insuficientemente caracterizado en ocasiones únicamente como derivado del concepto final de acción. El concepto de acción afecta en cambio únicamente a la estructura de la parte del *ser* del objeto del Derecho penal, cuya completa comprensión sólo es posible a través de un determinado entendimiento de la específica función *ético-social* (como protección de los valores de la actitud jurídica). Desde esta comprensión ético-social del Derecho penal se deriva una *dirección de pensamiento uniforme* tanto sobre las teorías de la acción, del injusto, del autor y de la culpabilidad como sobre la teoría de la pena...» (citado por Armin KAUFMANN, «Hans Welzel zum Gedenken», en *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1989, p. 289. Los subrayados pertenecen al original de Welzel).

(14) Además de este primer sentido –*scil.* consecuencia fáctica de una práctica o institución social–, puede entenderse el término «función», desde la teoría funcionalista-sistémica, también referido a sus efectos funcionales/disfuncionales para la

desde esa constatación meramente descriptiva no puede extraerse un criterio que permita *valorar* esos efectos, calificándolos como deseables o no deseables; para ello es preciso determinar previamente el fin que se pretenda hacer cumplir a la pena, fin que responde a la *decisión* subjetiva de un agente y basada en una ponderación de consideraciones de carácter valorativo (15). Metodológicamente, puede afirmarse que mientras la sociología o el psicoanálisis son disciplinas basadas en la *observación*, lo que caracteriza al Derecho frente a éstas es ser una disciplina basada en la *decisión* (16). Así, sólo podrá hablarse de una teleología, de una orientación a las consecuencias en la teoría de la pena una vez determinado subjetivamente (intersubjetivamente) el fin de la misma –intimidación, estabilización social, pacificación, moralización, etc.– o sus efectos deseados a partir del fin del Derecho penal, desde el cual los conocimientos empíricos servirán para corroborar que los efectos deseados se producen fácticamente. *La normatividad ha de preceder, entonces, a la facticidad.*

6. En atención a estas últimas consideraciones, hemos de reformular, hasta cierto punto, la problemática inherente a la falacia naturalista. Como hemos visto, el abismo lógico entre el ser y el deber ser no es tan insondable, en el ámbito de la teoría de la pena, como a veces se afirma: asumido el fin de la pena, circunstancias de carácter fáctico pueden desvirtuar la validez del mismo, ya que su «deber ser» viene legitimado, en gran medida, por la efectividad práctica que presente. Es decir, del ser parece poder inferirse –o al menos refutarse– el deber ser (la legitimidad del mismo). En este sentido, y siguiendo a Hoerster, cabe afirmarse que la distancia que separa el deber ser del ser no es (o

estabilidad del sistema, diferenciación que, como veremos a continuación, puede tener relevantes consecuencias en orden al tema que estamos estudiando. El binomio fin/función (en el primer sentido) es empleado, entre otros, por FERRAJOLI (nota 9), p. 214. También PÉREZ MANZANO (nota 4) pp. 217, quien expone asimismo la diferenciación semántica citada del término función. Sobre los posibles significados del término «función», cfr. asimismo, SCHELSKY, «Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie», en *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1, 1970, pp. 37 ss. (pp. 43 ss.).

(15) Vid. HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 22; PÉREZ MANZANO (nota 4), pp. 219-220: «un filtro previo que permita ese salto lógico»; SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 95: «Estos datos, por sí solos, ni deben ni pueden tener repercusión alguna en el sistema del Derecho penal; por el contrario, han de ser sometidos a un juicio de valor para situarlos en el contexto propio de la ciencia normativa, valorativa, del Derecho penal».

(16) Similar, BESTE, «Zur Rolle der Sozialwissenschaften im Strafrecht», *KritV* 1989, p. 156; GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 1995, pp. 398-399.

no es tanto) de naturaleza lógica, sino epistemológica: «un deber ser puede ser *deducido* de un ser, pero no *conocido* a partir de un ser» (17).

II. CRITERIOS DE LEGITIMACIÓN: RACIONALIDAD INSTRUMENTAL Y RACIONALIDAD VALORATIVA

1. Es indudable, como hemos puesto de manifiesto, la íntima vinculación existente entre una concepción teleológica de la pena y la necesidad de un soporte empírico que avale la viabilidad del fin decidido. Pero ello no debe llevar a confundir el substrato normativo en que se basa toda concepción teleológica con el análisis empírico de los efectos de la pena, el consecuencialismo (orientación a las consecuencias) con el mero descriptivismo. El riesgo de tal confusión viene dado, quizá, por una previa, consistente en asociar toda referencia a lo prescriptivo –normativo– con criterios éticos, garantísticos o limitativos del *ius puniendi*, negando tácitamente que en la racionalidad teleológica exista cualquier referencia a criterios de valoración y asociándolo, por tanto, con la facticidad. Conviene reiterar, a este respecto, que la *decisión* sobre un fin de la pena pertenece a una esfera normativa, ya que dicha decisión se infiere de una idea de bien –protección de bienes jurídicos, estabilización de la conciencia social o de la norma, etc.–, sin la cual la información aportada por las ciencias empíricas no puede «procesarse» por el intérprete jurídico, ya que, tomados por sí mismos, los efectos constatados son valorativamente neutros. Decidido –conocido– ese fin, la orientación exclusiva a la optimización de dicho fin a partir del análisis de la base empírica, criterio característico de la racionalidad instrumental, no implica en absoluto una falacia naturalista (18), sino simplemente la legitimación de la pena con base en la exclusiva referencia a la satisfacción efectiva de los fines asignados. Expresado con un ejemplo: el estudio empírico del hecho social «pena» ofrece una serie de resultados: la pena, por un

(17) HOERSTER (nota 9) p. 39, poniendo de relevancia que esa opinión es muy minoritaria, partiéndose mayoritariamente (Popper, Hare, Klug, Kelsen, etc.) de una frontera de carácter lógico. Debe advertirse, no obstante, que las consideraciones de Hoerster no van referidas al problema de la pena o del Derecho penal y que, si bien sus conclusiones son aplicables a la misma, dado el fin *instrumental* del que parte el deber ser en este caso, no han de ser, desde nuestra perspectiva, extrapolables más allá. En otras palabras, no se pretende –por no estar en disposición de ello– adoptar una toma de postura con respecto a la llamada ley de Hume sino en el ámbito concreto de lo empírico y lo normativo en el fin de la pena.

(18) Como parece afirmar SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 117.

lado, genera un efecto de intimidación; por otro, crea una sensación de seguridad; por otro, satisface instintos inconscientes de venganza; por otro, produce la internalización de determinados valores; por otro, genera la confianza de los ciudadanos en el Gobierno, etc. Esa serie de efectos han de asumirse o rechazarse por el Derecho a partir de un fin previamente elegido; por ejemplo: el fin del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos. Posteriormente, se constata que la internalización de los valores plasmados en las normas resulta ser más efectiva para ese fin que la mera disuasión externa mediante la amenaza de un mal, por lo que se eleva tal efecto de moralización a fin de la pena; o viceversa. O que la punición de inimputables es más efectiva que su no punición para dicho fin de protección de bienes jurídicos; y, por ello, se establece tal fin de la pena y tal ámbito de responsabilidad como criterio normativo. Pero éstas son decisiones normativas, si bien basadas en la atención exclusiva a la *efectividad* del fin; a pesar de que para llegar a las mismas puedan haberse excluido otras consideraciones valorativas de carácter deontológico o garantístico. En otras palabras: las críticas que pueden hacerse a dicha elección no han de partir de un error lógico o epistemológico, sino de objeciones de carácter ideológico o valorativo relativas ya al propio fin elegido, ya a los medios instrumentalizados para satisfacer tal fin.

2. Nos encontramos, en realidad, ante el conflicto clásico entre prevención y garantías, ante la opción, a la hora de legitimar la pena y el Derecho penal, entre lo exclusivamente teleológico y, además, lo deontológico. Lo que caracteriza a la discusión actual sobre los fines de la pena no es, como se afirma en ocasiones, el abandono de la vertiente normativa, a la cual el Derecho penal no sólo no debe, sino que no puede –lógica o epistemológicamente– renunciar, sino la elección *normativa* entre la exclusiva atención a fines (consecuencialismo) y la atención, junto a los fines, a ciertos principios o garantías individuales (principalismo) (19). Como acertadamente suele afirmarse, frente a la exclusividad de la racionalidad instrumental (*Zweckrationalität*), la pena y el Derecho penal deben legitimarse también en relación a su conformidad con determinados valores (20), es decir, a partir de la *Wertrationalität*, siguiendo la terminología acuñada por Max We-

(19) Cfr. el empleo de estos conceptos en SILVA SÁNCHEZ (nota 11), pp. 19-20.

(20) Así, entre otros muchos, HAFKKE, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, 1976, p. 69; NAUCKE, «Generalprävention und Grundrechte der Person», en *Hauptprobleme der Generalprävention*, Hassemer/Lüderssen/Naucke (edit.), 1979, pp. 7 ss. (pp. 23 ss. y passim); KUNZ, «Prävention und Gerechte Zurechnung», *ZStW* 98 (1986), p. 828; PÉREZ MANZANO (nota 4) p. 221; HÖRNLE/v. HIRSCH, *Positive Generalprävention und Tadel*, GA, 1991, p. 265.

ber (21). Esta «racionalidad valorativa», en lo que a la justificación del Derecho penal se refiere, implica la exigencia de que la actuación del mismo, de que la consecución de los fines decididos, se adecue a una serie de principios de naturaleza deontológica, *los cuales se caracterizan por su independencia respecto a la satisfacción de resultados* (22). Sin embargo, tampoco la exclusiva referencia a valores deontológicos puede legitimarlo. Un modelo deontológico puro de acción social –la teoría absoluta de la retribución, por ejemplo– se presenta desde la racionalidad instrumental como irracional, dada su desatención de los resultados; un modelo teleológico puro es, en cambio, valorativamente rechazable, dada la ausencia de límites –el fin justificaría los medios– a esa persecución de resultados. Lo *razonable* es, entonces, que la actuación del Derecho venga determinada por una ponderación, en diferentes posibilidades graduales, de ambas formas de racionalidad. Desde la perspectiva weberiana la racionalidad valorativa es concebida, así, como un límite, como un criterio corrector a la racionalidad instrumental (23), sólo dentro de cuyos márgenes podrá hacerse efectiva la satisfacción de fines.

3. Es, en suma, el consecuencialismo el que se orienta a los resultados a producir, por lo que su racionalidad vendrá siempre mediada por la validación de la misma desde la constatación de efectos empíricos. Y es en relación a este hecho cuando debe llamarse la atención respecto a la corrección –normativa y no metodológica– de la aplicación de las ciencias sociales en la discusión sobre los fines de la pena: la aportación de las mismas permite verificar si los fines sociales perseguidos se cumplen en la realidad, pero asumir criterios de naturaleza empírica como única referencia de contrastación para legitimar la pena conlleva el riesgo de abandonar toda atención a la racionalidad valorativa, elevando el pragmatismo prevenciónista a única pauta de actuación y de legitimación (24).

(21) Cfr. WEBER, *Soziologische Grundbegriffe*, Tübingen, 1984 (4.ª ed.), p. 44 ss.

(22) WEBER (nota 21) pp. 44 ss.; *vid. asimismo* MAIHOFER, «Die gesellschaftliche Funktion des Rechts», en *Die Funktion des Rechts in der modernen Gesellschaft*, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1, 1970, p. 27.

(23) Así, VOSS, *Symbolische Gesetzgebung, Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten* 1989, p. 19, desde una interpretación de Weber.

(24) Alertan sobre ese riesgo, HAFFKE (nota 20), p. 68; BESTE (nota 16), p. 174; KREISSL, «Vom Nachteil des Nutzens der Sozialwissenschaften für das Strafrecht», *ZfRSoz*, 1988, pp. 280, 288-289; SILVA SÁNCHEZ (nota 1), pp. 92-93 (remitiéndose al autor anteriormente citado): «Un “abandono” del Derecho penal en manos de consideraciones “científico-sociales” podría favorecer, dada la ausencia de límites y controles valorativos, la aparición de procesos de estigmatización colectiva e hipercriminalización desde exclusiva base utilitarista» (p. 93).

III. FACTICIDAD Y NORMATIVIDAD EN EL FUNCIONALISMO SOCIOLÓGICO

1. Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, hemos aún de detenernos en alguna cuestión metodológica relativa a la introducción de las ciencias sociales en el Derecho penal. Ello viene motivado por el hecho de que la sociología funcionalista, teoría quizá todavía mayoritaria en el ámbito de la sociología y mayoritariamente asumida por la ciencia jurídico-penal actual en la problemática de la teoría de la pena y del fin del Derecho penal, presenta cierta particularidad en relación a la diferenciación entre ser y deber ser, particularidad que amenaza con diluir la relevancia de la distinción entre dichos planos de argumentación. Dicha circunstancia se muestra de forma paradigmática en la construcción normativa de Jakobs, caracterizada precisamente por servirse directamente de algunas de las directrices de la sociología del Derecho desarrollada por Luhmann (25); en otras palabras, por proceder a una normativización (Derecho) de premisas teóricamente fácticas (sociología). Ello podría parecer, *a priori*, inviable, en tanto en cuanto, como habíamos afirmado, los datos aportados por las ciencias de la *observación*, al ser valorativamente neutros, carecen de un criterio que permita discriminar valorativamente el conjunto de hechos o efectos observados por dichas ciencias: del ser no puede conocerse el deber ser. No es de extrañar, en este sentido, que contra la concepción de la pena de Jakobs se hayan dirigido, además de críticas de carácter ideológico, también objeciones de carácter metodológico, acusándolo de sustituir «la fundamentación del deber ser por la del ser sin dar a conocer el parámetro valorativo de su decisión» (26). Si bien tales objeciones ponen de manifiesto la problemática que queremos resaltar aquí, es discutible que el autor alemán incurra en una falacia naturalista al establecer las funciones o fines del Derecho penal directamente de la concepción sistémico-funcional. Y ello precisamente por la ya citada particularidad que dicha teoría sociológica presenta, sobre la que paso a tratar a continuación.

3. La cuestión que debemos plantearnos es la siguiente: ¿Hasta qué punto las consideraciones aportadas por la sociología funcionalista responden a un análisis puramente fáctico o descriptivo? ¿Hasta

(25) Cfr., recientemente, JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischen Prinzipien», *ZStW* 107 (1995), pp. 843 ss., donde programáticamente se establecen las bases de su concepción, resaltando asimismo lo que le une y lo que le separa de Luhmann.

(26) PÉREZ MANZANO (nota 4) pp. 254-255, nota 152.

qué punto no se dan también criterios de carácter valorativo en el estudio de la sociedad o del Derecho? Con carácter general, puede afirmarse que, a pesar de la caracterización teórica de las ciencias sociales como ciencias analítico-descriptivas, todo ámbito de estudio que se ocupa de la sociedad y sus relaciones tiende no sólo a describir procesos o fenómenos objetivos, sino asimismo a aportar, potencialmente, una determinada visión o interpretación valorativa de la sociedad. Ello viene dado por diferentes motivos y en diferentes estadios. En un primer nivel, cabe afirmarse que toda interpretación sobre la realidad social se realiza a partir de determinadas premisas o preconcepciones valorativas inherentes al talante ideológico del investigador, las cuales terminan –o pueden terminar– por filtrarse en el desarrollo de sus investigaciones (27). Así, dicho investigador, si asumimos en un sentido estricto la afirmación anterior, ya no puede caracterizarse sólo como un observador ajeno a lo observado, sino que se constituye como un intérprete de la realidad en la que él mismo está imbuido (28), realidad que ya no es «objetiva», sino que viene subjetivamente filtrada por las premisas valorativas asumidas por el agente. Este hecho, sin embargo, no ha de implicar, en sí, la pérdida de la naturaleza descrip-

(27) Cfr., por ejemplo, en el ámbito de la Historia, BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, 1996, pp. 29 –32: «Lo que dice el historiador, por mucho cuidado que tenga en usar un lenguaje puramente descriptivo, tarde o temprano implicará la actitud que él tenga. El distanciamiento mismo es una postura moral» (p. 30).

(28) Vid., por ejemplo, MCCARTHY, *Ideales e ilusiones. Reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea*, Madrid, 1992, p. 28: «Nunca podemos ser observadores sin ser al mismo tiempo participantes»; p. 140: «El observador social no es, como pudiera erróneamente suponerse, un observador, explicador y predictor neutral, ni es un crítico soberano que pueda asumir con seguridad su propia superioridad moral y cognitiva. También es, aunque virtualmente, un participante en el diálogo, un participante incluso cuando observa y critica». En sentido similar, afirman GUIBOURG/GHIGLIANI/GUARINONI, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, 1984, p. 148, que «el investigador siempre pone algo de sí en la percepción del objeto que observa y en la elaboración de los datos de su percepción; y esta subjetividad se torna considerablemente mayor en el caso de la sociología», destacando que, desde la premisa de la supuesta «objetividad» de dicha ciencia empírica, dicha «participación del observador en el objeto se aprecia normalmente como un ruido en la comunicación con la realidad, como un elemento indeseable, aunque de difícil eliminación». Cfr. también, en la misma obra citada, p. 193, donde se rechaza, con carácter general, dicha pretensión de «objetividad», especialmente en la sociología: «Si tal cosa ocurre con las ciencias en general, más grave es en este aspecto la situación de las ciencias sociales. El propio científico, como integrante del grupo en el que vive y trabaja, forma parte del objeto de su ciencia, y sería utópico exigirle que no proyectara en ésta sus intereses personales y grupales, al menos a través de las hipótesis ocultas que integran su visión de la realidad».

tiva de la disciplina de que se trate; dicha subjetividad hermenéutica es, hasta cierto punto, epistemológicamente inevitable, si partimos del hecho –apenas puesto en duda actualmente– de que toda percepción de la realidad es, en gran parte, un proceso hermenéutico (29). Pero no es este nivel previo de intermediación entre lo fáctico y lo normativo, entre la observación y la decisión, el relevante para nuestro objeto de análisis (30); sino que es un segundo nivel el que nos interesa: lo que ha de ponerse de relevancia es que disciplinas como la sociología o la psicología profunda –por centrarnos en los dos ámbitos que más han influenciado la teoría de la pena– conllevan, tras la supuesta base descriptiva, elevadas dosis de valoración en relación a los fenómenos que analizan (31). Pero ello, no ya dada dicha «inevitabilidad epistemológica», sino como una toma de posición, más o menos explícita, ya sobre el substrato político, ético o filosófico sobre el que se asienta la

(29) Cfr. V. FOERSTER, *Wissen und Gewissen. Versuch eine Brücke*, Frankfurt a. M., 1993, pp. 25 ss. y *passim*.

(30) En este sentido, si bien resalta el hecho de que tampoco Jakobs, en su afán renormativizador, puede prescindir del *factum* de dicha subjetividad epistemológica, no creo que la crítica de SILVA SÁNCHEZ (nota 11), p. 24, a Jakobs, respecto a la pretendida comprensión objetiva de la constitución social, sea válida, en sí, como oposición a las premisas metodológicas del autor alemán. En cualquier caso, se volverá sobre la metodología de éste en el epígrafe VII.

(31) Ello es resaltado, entre otros, por SILVA SÁNCHEZ (nota 1), pp. 86, 88, 94. También SCHELSKY (nota 14), pp. 34 ss., en relación al funcionalismo de T. Parsons. Por abundar en ejemplos, puede citarse también la crítica de DAHRENDORF, *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, 1965, pp. 151 ss. a TÖNNIES, destacando que, a pesar de la naturaleza sociológica de su obra *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Tönnies toma claramente partido por la versión de la «comunidad» como idea orgánica y cohesionada en torno a valores de lo social, frente a la idea de «sociedad» basada en intereses individuales, trasunto del modelo liberal del contrato social. En igual sentido respecto a Tönnies, *vid.* voz «Gemeinschaft», en *Staats-Lexikon-Görres Gesellschaft*, pp. 851 ss., y GUTMANN, «Keeping 'em down on the fram after they've seen Paree»: *Aporien des kommunitaristischen Rechtsbegriff*, ARSP 1997, p. 53-54, relacionándolo con los actuales defensores del comunitarismo. Merece citarse asimismo –en especial por la relevancia de las concepciones sobre lo punitivo de Durkheim en algunas concepciones de la pena en la actualidad –las consideraciones de WÖSSNER, *Mensch und Gesellschaft. «Kollektivierung» und «Sozialisierung»*, Berlín, 1963, p. 249 sobre DURKHEIM, de cuyas tesis en la *División del trabajo social* afirma que tras la apariencia de mero análisis de los «hechos sociales» se esconde una vinculación política favorable a un modelo de sociedad de índole colectivista y orgánico, centrado en la «solidaridad mecánica» –vínculos sociales fuertes por medio de las convicciones morales y los afectos (similar a la noción de «comunidad» de Tönnies) –que en la «solidaridad orgánica» –vínculos sociales difusos basados en intereses individuales y en la diversificación del trabajo (similar a la «sociedad» de Tönnies). «La secreta finalidad sociológica de Durkheim es la apología del espíritu de la comunidad», manifiesta dicho autor (p. 249).

concepción de la sociedad y el Derecho mantenida, ya sobre la potencialidad política o jurídica de dicha concepción. Es sabido, por ejemplo, que el psicoanálisis, a la hora de explicar el fenómeno punitivo, ha partido siempre de un rechazo manifiesto de la aplicación de la pena como instrumento de control social, en tanto en cuanto ésta es concebida como la canalización organizada de los instintos colectivos e irracionales de venganza (32). En este sentido resulta, ciertamente, paradójico que las conclusiones críticas hacia el Derecho penal propias del psicoanálisis sean convertidas, a la hora de trasladarse a la discusión jurídico-penal, en criterios de legitimación de la pena, como ocurre en alguna versión de la prevención general positiva (33).

4. Y lo mismo puede decirse, en relación a la cuestión metodológica de la introducción de consideraciones valorativas, de la sociología. Toda teoría sociológica que aspire a una comprensión total del fenómeno social, no sólo se limita a describir el conjunto de hechos y efectos que tienen lugar en la sociedad, sino que se configuran como teorías de la sociedad, las cuales aportan, además de meros datos fácticos, una serie de consideraciones sobre cómo *deben* organizarse las relaciones sociales para mantener o aspirar a un orden social determinado, de forma que tras las aseveraciones descriptivo-analíticas suele darse una más o menos manifiesta toma de postura valorativa respecto a las relaciones entre la sociedad y el individuo y a los instrumentos institucionales que mantienen el orden social: el Estado y el Derecho, en lo que a nosotros concierne. Y ello no necesariamente como un efecto latente o indeseado de la actividad científica de estas disciplinas, sino que dicha tendencia valorativa es asumida, por no pocos autores, como una parte integrante y legítima de las mismas —baste

(32) Ello es puesto de manifiesto, entre otros, por HAFKE (nota 20) pp. 165 ss; JÄGER, «Psychologie des Strafrechts und der Strafenden Gesellschaft», en *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die Gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität, 1*. Lüderssen/Sack (edit.), Frankfurt a. M., 1975 pp. 107 ss. (p. 111, p. 122 ss., y *passim*); NEUMANN/SCHROTH (nota 6), pp. 93–94, 121; BESTE (nota 16), pp. 176 ss.

(33) Como, por ejemplo, pretenden, STRENG, «Schuld, Vergeltung, Prävention», *ZStW* 92 (1980), pp. 637 ss. o ACHENBACH, «Imputación individual, responsabilidad, culpabilidad», en *El sistema moderno de Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Schünemann (edit.), Madrid, 1991, pp. 134 ss. (pp. 138 ss.). Críticos, en sentido similar al del texto, LUZÓN PEÑA, «Prevención general y psicoanálisis», en *Derecho penal y ciencias sociales*, Mir Puig (edit.), Bellaterra, 1982, p. 153: «racionalización encubridora del funcionamiento de dichos mecanismos irracionales»; BÖLLINGER, «Generalprävention als Sozialisationsfaktor? Zur Kritik der Dogmatisierung sozialwissenschaftliche Begriffe», *KrimJ*, 1, 1987, pp. 33 ss.: «Una consecuencia de la política criminal orientada a la legitimación debería ir tendencialmente dirigida a la aminoración de dicha irracionalidad, en vez a reforzar aún más la neurosis colectiva».

citar el enconado debate desarrollado en Alemania en los años setenta, conocido como el *Positivismusstreit*-. En este sentido, afirma, por ejemplo, Schelsky que la «sociología del Derecho no tiene sólo una misión de análisis, sino, por encima de ella, también una misión jurídico y sociopolítica» (34). Sin necesidad de asumir tal afirmación –propia quizá de una sociología crítica– para toda concepción del método sociológico, puede afirmarse con carácter general la existencia de un substrato ideológico subyacente a toda teoría de la sociedad. Y apenas cabe dudar de esa realidad si nos referimos a la teoría funcionalista-sistémica.

5. Como habíamos afirmado, sin un criterio valorativo de decisión, sin un concepto de deber ser, los datos constatados en el plano fáctico no pueden hacerse operativos en la determinación de lo deseado como fin de la pena. Y ese criterio de valoración ha de venir dado a partir de una idea superior de bien, de orientación final, desde la cual comprender y orientar las decisiones normativas. Pues bien, lo que caracteriza a la teoría funcionalista-sistémica no es sólo que pueda proceder de una tradición de pensamiento determinada o que pueda conllevar cierta tendencialidad política, sino el hecho de que dentro de su propio arsenal argumentativo y conceptual yace de forma explícita un concepto de bien, así como, derivado de éste, un criterio de decisión normativo o, al menos, normativizable. El concepto de ‘función’ utilizado en la misma es el que determina tales implicaciones normativas. Como es sabido, desde dicha teoría la interacción de los fenómenos sociales se analiza dentro del sistema social como única instancia autorreferencial tanto de comunicación como de decisión (35). Y todo sistema, se afirma, tiende a la autorregulación de la pervivencia de su estado, por lo que las interacciones se organizan y describen en torno al *problema* del mantenimiento de su estructura. Este «hecho» –cuya verificabilidad empírica podría, por lo demás, discutirse (36)– permite

(34) SCHELSKY (nota 14), p. 39.

(35) Cfr. LUHMANN, *Soziale systeme*, Frankfurt a. M., 1984, p. 346 y *passim*.

(36) Entre otras razones, porque gran parte de lo «observado» en el plano macrosocial viene dado a partir del análisis de fenómenos pertenecientes a la microbiología, como por ejemplo el concepto de la «autopoyesis» o el del «sistema inmunológico» con el que recientemente Luhmann concibe el Derecho con respecto al sistema social; conceptos que, no obstante, no son empleados por este autor «por analogía o... en forma metafórica», sino como fenómenos que se producen en dicha realidad macrosocial. Cfr. LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1993, pp. 565 ss. Dudas sobre la verificabilidad empírica de las premisas fácticas de la teoría de sistemas plantean asimismo, NEUMANN/SCROTH (nota 6), p. 111, y KIM, *Zur Fragwürdigkeit und Notwendigkeit des Strafrechtlichen Schuldprinzips. Ein Versuch zur Rekonstruktion der jüngsten Diskussion zur «Schuld und Prävention»*, Ber-

establecer un código binario con que *calificar* las interacciones que se dan dentro del sistema: funcional/disfuncional. La función social de todo elemento estructural del sistema consiste en el mantenimiento del mismo. Por contra, un fenómeno social es disfuncional cuando amenaza con desestabilizar su estructura. '*Función*' se define, entonces, como todo lo que sirve al mantenimiento estable del sistema (37). Así, por ejemplo, desde el análisis funcionalista el delito no es comprendido como lesión de un interés individual, sino como un fenómeno disfuncional para la pervivencia del sistema (38); y el Derecho penal y la pena no tienen el fin de evitar conductas lesivas para intereses individuales o, inversamente, de proteger esos intereses, sino que, como elementos del sistema social, sirven al mantenimiento de la estabilidad e integración del mismo (39). Como puede verse, a diferencia del primer concepto de función empleado más arriba –meros efectos fácticos de la pena–, la idea de función en el funcionalismo sociológico conlleva una *valoración* respecto de esos efectos, valoración derivada de

lín, 1987, p. 25; SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 70. Sobre esta cuestión, cfr. asimismo, MCCARTHY (nota 28), p. 185, quien destaca la «probada esterilidad de este enfoque [*scil.* la teoría de sistemas] como marco para la investigación social *empírica*» (cursivas en el original), y afirma que «incluso en el territorio más propio del análisis social de sistemas, la teoría de las organizaciones formales, la cuestión de su fecundidad empírica es, en el mejor de los casos, una cuestión abierta. Se reconoce generalmente, incluso por sus proponentes, la desproporción entre el complejo arsenal conceptual, por una parte, y nuestra capacidad para manejar y utilizar realmente las nociones de «input» y «output», «circuito de realimentación» y «mecanismos de control», «ambientes» y «capacidad adaptativa», por la otra. La abstracción, la vaguedad y la indeterminación empírica de tales conceptos han dado lugar a que la capacidad predictiva del modelo de sistemas sea, como poco, cuestionable».

(37) Cfr. AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 358: «El concepto que permite tender un puente desde el análisis estructural hasta la problemática del mantenimiento de la estructura es el concepto de la función social». Sobre dicho término en el análisis funcionalista, cfr. también SCHELSKY (nota 14), pp. 43-44; JAKOBS (nota 25), p. 844.

(38) *Vid.* sobre ello AMELUNG (nota 37), p. 361; NEUMANN/SCHROTH (nota 6), pp. 101; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlín *et. al.*, 1991 (2.ª ed.), parágrafo 2/1 ss.

(39) SCHELSKY (nota 14), pp. 54-55; NEUMANN/SCHROTH (nota 6) pp. 101; JAKOBS (nota 25), p. 844 y 849: el Derecho penal tiene la misión de mantener la identidad social. Similar –si bien más adelante (epígrafe VI) resaltaremos notables diferencias entre la posición de Jakobs y la del autor que a continuación se menciona– es la concepción del delito y la pena de Durkheim, para quien el Derecho penal sirve al fortalecimiento de la conciencia colectiva, requisito *sine qua non* para la cohesión y pervivencia del organismo social. Cfr. DURKHEIM, *La división del trabajo social*, Madrid, 1995 (3.ª ed.), pp. 96 ss., pp. 113 ss. Sobre la concepción del delito y la pena en Durkheim puede verse, además, GEPHART, *Strafe und Verbrechen. Die Theorie Emile Durkheims*, Opladen, 1990, *passim*.

la idea de bien, de fin, que también aporta dicha teoría: el mantenimiento del sistema (40). En esta línea, afirma Bock, por ejemplo, que todo análisis funcional conlleva *implícitamente una condición de deber ser*, que es la que permite distinguir entre lo funcional y lo disfuncional (41). Sin duda, dicho soporte conceptual puede entenderse exclusivamente como un método analítico, no habiendo, por tanto, de derivarse necesariamente consecuencias normativas del mismo para el Derecho penal; sin embargo –y ello es lo único que en este momento pretende resaltarse– no existe ningún obstáculo lógico o epistemológico que impida la normativización de dicha base descriptiva, la transformación de la función en fin, puesto que la primera, al operar como instancia valorativa, conlleva potencialmente un deber ser. Es, en pala-

(40) En este sentido, entre otros, LÓPEZ CALERA, «Funciones del Derecho», en *Derecho y justicia*, Garzón Valdés/Laporta (edit.), Madrid, 1996, pp. 457 ss., p. 462. Como afirma NAVAS, *Der Begriff der Moral bei Niklas Luhmann*, Jahrbuch für Recht und Ethik, I, 1993, p. 303, la propia idea de sistema es difícil de comprenderse sin la referencia a un fin. En el mismo sentido, destaca MCCHARTHY (nota 28), que «el uso de la teoría de sistemas en el estudio de las organizaciones formales ha sido, de hecho, mucho más normativo-analítico que empírico-analítico. Aunque los límites y la formulación de fines no pueden ser empíricamente *averiguados*, pueden ser estipulados o *establecidos*». En otras palabras, no como una disciplina de observación (empírica), sino como una disciplina de decisión (normativa).

(41) *Vid.* BOCK, «Ideen und Schimären im Strafrecht. Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention», *ZStW* 103 (1991), p. 648; similar KIM, (nota 36), p. 28. El hecho de que toda noción de función presuponga una valoración es resaltado claramente por SEARLE, *La construcción de la realidad social*, 1997, pp. 32 ss. Como afirma este autor, en la naturaleza, como tal, el concepto de función no existe: «las funciones nunca son intrínsecas a la física de ningún fenómeno, sino que son externamente asignadas por observadores y usuarios conscientes». Es cierto que «nos obnubila respecto de ese hecho la práctica común en biología, de hablar de funciones como si fueran intrínsecas a la naturaleza. Pero... la naturaleza ignora por completo las funciones» (p. 33). Así, cuando establecemos funciones a los fenómenos naturales «*estamos haciendo algo más que registrar esos hechos intrínsecos. Estamos disponiendo esos hechos en relación con un sistema de valores albergados por nosotros*», estamos procediendo a la «asignación de una teleología a esos procesos» (p. 33). En suma, toda noción de *función* «contemplada» en los fenómenos naturales (o sociales) no es en realidad una constatación fáctica, empírica, sino una *atribución del observador basada en una esquema de valores*. De ahí que la noción de función en la teoría sistémica –como en cualquier otro ámbito de conocimiento– esté condicionada a una previa valoración teleológica del observador: del intérprete. Todo ello, sin embargo, no contradice los dos significados de función establecidos más arriba: función como producción de efectos no deseados y función como asignación intencional y valorativa de fines. Cfr. p. 40 de la obra citada de Searle, donde distingue entre funciones «no agentivas» y funciones «agentivas», que asocia, respectivamente, a la noción de funciones latentes y manifiestas empleadas por los teóricos sociales.

bras de Schelsky, una «“determinación final” de la función» (42). La cuestión, entonces, no consiste en si es posible –por errarse el método de la argumentación– llevar a cabo dicha normativización; la cuestión es si *deben* o no asumirse las premisas valorativas de la teoría funcionalista de sistemas, dadas las implicaciones y consecuencias que pueden derivarse de ello. Cuestión, por tanto, de naturaleza normativa. Así, por ejemplo, Amelung se esfuerza por distinguir claramente, en su aplicación de dicha teoría a la idea de lesividad social, la función del fin, pero ello no en aras de una corrección lógica o metodológica, sino de una corrección ética (43).

IV. LA RACIONALIDAD SISTÉMICA. CONSIDERACIONES CRÍTICAS

1. Respecto a dicha cuestión normativa, debe darse una respuesta negativa. La asunción de las premisas sistémicas como criterios de legitimación de la actividad del Derecho penal implica, en principio, la asunción de las implicaciones políticas y éticas inherentes a la teoría de sistemas (44). Así, la justificación de la pena dada exclusivamente a partir de su funcionalidad en orden a la satisfacción del fin: estabilidad del organismo social, prescinde de toda referencia legitimatoria y limitativa en relación a la *Wertrationalität*, ya que la única pauta valorativa, si la función se convierte en fin, es la optimización del mismo. En este sentido, se ha afirmado que «esta sociología ha tratado de hacer un análisis del Derecho eliminando toda referencia a valores, para volver

(42) SCHELSKY (nota 14), p. 44, fin que se concibe como la supervivencia del sistema.

(43) Cfr. AMELUNG (nota 37), pp. 359 y 363: «una institución es legítima sólo cuando es éticamente correcta»

(44) Un panorama de las críticas ideológicas realizadas contra el funcionalismo sistémico puede verse en OTTO, *Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle. Wandel vom soziologischen zum ökonomischen Paradigma in der nordamerikanischen Kriminologie*, Freiburg, 1982, pp. 30 ss.; PÉREZ MANZANO (nota 4), pp. 50 ss; LÓPEZ CALERA (nota 40), p. 462, poniendo de relevancia la tendencia a la justificación del *status quo*: «Este funcionalismo tiene –aun sin reconocerlo –un objetivo, que podría denominarse ideológico, como sería la defensa del orden, el mantenimiento y la apología del orden social existente». Cfr. también las críticas que realiza LÜDERSSEN, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und alteuropäischen Prinzipien», *ZStW* 107 (1995), p. 883-884, a la postura de Jakobs. En igual sentido, BOCK (nota 41), pp. 648, quien le reprocha a Jakobs una considerable ingenuidad respecto a la asunción de las implicaciones políticas de la teoría de sistemas.

luego a atribuirle un sentido de valor con el criterio funcional de la autojustificación del sistema o de su autoconservación» (45). Con ello, la desatención respecto a principios garantísticos –los cuales se configuran, como hemos afirmado, como límites o correctores de la inercia instrumental–, si bien no es exclusiva del funcionalismo sistémico, se agrava si se erige la *racionalidad sistémica* como único criterio regulativo y legitimatorio del *ius puniendi*. Y ello por dos características esenciales de dicha teoría. En primer lugar, el análisis de la teoría sistémica se centra en la organización del todo social, y en el plano del Derecho, en las funciones que éste aporta al mantenimiento de la estabilidad del sistema. Ello conlleva que el individuo no es asumido en su subjetividad, sino que se lo concibe como un elemento estructural más del sistema, o bien como un subsistema situado en el entorno del sistema social (46). Las implicaciones políticas de esta posición son evidentes; la referencia al sistema social como un todo autónomo tiende a auspiciar subrepticamente una concepción holista y organicista de la sociedad, en la que los intereses del individuo son reconocidos en tanto vienen atribuidos por la misma y, por tanto, pueden ser sacrificados –funcionalizados– en aras del interés superior de la perpetuación del todo social (47). En palabras de Schelsky, desde el análisis sociológico: «En el análisis funcionalista-sistémico el Derecho se entiende opuesto al individuo; no es ‘su’ Derecho, sino el Derecho del sistema. Su función consiste en el establecimiento de un funcionamiento lo más libre de conflictos, lo más ‘armónico’ posible; en la creación de una ‘cooperación productiva’ en la cual el individuo participa indirectamente como ‘parte del sistema’; por ello mismo los intereses del

(45) LÓPEZ CALERA (nota 40). Similar, LÜDERSEN (nota 44), p. 885, crítico con la postura sistémica de Jakobs.

(46) Así, en la teoría de sistemas de Luhmann. Cfr., LUHMANN (nota 35), pp. 346 ss.; el mismo, *Rechtssoziologie*, Opladen, 1987, 3.ª ed., p. 134: «hombre y sociedad son para cada cual entorno». Vid. Sobre ello, además, AMELUNG (nota 37), pp. 353 ss.; PÉREZ MANZANO (nota 4), p. 51.

(47) SCHELKY (nota 14), pp. 54-55 y 56. Esas implicaciones son reconocidas por el propio AMELUNG (nota 37), p. 362. Cfr. además, NEUMANN/SCHROTH (nota 6), p. 111: «hablar de la funcionalidad de un fenómeno social presupone veladamente una estructura homogénea de la sociedad, una concordancia entre los intereses de los distintos grupos»; HABERMAS, *Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen*, Frankfurt a. M., 1985, pp. 434-435; el mismo, *Facticidad y Validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, 1998, 4.ª edición del original alemán (1994), p. 570, destacando la ausencia de deontologismo y atención a principios valorativos de la teoría de sistemas; LÜDERSEN (nota 44) pp. 883-884; LÓPEZ CALERA (nota 40), p. 426. Respecto al funcionalismo de Durkheim, vid. por ejemplo, las críticas en la misma dirección de WÖSSNER (nota 31), pp. 249 a 255.

individuo serán también solo indirectamente garantizados» (48). La misma idea apunta García Amado, refiriéndose a la racionalidad sistémica desde una perspectiva metodológica jurídica: «Desde este enfoque, tanto el sistema social global como sus subsistemas, entre los que se encuentra el jurídico, aseguran por sí mismos las condiciones de su subsistencia, autorregulan sus propios mecanismos integradores y adaptadores al medio respectivo. Con ello, los sujetos particulares, considerados individualmente, no poseen las claves para influir el funcionamiento del sistema, sino que son ellos los que están determinados por éste como meros engranajes, poseedores sólo del grado de autonomía suficiente para cumplir su función en el sistema, pero no para influir sus mecanismos» (49). Si aplicamos dicha concepción, por ejemplo, al ámbito de la teoría de la pena, nos encontramos con la clásica oposición entre los intereses de la colectividad como objeto de protección y los intereses del individuo a quien se impone la pena, como vehículo a través del se que instrumenta dicha protección: el conflicto se resuelve enteramente del lado de los intereses de la colectividad, dándose, por tanto, una primacía absoluta a la lógica prevencionista.

No obstante lo dicho, debe afirmarse, a modo de paréntesis, que no toda aplicación del método de análisis sistémico en el Derecho penal conllevará *per se* tal concepción organicista de la sociedad —aunque sí cierta *potencialidad* político-criminal, planteada a continuación—, puesto que el sistema a estabilizar puede ser tanto directamente el de la sociedad, como el subsistema jurídico-penal en la sociedad. Por cuestiones de orden expositivo, hemos preferido dejar para un momento posterior —epígrafe VI— tal matización.

2. En segundo lugar, la teoría sistémica aporta un método de análisis sobre los principios valorativos basado exclusivamente en el criterio de la funcionalidad, por lo que la referencia a criterios deontológicos aparece como un elemento extraño a la lógica sistémica (50). Como afirma Habermas respecto de la metodología sistémica, «la cualidad deontológica de las normas jurídicas queda redefinida de suerte que resulta accesible a un análisis puramente funcional» (51). «Con

(48) SCHELSKY (nota 14), pp. 54-55 y 56.

(49) GARCÍA AMADO, *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, AFD 1986, p. 175.

(50) *Vid.* LUHMANN *Rechtssoziologie*, Hamburgo, 1983 (2.ª ed.), pp. 259 ss., y p. 266, donde afirma que la idea de la legitimidad ha de entenderse funcionalmente, de forma que ya no puede concebirse como un criterio de justificación externo al sistema político, sino como una prestación del mismo. Cfr., además, NAVAS (nota 40), pp. 303-304; LÓPEZ CALERA (nota 40), p. 462.

(51) HABERMAS, *Facticidad* (nota 47), p. 564.

ello, las pretensiones de validez y las razones expresadas en los discursos jurídicos pierden también su valor intrínseco» (52). En efecto, si todo elemento del sistema es valorado en base a su funcionalidad para la estabilización del mismo, la *Wertrationalität*, caracterizada por ser un criterio de legitimación basado, como dijimos, en principios *independientes de la satisfacción de resultados*, no tiene cabida en la argumentación sistémica, sino que los principios éticos y las garantías limitativas obtendrán su vigencia —y su contenido— en tanto en cuanto sean funcionales al fin de la conservación del sistema: «la *Wertrationalität* aparece como función de la *Zweckrationalität*» (53).

3. En realidad, esta consecuencia: ausencia de principios garantísticos (limitativos de la lógica instrumental) puede ser reconducida a la anterior: desaparición del individuo como sujeto autónomo y supe-ditación del mismo a las decisiones (necesidades) del sistema. Y ello en base a dos hechos. Por un lado, en el plano de los *destinatarios* de tales principios, la referencia a criterios éticos de justicia sólo tiene sentido a partir de la consideración del individuo, único portador de derechos subjetivos inalienables (54). Ello es patente en lo tocante a los límites o garantías frente a la pena preventiva, los cuales se predicán respecto de los intereses del delincuente —o de los potenciales delinquentes— frente a los de la colectividad. Entonces, la ausencia del individuo como integrante de la racionalidad sistémica implica la inexistencia de deontologismo, de principios garantísticos no contingentes. Por otro lado, en el plano de la *fundamentación* de los principios, éstos, en la filosofía política de raigambre liberal, suelen venir establecidos a partir de una lógica intersubjetiva, ya discursiva, ya consensual (55). Como afirma Maihofer, mientras que la *Zweckrationalität*

(52) HABERMAS, *Facticidad* (nota 47), p. 114.

(53) Así, SILVA SÁNCHEZ (nota 11), p. 21. Similar, KIM (nota 37), p. 25 y crítico en p. 29. Cfr. también NAVAS (nota 40), p. 304, resaltando el *Kontingentismus* de toda referencia a principios propio de la teoría de Luhmann; GARCÍA PABLOS (nota 16) p. 383.

(54) Como afirma FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit. Politische Philosophie jenseits von Liberalismus und Kommunitarismus*, Frankfurt a. M., 1996, p. 436, la persona es el centro de las cuestiones de justicia; *vid.* asimismo, SILVA SÁNCHEZ (nota 11), p. 20: el signo fundamental del principalismo es el individualismo.

(55) *Vid.*, así, HOERSTER, «Rechtsethik ohne Metaphysik», *JZ*, 1982, pp. 265 ss (pp. 269 ss.); FORST (nota 54), pp. 68-69, p. 436 y *passim*; SILVA SÁNCHEZ (nota 11), p. 21-22. Cfr., como los dos autores más destacados de dicha fundamentación de los valores, RAWLS, *Teoría de la justicia*, México, 1995 (2.ª reimp.), *passim* (teoría consensual); y HABERMAS, «¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?», en *Escritos sobre moralidad y eticidad*, 1991, pp. 166 ss.; del mismo autor, *Facticidad*, (nota 47), *passim*, (teoría discursiva).

parte de una perspectiva decisoria subjetiva (ya sea individual, ya —como en el Derecho penal— colectiva), la *Wertrationalität* se fundamenta y justifica desde una perspectiva intersubjetiva (56). En cambio, si, como en la teoría sistémica, el individuo no es sujeto de comunicación y decisión, sino, por el contrario, únicamente es objeto de las decisiones tomadas con base en la autorreferencialidad del sistema, no cabe la posibilidad de fundamentar, dentro de dicha racionalidad, valores o principios que corrijan o se enfrenten a la exclusiva orientación funcional a los intereses del organismo social. La idea de un *conflicto* entre intereses subjetivos contrapuestos no cabe dentro de la racionalidad sistémica, puesto que ésta va dirigida hacia la satisfacción de los intereses de un solo 'sujeto': el sistema, en el cual los conflictos y tensiones, al igual que los principios éticos, son decididos y procesados como funcionales o disfuncionales respecto a su propia pervivencia (57). Puede, así, afirmarse que la racionalidad sistémica parte de las mismas bases metaéticas que el utilitarismo, es decir, de una exclusiva racionalidad instrumental, según la cual la corrección de las acciones —de la acción social 'pena'— se establece en relación a la satisfacción de un fin determinado; en este caso, del fin de la estabilización del sistema social. Es por ese motivo por lo que la crítica que dirige Rawls al utilitarismo, objetándole que en dicha teoría se adopta «para la sociedad como un todo el principio de elección racional del individuo» y que, por ello, «no considera seriamente la distinción entre personas» (58), puede aplicarse de igual forma a la racionalidad sistémica, en la cual el único «individuo» decisor es el sistema.

V. PERSONA Y COMUNIDAD

1. En relación a estas consideraciones críticas, no pueden dejar de mencionarse algunas réplicas que recientemente ha introducido Jakobs frente a las objeciones relativas a la instrumentalización del individuo en las concepciones del Derecho penal de sesgo sociológico-funciona-

(56) MAIHOFFER (nota 22), p. 27. Similar SILVA SÁNCHEZ (nota 11), pp. 21-22.

(57) No en vano otra de las críticas fundamentales realizadas contra la teoría de sistemas es la tendencia al inmovilismo y el mantenimiento del *status quo*, así como la ausencia de potencialidad crítica e innovadora frente a ese *status quo*. Cfr. PÉREZ MANZANO (nota 4), p. 50. Vid. asimismo, NEUMANN/SCHROTH (nota 6), p. 123: la potencialidad crítica de las teorías funcionales es sorprendentemente ínfima; KIM (nota 37), p. 27.

(58) RAWLS (nota 55), pp. 45, 46.

lista y a la concepción colectivista de la sociedad. En cualquier caso, y antes de ello, debe decirse que no se pretende con ello erigir a este autor en paradigma del funcionalismo en Derecho penal, o al menos en paradigma de la concepción del funcionalismo que tiende a dicha concepción organicista de la sociedad. Por el contrario, conviene afirmar desde ahora que algunas de las facetas –si bien no todas– de la concepción del Derecho penal de Jakobs vienen a ser bastante más liberales –al menos en la última evolución de la misma (59)– que otras teorías de la pena que parten asimismo de concepciones funcionalistas; de igual forma que la concepción de Luhmann sobre la pena –de su metodología jurídica me ocuparé más adelante– viene a ser bastante más liberal que la mantenida por funcionalistas como Durkheim o Parsons, en relación a la concepción de lo social (60). Por el contrario, la exposición de la postura del profesor de Bonn tiene esencialmente el fin de enfatizar algunas consideraciones ya realizadas en páginas anteriores.

2. Frente a sus críticos, afirma Jakobs que las objeciones contra el funcionalismo sociológico parten de una identificación errónea entre dicha corriente sociológica y el colectivismo (61). Por un lado, el individuo no puede entenderse al margen de la sociedad; sino que, por contra, es la sociedad la que conforma al individuo: la identidad de la sociedad conforma la identidad del individuo (62). Por otro lado, el funcionalismo no ha de implicar la disolución del individuo en el todo social, sino que el individuo estará presente en el sistema social en la medida en que intervenga en los procesos comunicativos del mismo;

(59) Por ejemplo, en la teoría de la pena de Jakobs cabe encontrar una evolución que iría desde posiciones que partirían del fin ético-social de su maestro Welzel a su concepción actual, reducido el fin de la pena al mero de fin de manifestación de la vigencia de las normas. Así, afirma en la actualidad (*vid.* la obra citada en nota 25), que el fin de ejercicio en la fidelidad a Derecho no es lo que justifica la pena, sino que ha de tratarse como un mero efecto secundario de la misma. Dicha evolución es resaltada por PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Estudio preliminar a JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 18 ss. y 39 ss.

(60) En este o similar sentido, en relación a Luhmann, SCHELSKY (nota 14), p. 43. Ésa parece ser la opinión de LÜDERSEN (nota 44), p. 883, respecto a Jakobs, cuando afirma que el fin de la pena que éste asume: ejercicio en la vigencia de las normas «va dirigido claramente, independientemente de su formulación abstracta –a personas concretas de una sociedad–». Más claramente en p. 891: «En absoluto puede afirmarse... que según la concepción de Jakobs la misión del Derecho penal debe concebirse totalmente desvinculada de los intereses de los individuos de una sociedad o de los hombres que habitan en un Estado».

(61) JAKOBS (nota 25), p. 853.

(62) JACOBS (nota 25), p. 850 y 852, citando a Herbert Mead. Cfr. también LUHMANN (nota 35), Capítulo 7.

la atención al individuo vendrá determinada, en otras palabras, por «la autodescripción de la sociedad» (63). No obstante, condición de la subjetividad es la propia funcionalidad de la sociedad: «sin una sociedad que funcione faltan las condiciones empíricas de la subjetividad» (64), si bien insiste Jakobs en que la perspectiva funcional no va referida a un modelo concreto: «existen sociedades liberales funcionalmente organizadas y sociedades colectivistas disfuncionalmente organizadas» (65).

3. Nuevamente ha de insistirse en la diferencia metodológica entre la facticidad y la normatividad. Sin duda, como ya se ha afirmado, el funcionalismo puede ser aplicado como un mero método de *observación* de lo social, apto tanto para sociedades liberales como para sociedades colectivistas, tanto para democracias como para dictaduras; método según el cual el «objeto» cuya funcionalidad ha de analizarse es el *status quo*: el sistema democrático en un caso, el sistema dictatorial, en otro, puesto que lo que se observa es lo dado: el ser, no el deber ser. Así, un mismo fenómeno social podrá aparecer como funcional para una sociedad liberal y como disfuncional para una sociedad colectivista. Pero el criterio de observación puede convertirse en criterio de *decisión*, como, por ejemplo, viene haciéndose respecto de la sanción penal: la pena «debe ser», es decir, viene legitimada en tanto en cuanto establezca el sistema. Jakobs, en la réplica a sus críticos acabada de exponer, parece confundir el plano de la argumentación, al rebatir objeciones normativas –políticas– con consideraciones sociológicas (66). La misma impresión puede sacarse si atendemos a la réplica dada por el autor alemán a las críticas de idéntico signo: instrumentalización del individuo en aras de la satisfacción de intereses colectivos, en materia de culpabilidad, cuando afirma que su concepción de la misma «sólo trata de la *descripción* de las condiciones funcionales de la sociedad. La descripción no instrumentaliza, sino que deja abierta una instrumentalización previamente dada» (67). En cualquier caso, como ya dijimos, lo que habrá que determinar es el «objeto» a estabilizar. Volveremos inmediatamente sobre ello. Pero antes hemos de detenernos aún en otra cuestión vinculada a la diferencia entre facticidad y normatividad, relativa al concepto de persona.

(63) JAKOBS (nota 25), p. 850.

(64) JAKOBS (nota 25), p. 851.

(65) JAKOBS (nota 25), p. 853.

(66) No obstante, la referencia a facticidad y normatividad tiene en relación a la metodología de Jakobs una índole distinta a la anterior referencia a dicha dualidad. Cfr. sobre ello el epígrafe VII.

(67) JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, p. 30.

4. Sin duda es cierta la afirmación de Jakobs de que la identidad de la subjetividad —entendida como la conformación del individuo a través de los procesos de socialización— depende de la identidad de la sociedad en la que los sujetos interactúan entre sí, realidad que, como el mismo autor pone de manifiesto, ha sido especialmente resaltada en el debate filosófico-político entre el comunitarismo y el liberalismo (68). Pero lo que asimismo ha sido puesto de relevancia en dicho debate, y ha determinado su evolución posterior, es que debe establecerse una nítida separación entre lo que es el aspecto ontológico o empírico (ser) y lo que es el aspecto político o normativo (deber ser), y que del primero no tienen por qué derivarse consecuencias para el segundo (69); ni, por tanto, pueden rebatirse críticas normativas con argumentos ontológicos o empíricos, como parece hacer Jakobs. Expresado de otra forma: del hecho de que el horizonte psicológico-moral del individuo venga determinado por la conformación de la sociedad dada, no tiene por qué derivarse que el Derecho aparezca legitimado para servir de mecanismo internalizador de dichos valores, ni que los intereses y libertades del individuo hayan de venir delimitados por los intereses del organismo social. Ello, denominado por los críticos liberales al comunitarismo con el término «falacia comunitarista» (70), no es más que la derivación del deber ser a partir del ser, es decir, una falacia naturalista.

5. También en lo relativo a la comprensión del sujeto y su relación en sociedad debe establecerse una diferencia entre lo fáctico y lo normativo, distinguiendo así la noción de individuo de la de *persona*. Frente a la anterior, el concepto de persona es convencional y normativo: está constituido por normas, por el ámbito de derechos y deberes frente a las demás personas y frente al poder estatal. En otras palabras, el *status* de *persona* determina la forma en que el Derecho *debe* tratar con el individuo. El mismo Jakobs ha enfocado en su teoría de la imputación un concepto tal de persona (71). En este sentido, afirma

(68) JAKOBS (nota 25), p. 850.

(69) Cfr. HONETH, *Einleitung a Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, Honeth (edit.), Frankfurt/New York, 1993, pp. 7 ss. (p. 10); TAYLOR, *Aneinandervorbei: Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus*, en la obra colectiva acabada de citar; FORST [(nota 54), pp. 23 ss., respecto a la crítica (ontológica) de Sandel a la posición (normativa)] de Rawls; GUTMANN, T. (nota 31), pp. 37 ss. (p. 41 ss. y p. 44).

(70) *Vid.*, por ejemplo, GUTMANN (nota 31), p. 44.

(71) JAKOBS (nota 25), p. 859: «Ser persona significa tener que jugar un rol; *persona* es la máscara, por tanto no precisamente expresión de la subjetividad de su portador, sino más bien presentación de una competencia social comprensible». En la

Forst que la noción abstracta de persona aparece como una «envoltura de protección» (*Schutzhülle*), un ámbito exterior que delimitará los márgenes de imputación de responsabilidad y de respeto por parte del Derecho (72). En consecuencia, la determinación del ámbito de dicha envoltura determinará la forma de concebir los límites y garantías materiales al *ius puniendi*; así, si, partiendo de algunas premisas funcionalistas, los principios valorativos se despojan de su carácter deontológico, y se determina su contenido en función de las necesidades de pervivencia del sistema, el *status* de persona será moldeable en función de la satisfacción coyuntural de dicho fin; en cambio, partir de premisas liberales, que den prioridad a los intereses del individuo frente a los del sistema social, implicará una más firme delimitación de los márgenes de dicha envoltura, puesto que ésta vendrá delimitada en atención a premisas deontológicas, independientes de la satisfacción de fines instrumentales, erigiéndose, entonces, en una verdadera barrera de protección frente al poder estatal. Todo ello es entroncable con la cuestión relativa a qué criterio se establece como *prius* axiológico a partir del que derivar decisiones materiales: el sistema social o el individuo. Así, siguiendo a Forst, en una concepción liberal y democrática del Derecho debe establecerse aún un concepto ulterior de individuo: éste no es sólo «persona» responsable frente al Derecho: «súbdito», sino que también se erige en «persona» responsable del Derecho: «ciudadano», en la terminología de este autor; es decir, las obligaciones y las libertades, los márgenes de imputación y las garantías frente a la misma, los delitos y las penas han de ser decididos intersubjetivamente, al amparo de un procedimiento en condiciones de igualdad, cuyo modelo por excelencia viene representado por el contrato social (73). En sentido similar, afirma Baurmann que la imagen

literatura española, consideraciones normativas respecto a la idea de persona pueden hallarse en FEIJÓO, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Madrid, 1997, p. 28.

(72) FORTS (nota 54), p. 86, pp.395 ss. y *passim*. También HABERMAS, «Razonable» versus «Verdadero» o la moral de las concepciones del mundo, en HABERMAS/ RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona, 1998, pp. 147 ss., pp. 179, 180.

(73) Cfr. FORTS (nota 54), pp. 396 ss. y *passim*. En general sobre este tipo de libertad basada en el autogobierno, caracterizada como «libertad positiva», y distinguible de la «libertad negativa» anteriormente citada (protección de la autonomía privada y los derechos individuales), puede verse el escrito de HABERMAS, *La soberanía popular como procedimiento*, pp. 589 ss. (especialmente, pp. 598 ss.), incluido en HABERMAS, *Facticidad* (nota 46). En general sobre la distinción entre ambos tipos de libertad, cfr. el clásico de BERLIN, *Dos conceptos de libertad*, incluido en BERLIN (nota 27), pp. 187 ss. Algunos penalistas han aplicado alguna versión similar a la del

del hombre en un Estado de Derecho es la de una persona racional y autorresponsable, para quien su mayor interés radica en la libertad (74). Frente a este modelo intersubjetivo de legitimación (75), el cual, por decirlo gráficamente, opera «desde abajo», es decir, desde las decisiones tomadas por los individuos en condiciones de igualdad, el modelo de legitimación funcionalista –y, en general, cualquier concepción holista de lo social, según la cual, siguiendo el axioma aristotélico, el todo es superior y anterior a las partes– lo hace «desde arriba», siendo el sistema social, a partir de sus intereses, quien establece los derechos y deberes, los márgenes de lo punible en Derecho penal. Así, en la discusión entre el comunitarismo y el liberalismo, el primero concibe las relaciones entre los individuos como una cohesión orgánica basada en los valores que imperan en una sociedad dada, de forma que la integración de los individuos se realizará por medio de la asimilación e interiorización de dichos valores, constituyendo la identidad moral colectiva la identidad moral de la persona. Frente a ello, el liberalismo parte del principio de la autonomía moral, el cual protege a la persona frente a las concepciones morales de la mayoría, permitiendo, en suma, la diferencia y el disenso. Así, en una sociedad liberal, y a diferencia de en una «comunidad ética», el Derecho sólo aspira a establecer el ámbito externo de relaciones intersubjetivas para proteger los intereses esenciales de los ciudadanos, sin atribuirse el fin de integración y cohesión social a través de la conformación del esquema de valores (76). No es difícil, tras las consideraciones anteriores, establecer una diferenciación entre teorías liberales y «comunitaristas» en

pacto social, en especial según el modelo rawlsiano, a determinadas decisiones en Derecho penal. *Vid.*, entre otros, BAURMANN, *Folgenorientierung und subjektive Verantwortlichkeit*, Baden-Baden, 1981, pp. 50 ss (principio de responsabilidad subjetiva); el mismo, «Strafe im Rechtsstaat», en *Die moderne Gesellschaft im Rechtsstaat*, Baumann/Kliemt (Edit.), 1991, pp. 109 ss. (justificación de la pena); HOERTER, «Zur Begründung staatlichen Strafens», en *Otto Weinberger-Festschrift*, Berlín, 1984, pp. 233 ss. (justificación de la pena); GÜNTHER, *Möglichkeit einer diskursethischen Begründung des Strafrechts*, en *Recht und Moral*, Jung/Müller-Dietz/Neumann (edit.), 1991, pp. 205 ss. (más cercano a la teoría discursiva de Habermas).

(74) BAURMANN, *Strafe im Rechtsstaat* (nota 73), pp. 116-117.

(75) Sobre la idea del contrato social como un modelo de legitimación de instituciones políticas, cfr. KOLLER, «Theorien des sozialkontrakts als Rechtfertigungsmodelle politischer Institutionen», en *Otto Weinberger-Festschrift*, Berlín, 1984, pp. 241 ss.

(76) Sobre todo ello, cfr. FORST (nota 54), pp. 45-52, pp. 55 ss. y *passim*, y el resto de los autores citados en nota 65. En especial sobre el respeto a la autonomía moral como axioma esencial de liberalismo, cfr. LARMORE, *Politischer Liberalismus*, en *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, Honeth (edit.), Frankfurt/New York, 1993, pp. 131 ss.

materia de los fines de la pena. Plantearemos algunos ejemplos en el epígrafe siguiente.

6. El respeto a los principios garantísticos en Derecho penal, la *Wertrationalität*, viene referido tanto a la propia *justificación de la pena y sus fines* (límites legitimatorios), como al establecimiento de los *límites a la imputación y responsabilidad* (límites materiales). En la primera cuestión, la teoría de la pena de Jakobs –volviendo al autor que motivó esta digresión–, desvinculada de reminiscencias *welzelianas* relativas al ejercicio en la fidelidad a Derecho (77), presenta un respeto escrupuloso a premisas liberales: la idea de la protección de la expectativa normativa, de reafirmación en las potenciales víctimas de la confianza en la vigencia de la norma, puede entenderse como el mantenimiento de la expectativa de que los participantes en el contrato social respetarán los términos del mismo, como la protección de los márgenes de seguridad necesarios para el pacífico disfrute de los intereses del ciudadano, la cual entronca con el axioma liberal de la prioridad en la defensa de la libertad y seguridad de la persona como labor del Estado (78). De igual forma, dicho autor se ha esforzado por establecer, en lo tocante a la imputación objetiva, un ámbito de autonomía del individuo basado en la competencia del rol de persona, el cual trasciende el mero ámbito de las *cogitationes* (79). No obstante, la situación parece ser distinta respecto a la, por lo demás polémica, concepción del autor alemán de la responsabilidad subjetiva, según la cual la culpabilidad es entendida como un mero derivado de la necesidad de prevención, de forma que los presupuestos de imputación subjetiva, así como su medida, vendrán determinados por dicha necesidad (80). Los límites a la punición, la racionalidad valorativa, es así funcionalizada a partir de las necesidades de prevención general, de la racionalidad

(77) *Vid. supra* nota 59. Conviene poner de relevancia que lo que puede denominarse «prevención general positiva» abarca un amplio espectro de concepciones sobre la pena, y que en ocasiones suele criticarse unitariamente, sin distinguir suficientemente entre ellas.

(78) Por ejemplo, HARDWIG, *Personales Unrecht und Schuld*, MSchrKrim 1961, p. 195, quien afirma –mostrándose, por cierto, crítico con ello, ya que él parte de una idea social de «comunidad» hegeliana– que los conceptos esenciales del modelo de sociedad liberal –propios de la modernidad ilustrada– son la libertad, la seguridad, la satisfacción y el daño. Cfr. además el interesante paralelismo del fin de la pena de Jakobs con el –liberal– fin que Carrara atribuye a la pena que destacan PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ (nota 58), p. 25.

(79) Cfr. el escrito de JACOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung», *ZStW* 97 (1985), pp. 751 ss.

(80) Cfr. JACOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 3 ss, p. 9: «sólo el fin aporta un contenido al concepto de culpabilidad»; p. 14 y *passim*.

dad instrumental; el contorno del concepto de persona, en materia de responsabilidad subjetiva, parece venir determinado, por tanto, «desde arriba», desde criterios de protección de la colectividad, de estabilización del sistema.

VI. DERECHO COMO MEDIO PARA EL ORDEN SOCIAL VS. DERECHO COMO ORDEN SOCIAL

1. No entraremos en profundidad sobre la concepción de la culpabilidad en Jakobs; entre otras razones, porque, como ya hemos afirmado, la teoría del delito de Jakobs no es objeto central de este estudio. En cambio, sí ha de retomarse una cuestión que dejamos pendiente. Como hemos afirmado en multitud de ocasiones, el fin establecido por la lógica sistémica radica en la estabilización y pervivencia del sistema. Lo que debemos plantearnos, entonces, es de qué sistema estamos hablando cuando decimos que el Derecho debe servir a tal fin de estabilización; cuestión que normalmente no suele distinguirse con la suficiente nitidez. A este respecto, el papel del Derecho puede entenderse de dos formas: por un lado, como medio para la estabilización y cohesión del orden social y, por otro, como orden social, el cual persigue su propia estabilización dentro del orden social (81). Expresado en la terminología luhmaniana, el Derecho se configura como un subsistema autónomo y cerrado ubicado, a modo de círculo concéntrico menor, en el sistema social, apareciendo éste para el sistema 'Derecho' como parte del entorno (82), y la estabilización perseguida por el Derecho puede venir referida tanto al sistema social como al subsistema 'Derecho'. La distinción puede resultar compleja y, hasta cierto punto, superflua, ya que el hecho de que Derecho sirva como medio al fin de la estabilización social implicará que el subsistema 'Derecho' se estabilizará dentro del sistema social, en tanto en cuanto será reconocido; y, viceversa, el hecho de que el Derecho sea estable dentro del sistema social, es decir, que sus normas sean reconocidas, implicará que sirve al fin de estabilización social, ya que reducirá la violencia social y, en última instancia, la desintegración social. No obstante, el optar por uno u otro modelo puede conllevar

(81) Similar distinción es el punto de partida del análisis sociológico que realiza BAURMANN en su obra *Der Markt der Tugend. Recht und Moral in der liberalen Gesellschaft. Eine soziologische Untersuchung*, Tübingen, 1996, pp. 1 ss.

(82) LUHMANN (nota 40), pp. 337 ss. y *passim*.

diversas implicaciones políticas y, por ello, jurídicas. Hemos de recurrir a los ejemplos para matizar dichas diferencias.

2. Por un lado, la noción del *Derecho como un instrumento para la estabilización social* se corresponde con la concepción «comunitarista» de la sociedad, según la cual sólo una identificación sólida entre sus miembros en torno a valores, convicciones y afectos comunes posibilita la pervivencia del colectivo y evita la disgregación de la sociedad; valores y convicciones que constituyen la identidad de la comunidad, la cual determinará la identidad moral y del individuo y establecerá los esquemas de actuación social. Desde esta concepción organicista de lo social, el Derecho es postulado la expresión de la moral colectiva, y se configura como vehículo del mantenimiento de dicha identidad, con el fin, por tanto, de asegurar las condiciones de su pervivencia. Y el delito es, ante todo, la manifestación de la infidelidad hacia la comunidad. Dicha concepción de lo social está presente, por ejemplo, en la función ético-social de Welzel o de H. Mayer, según la cual los valores plasmados en las normas, como emanación del espíritu del pueblo representan el *ethos* que aglutina y da identidad a la comunidad ética (83). Fin del Derecho penal, concebido éste como «poder espiritual configurador del orden» (84), es entonces el mantenimiento de esos valores en la conciencia de los miembros de la comunidad. Afirma, por ejemplo, H. Mayer: «La función preventivo-general del Derecho penal encuentra su fundamento moral en su determinación de presentar la realidad moral del pueblo y de probar la realidad y el poder del orden de las costumbres y del Derecho sobre el injusto» (85). La prioridad de la protección de los valores de la actitud frente a la protección de bienes jurídicos puede interpretarse *funcionalmente*

(83) La vinculación del primer Welzel con ciertos aspectos de la ideología del nazismo es, por lo demás, innegable. Cfr., por ejemplo, WELZEL, *Über den substantiellen Begriff, des Strafgesetzes*, en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, p. 228, donde habla de la «misión histórico-cultural» de la comunidad, para la cual los actos de los individuos, si bien representan la altura moral de la primera, son para ella únicamente un medio para llevar a cabo tal misión. Cfr. también p. 233-234. Por otra parte, la idea de la *Volksgemeinschaft*, concepto ya presente en Hegel, es elemento definidor esencial de la comprensión de lo social tanto de Welzel como de H. Mayer. Léase, de este autor, el *Prólogo* a su *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936. Dicha tendencia filosófico-política, omnipresente en Alemania en los años treinta, se plasma también, por ejemplo, en GALLAS, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, Gleispach-Festschrift, 1936, pp. 50 ss. La vinculación de los dos primeros autores con los planteamientos políticos nazis es puesta también de relevancia por AMELUNG (nota 37), pp. 228, 278, destacando el marcado carácter antiliberal de dichas posiciones.

(84) WELZEL (nota 13), p. 193.

(85) H. MAYER (nota 83), p. 4.

como un más eficaz medio para la protección última de éstos (86); pero su *razón de ser*, su justificación, tiene su origen en premisas filosófico-políticas derivadas de dichos antecedentes —especialmente del estatalismo ético hegeliano (87)—, según las que misión del Derecho penal es el fortalecimiento de la identidad ética de la comunidad, a través de la conformación de las costumbres morales, de una actitud fiel a los valores que la cohesionan. De similares premisas políticas parte también la conocida concepción de Lord Devlin, denominada por Hart como la «tesis de la desintegración», según la cual el Derecho penal ostenta el cometido de asentar e imponer la moral dominante en la comunidad, con el fin último de fortalecer los vínculos morales que la mantienen unida y evitar así su disgregación (88). Y en poco dista, respecto de las acabadas de ver, la forma de comprender la sociedad y el papel en la misma de la pena en los funcionalistas Durkheim y Talcott Parsons. Para el primero de ellos, la pena sirve al restablecimiento de la «conciencia colectiva» —conjunto de valores, creencias y afectos que aglutinan la identidad de la comunidad (89)— alterada por el delito. Con la imposición de la pena, comprendida

(86) *Vid.*, por ejemplo; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a. M., 1973, pp. 87 ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1994 (2.ª ed.) 2/35,36. El mismo WELZELL (nota 13), p. 4, expone de forma similar su posición.

(87) Para una crítica a la concepción del Estado en Hegel puede verse, FERRAJOLI (nota 9), pp. 880 ss., denominando la concepción del filósofo alemán como «Estado-fin», como un fin en sí mismo, al ser expresión suprema del Espíritu objetivo emanado de la comunidad, y oponiéndolo a la idea del «Estado-instrumento», propia de la ilustración liberal, como un medio creado por la libertad de los individuos para la satisfacción y protección de sus propios intereses. También el *Prólogo* de BOBBIO a la obra acabada de citar, p. 18: «Uno de los enemigos mortales del defensor convencido del garantismo es el estado ético de Hegel y, más en general, toda concepción organicista de la sociedad»; BOBBIO, «Hegel und die Naturrechtslehre», en *Materialien zur Hegels Rechtsphilosophie*, Tomo II, Riedel (compilador), Frankfurt a. M., 1979, pp. 81 ss. (p. 82, y p. 85, contrastando la concepción del *Volksgeist* de Hegel con la del romancismo irracionalista germano; pp. 86, 90 respecto del holismo y organicismo hegeliano). Más radical aún es la crítica de POPPER, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde II. Falsche Propheten. Hegel, Marx und die Folgen*, München, 1980 (6.ª ed.), p. 48: «El colectivista Hegel plantea el Estado... como un organismo», 53 ss., 80 ss: «Casi todas las ideas más importantes de las modernas direcciones totalitaristas han sido directamente tomadas de Hegel».

(88) Especialmente crítico, HART, «Soziale Bindung und die Durchsetzung der Moral», en *Recht und Moral. Drei Aufsätze*, Hoerster (compilador), Göttingen, 1971, pp. 87 ss. (91 ss.). Sobre las tesis de Lord Devlin, puede verse asimismo, VOSS (nota 23), pp. 107 ss., a cuya concepción vincula las de Welzel y H. Mayer; WOLF (nota 5), p. 35: «La debilidad de la retórica de Devlin... yace en su utopía de la comunidad. Sus argumentos a favor del moralismo de las leyes y de la analogía del delito con la subversión parten de 'ideales comunitaristas'».

(89) DURKHEIM (nota 39), p. 94.

como «reacción pasional» (90), los instintos irracionales de venganza –la «cólera pública», en expresión de este autor– son sublimados y canalizados, restableciendo el clima de solidaridad social anterior al delito. La verdadera función de la pena, afirma Durkheim, «es mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común. Si se la negara de una manera categórica, perdería aquélla necesariamente su energía, como no viniera a compensar esta pérdida una reacción emocional de la comunidad, y resultaría entonces un aflojamiento de la solidaridad social. Es preciso, pues, que se afirme con estruendo desde el momento que se la contradice, y el único medio de afirmarse es expresar la aversión unánime que el crimen continúa inspirando». La pena es, así, «el signo que testimonia que los sentimientos colectivos son siempre colectivos, que la comunión de espíritus en una misma fe permanece intacta y por esa razón repara el mal que el crimen ha ocasionado a la sociedad» (91). T. Parsons, por su parte, continúa la senda iniciada por Durkheim, en la cual introduce además perspectivas freudianas de psicología profunda. Para el sociólogo americano, la esencia de la integración social yace en la identificación interna en torno a valores morales. Para mantener dicha integridad, el Derecho se erige en factor de socialización, por medio de cuyas normas se internalizan los valores que rigen en la sociedad, cohesionando así una «comunidad ética», sin la cual resultaría inviable la pervivencia de la sociedad (92). Como conclusión, puede afirmarse que todos estos autores parten de una concepción orgánica de la sociedad, cohesionada en torno a valores y convicciones comunes, según la cual el Derecho tiene el fin *esencial* de mantener la integridad de los valores de los que la misma recibe su identidad, de fortalecer la cohesión social, aunque ello sea canalizado por vías diversas: en unos por medio de la internalización de valores, en otros por medio de la satisfacción de instintos de venganza, por medio de la cual, vía exclusión del chivo expiatorio, se cohesionan y fortalecen los vínculos afectivos de la colectividad. Característica común a todas ellas es, además, el rechazo de las teorías liberales del orden social y, en línea con lo anterior, el rechazo de la protección de bienes jurídicos como fin del Derecho penal (93).

(90) DURKHEIM (nota 39), p. 106, p. 113.

(91) DURKHEIM (nota 39), p. 127.

(92) Sobre la posición de T. Parsons en relación al sociedad y al Derecho, cfr. OTTO (nota 44), pp. 17 ss., pp. 170 ss.

(93) Una diferencia ulterior entre las posiciones de ascendencia filosófica (Welzel) y las de carácter funcional (Durkheim) es que, mientras en las primeras los valores que dan identidad a la comunidad plasmados en el Derecho son la moral *ver-*

3. Tenemos, así, que la concepción orgánica de algunos funcionalistas —concepción también mantenida por autores que parten de similares premisas filosófico-políticas— lleva a mantener para el Derecho el fin de cohesión de la misma. De dicha función del Derecho como estabilizador del organismo social, vía cohesión de convicciones morales, deben distinguirse, como decía, las posturas que parten de la estabilización del sistema jurídico dentro del sistema social. Dicha postura no prejuzga necesariamente dicha concepción orgánica y ética de la comunidad, por lo que no se habrá de darse la fusión entre Derecho y moral de la que adolecen las anteriores posturas. Según esta segunda comprensión del Derecho, la incidencia del mismo sobre la sociedad no va orientada en este caso a fines de integración o fortalecimiento de la identidad moral común, sino que aquél sólo persigue, en un cierto grado, su *reconocimiento en la sociedad*; en otras palabras, que sus normas sean respetadas por los ciudadanos; o, en la versión de Luhmann y Jakobs, ni siquiera eso: para ellos basta con que las normas orienten los contactos sociales mediante la expresión de la vigencia fáctica de la expectativa normativa. Como puede verse, esta comprensión: estabilización del subsistema Derecho, dista mucho de la anterior: estabilización del sistema social por el Derecho. Y es a la primera de éstas a la que se tiende en algunas justificaciones programáticas de la pena y el Derecho penal, cuando se afirma que éste tiene el fin de «ejercitar en el reconocimiento de la norma» (94) o la misión de «mantener el respeto general a dichas normas» (95). También en el mismo sentido pueden entenderse las cada vez más abstractas declaraciones de Jakobs sobre el fin de la pena, cuando afirma, por ejemplo, que la pena «manifiesta identidad social» (96) o que sirve al fin de la «confirmación de la realidad de las normas» (97), siempre que —a pesar de las similitudes terminológicas con las anteriores nociones metafísicas de la comunidad— se entienda dicha «identidad social» no

dadera —a partir de la metafísica estatalista hegeliana del Espíritu objetivo, el cual halla su expresión más acabada en el Estado como prolongación moral de la comunidad del pueblo—, en las segundas lo que ha de estabilizarse es sencillamente la moral dominante en una sociedad dada en un momento dado, independientemente de la corrección o de la «verdad» de dicha moral; es decir, se pasa de una metafísica de los valores a un absoluto relativismo valorativo. Ésta es también la postura de Devlin, a cuyas tesis vincula HART (nota 85), pp. 93-94, las de Durkheim. Sobre la diferenciación citada cfr. WOLF (nota 5), pp. 30 ss.

(94) JAKOBS (nota 38) 1/15.

(95) Por ejemplo, FEIJÓO (nota 71), p. 36.

(96) JAKOBS (nota 25), p. 844

(97) JAKOBS, «Sobre la teoría de la pena», *PJ*, núm. 47, 1997, p. 149 ss.

como una identidad moral o afectiva, metafísica o colectiva, sino meramente como la identidad normativa, es decir, el conjunto de normas *jurídicas* emanadas en una sociedad.

4. El problema al que se enfrentan estas concepciones es precisamente el contrario al de las anteriores. Si éstas partían de una fuerte identificación entre moral y Derecho, las que ahora estamos planteando adolecen de un carácter tautológico y circular (98). En efecto, la finalidad del Derecho de ejercitar en el reconocimiento de la norma no es más que la pretensión de respeto a que tiende todo sistema de normas prescriptivas. Como afirma Frommel, «*estabilización de la norma* se convierte en este contexto en un concepto tautológico. Por definición, las instancias de control penal estabilizan el orden respectivo» (99). Con afirmar dicho fin no se ha dicho aún nada, puesto que no se explicita cómo debe llevarse a cabo (100). Así, ese respeto puede perseguirse por medio de la mera motivación coactiva –amenaza de un mal–, lo que puede llamarse *acatamiento*; o puede buscarse también por medio de criterios de vinculación política, basados en la motivación fundada en la *razonabilidad* y *justicia* del Derecho, lo que puede denominarse *aceptación o reconocimiento* en sentido estricto (101). Pero ello puede también perseguirse a través de las vías expuestas anteriormente –moralización y satisfacción de instintos de venganza–, entendidas funcionalmente, esta vez, como medio de reconocimiento del Derecho (102). De similar problema de circularidad parece adole-

(98) Así, por ejemplo, FROMMEL, *Umriss einer liberal-rechstaatlichen Normverdeutlichung durch Strafrecht*, en Schüler-Springorum-Festschrift, 1993, p. 274. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Saftrens?*, Frankfurt a. M., 1995, p. 31. Respecto de la metodología de Jakobs, SCHÜNEMANN, *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Straftswissenschaft*, GA 1995, p. 220 Cfr., por otro lado, sobre la estricta separación de Luhmann hace entre Derecho y moral, LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 46), pp. 223-224, y p. 225, donde rechaza cualquier función ético-social, moralizante o socializadora del Derecho. Si bien ello le lleva a excluir asimismo cualquier criterio legitimatorio externo al Derecho positivo mismo: p. 226: «Y “justicia” se plantea como un principio ético ahora externo al Derecho». Ello conlleva consecuencias en el papel que Luhmann atribuye a la dogmática jurídica, y que Jakobs asume, como veremos más adelante.

(99) FROMMEL (nota 98), p. 274. En el mismo sentido, LÜDERSSEN (nota 44), p. 885: «‘Bestandssicherung’ ist ja eine Leerformel».

(100) Así, concretamente, LÜDERSSEN (nota 98), p. 31.

(101) Cfr. las similares consideraciones de BAURMANN (nota 81), pp. 327 ss., quien, partiendo de las nociones de Hart de «punto de vista externo» y «punto de vista interno», establece dos formas esenciales de imposición del Derecho: situacional –que se correspondería con la idea de «acatamiento» esbozada en el texto– y disposicional –«reconocimiento».

(102) Todo ello puede exponerse de la mano de los fines de la pena y la noción de persona, destinataria de las normas que persiguen dicho reconocimiento. 1) Así, la

cer, por otra parte, la luhmaniana protección de la expectativa normativa, como uno de los medios para ejercitar en tal reconocimiento. Se afirma, desde esta posición, que la pena tiene el fin de estabilizar la vigencia de la norma, pero no se afirma con claridad qué mecanismo operará para satisfacer tal fin, sobre todo cuando los defensores de la misma rechazan expresamente cualquier fin directivo evitador de conductas lesivas (103). Expresado de otra forma: si lo que se protege es la seguridad de la expectativa de los participantes en el tráfico social

función ético-social de la pena respondería a la idea del «*hombre moral*», según la cual se parte de la premisa *metafísica* de que los valores del individuo se identifican *a priori* con los valores de la comunidad y, por extensión, con los del Estado. 2) La función de integración colectiva, así como la internalización funcional de valores propia del Talcott Parsons, implica un «*hombre sociológico*», según el que se parte de la premisa *funcionalista* de que el individuo tiende a (y por ello «debe» identificarse con los afectos y convecciones de la sociedad. 3) La prevención general negativa, en su versión racionalista, es expresión del «*hombre económico*», cuya pauta de actuación viene dada por el interés individual, establecido exclusivamente por el balance entre costos y beneficios. 4) Por último, la prevención general positiva basada en el reconocimiento *en sentido estricto* del Derecho, tiene su reflejo en la idea del «*hombre político*», modelo caracterizado por dar prioridad a sus intereses individuales, si bien no parte del balance costos/beneficios a corto plazo, sino que está dotado de cierta disposición a la *cooperación* y, por ello, de cierta tendencia al respeto de lo pactado y a la autorresponsabilidad en caso de incumplimiento, siempre que él haya sido partícipe en ese pacto y lo pactado haya sido establecido por un procedimiento justo y que, como consecuencia de esto, en dicho pacto se vean reflejados sus intereses. Una concepción similar a ese «hombre político» es la mantenida por RAWLS, *Sobre las libertades*, Barcelona, 1996, pp. 43 a 48, para determinar la noción de persona como participante del contrato social. El modelo de Rawls parte de dos capacidades esenciales: lo racional y lo razonable. Lo racional es concebido como la potestad de tener y perseguir un sentido individual del bien —dentro del cual se configura como bien primario, en cuanto requisito para cualquier otro bien, el de la libertad, bien que, por ello, se presupone perseguido por la persona—. Y lo razonable es la capacidad del «sentido de lo recto y de la justicia», entendido como «capacidad de comprender, aplicar y ser movido normalmente por deseo efectivo de actuar los principios de la justicia [*scil.* obtenidos del contrato social] como términos equitativos de cooperación social». Respecto de lo que ese modelo representa, concluye Rawls (p. 51): «Los ciudadanos iguales de una sociedad bien ordenada son plenamente autónomos porque aceptan libremente las constricciones de lo razonable, y al hacerlo su vida política refleja aquella concepción de la persona que asume como fundamental su capacidad de cooperación social. Es la plena autonomía de los ciudadanos activos lo que expresa el ideal político que se debe realizar en el mundo social». Éste sería, por lo demás, el modelo de hombre exigido en un Estado democrático de Derecho, lo que conllevará consecuencias en materia de legitimación de los fines de la pena. En cualquier caso, el texto no va dirigido a dicha cuestión, por lo que debemos dejar de lado este enfoque.

(103) Así claramente en LUHMANN, «Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?» en *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1981, pp. 73 ss, *passim*; similar JAKOBS (nota 38) 1/9 ss.

(potenciales víctimas) de que *terceras personas* (potenciales delincuentes) no vulnerarán las normas y, por tanto, sus intereses, ¿cómo puede garantizarse esa seguridad si no es precisamente a través de la activación de medidas preventivas *frente a esas terceras personas*?

VII. CRÍTICA A LA COMPRENSIÓN DE JAKOBS DE LA DOGMÁTICA

1. A modo de conclusión intermedia, puede decirse que lo que separa a Luhmann y a Jakobs de otras aplicaciones del funcionalismo sociológico en Derecho penal es que mientras éstas parten de la estabilización del sistema social, por medio de una línea de continuidad entre la moral, el Derecho y el Estado, el primero parte de la estabilización del subsistema del Derecho –separándolo del subsistema ‘Moral’– dentro del sistema social. Y que mientras las primeras incurren en una (con) fusión entre Derecho y moral, la concepción de Luhmann/Jakobs incurre en problemas de circularidad y tautología.

2. Ello viene motivado, a mi juicio, por lo siguiente. La incorporación que hace Jakobs a la dogmática jurídico-penal de los métodos de análisis formalizados y abstractos de la teoría sistémica le llevan a atribuir a la dogmática un carácter positivista y formal (104). La abstracción y formalismo se manifiesta, por un lado, en la «normativización» conceptual realizada en las categorías del delito, asumiendo la terminología sociológica (105). Pero no es éste el aspecto que ahora

(104) Cfr. LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 46), pp. 223-224 (donde separa claramente el sistema moral del sistema jurídico) y 226; y pp. 259 ss. No sin razón afirma LÜNDERSSEN (nota 44), p. 881 que la conocida discusión mantenida entre este autor y Jakobs sobre la opción entre *Funktionalismus* o *Alteuropäischen Prinzipien-denken* puede entenderse también como una cuestión de mayor o menor abstracción. Lo cual, por otra parte, podrá conllevar notables implicaciones normativas, como a continuación se expondrá en el texto.

(105) Crítico en general sobre la sustitución del vocabulario jurídico por uno sociológico, LUZÓN PEÑA, «Alcance y función del Derecho penal», *ADPCP*, 1991, p. 19; crítico en concreto sobre Jakobs, SCHUNEMANN (nota 98), pp. 220 ss. Una crítica más general a la «abstracción, la vaguedad y la indeterminación» de los conceptos sistémicos puede verse en MCCARTHY (nota 28), p. 185 mencionando una objeción que ya opusiera Habermas en 1967 relativa al «fetichismo de los conceptos» y al «ridículo desequilibrio entre el imponente montón de recipientes categoriales vacíos y la insignificancia empírica almacenada en ellos»; objeciones éstas que deberían cuanto menos plantear la adecuación del aparato conceptual sistémico en lo tocante a su aplicación a la dogmática jurídico-penal.

interesa resaltar. La cuestión va dirigida hacia el papel que Jakobs otorga a la dogmática jurídico-penal como labor del intérprete del Derecho. Para este autor, el papel del intérprete jurídico ha de limitarse a *descripción*, a la *explicación* del sistema positivo de normas en una sociedad dada –en su caso, en la sociedad alemana– (106), respecto a la finalidad genérica de estabilización del primero en la segunda, sin introducir consideraciones valorativas sobre cómo *debería ser* la conformación de dicha sociedad, es decir, cómo debería ser el Derecho penal que emanara de esa sociedad (107). Como, por ejemplo, pone de manifiesto Müssig, discípulo de Jakobs, «los puntos de partida de la teoría sistémica son, esencialmente, ciegos ante la problemática jurídico-penal de la legitimación». Coherentemente, su versión de «la teoría de la prevención general positiva... es un modelo formal y positivista en la medida en que da por supuesta, es decir, no convierte en el tema a tratar, la configuración concreta de la sociedad» (108). Y lo que este autor afirma de dicho fin de la pena es, en realidad, la concepción general de la dogmática de Jakobs, según la cual el intérprete ha de limitarse a analizar el Derecho positivo y renunciar a la introducción de criterios políticos (criminales) (109) de validez y legitimidad. Es dada esta concepción por lo que algún autor ha calificado el método de Jakobs como «sociológico», «puesto que la construcción dogmática ha perdido toda autonomía valorativa (y, por ello, toda posibilidad de aportación de principios correctores) y se ha hecho esclava de la constatación empírica de cuáles son las funciones del subsistema jurídico-penal en el sistema social» (110).

3. Coherentemente con el método de análisis de la teoría sistémica, Jakobs plantea una concepción del trabajo dogmático despojada de prescriptivismo, de criterios axiológicos normativos, desde los que informar la construcción del sistema. Para ello, se ve obligado a construir un sistema del delito de gran abstracción, el cual, como algunos de sus críticos le han objetado, es compatible con la configuración política de cualquier sociedad, tanto liberal como colectivista (111).

(106) JAKOBS (nota 38) 1/3. Cfr. asimismo, del mismo autor (nota 25), pp. 853.(107) Así, JAKOBS (nota 25), p. 855.

(108) Cfr. MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a. M. *et al.*, 1994, pp. 72 y 238, respectivamente. Cfr. también p. 142: «La teoría de la prevención general positiva es un concepto positivista: presupone el Derecho y la forma de la sociedad, en el sentido de que son éstos los que determinan el contenido y el ámbito del Derecho penal».

(109) JAKOBS (nota 25), p. 855.

(110) SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 70

(111) Referencias sobre esas críticas en PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ (nota 59), p. 27, nota 51.

La contestación de Jakobs a estas críticas parece ser la siguiente: el intérprete no es quien para cuestionar la legitimidad del Derecho penal; ésta dependerá de la legitimidad del sistema político-social del que es fruto; por ello afirmaba, como vimos, que la perspectiva funcional por él empleada «no está vinculada a ningún modelo en concreto» y que la atención a las garantías de los individuos dependerán de la autodescripción de la sociedad (112); es decir, que ello no es algo que deba pertenecer a la agenda de trabajo del dogmático.

4. La primera cuestión que puede surgir es si nos encontramos una vez más ante el ya expuesto problema de la distinción entre la facticidad: descripción, y la normatividad: decisión, cuestión que, de ser su respuesta afirmativa podría llevarnos a objetar a Jakobs el incurrir en una falacia naturalista. A mi juicio, no es éste el caso. La distinción entre facticidad y normatividad no se da ahora, a diferencia de como fue planteada más arriba, en relación a los efectos y funciones del Derecho y la pena en el entorno social, sino dentro de la *interpretación* y *elaboración dogmática* del Derecho. Así, Jakobs parte de la facticidad, en cuanto toma al Derecho –conjunto de *decisiones* tomadas por el legislador– como un *factum* social, y se limita a describirlo desde el punto de vista de su estabilización dentro del sistema social. Lo prescriptivo del Derecho –normas y principios valorativos– es asumido entonces como un hecho sujeto a la mera *observación y explicación*, y no algo sobre lo que deban, a su vez, emitirse *decisiones* valorativas prepositivas. Estamos, en suma, ante un modelo metodológico positivista y formal. Así, la desvinculación pretendida por Luhmann y Jakobs respecto a consideraciones valorativas, que les permite renunciar –a diferencia de Talcott Parsons– a concebir un modelo de sociedad y de las relaciones entre sus miembros y el Estado basada en las convicciones morales y, por ello, a la confusión citada entre Derecho y Moral, llega hasta el extremo de prescindir de toda referencia axiológica y valorativa exterior al derecho positivo mismo: al sistema «Derecho». Ello puede venir dado por una diferente comprensión estructural de la teoría funcionalista. A diferencia de T. Parsons, quien concebía los sistemas como entes abiertos, interrelacionados entre sí funcionalmente (por ejemplo: Derecho-Moral-Sociedad), Luhmann da un paso más y caracteriza los sistemas como «cerrados»: los sistemas operan en función de los procesos de comunicación dados dentro de los mismos –autorreferencialmente–, sin influencia directa de los generados

(112) JACOBS (nota 25), p. 850 y 853.

en el entorno (113). Así, para el sistema «Derecho positivo» el ámbito de legitimación valorativa –sistemas moral y político –pertenece al entorno, por lo que no afectará a las operaciones y decisiones tomadas en el interior del mismo (114). Las palabras de Habermas expresan inmejorablemente esta idea: «Al final de un largo proceso de desencantamiento por parte de las ciencias sociales, la teoría de sistemas liquida los restos del normativismo del Derecho natural racional. El Derecho, que acaba reduciéndose a un sistema autopoyético, queda despojado, desde ese punto de vista sociológico, distanciador y extraño, de todas sus connotaciones normativas... Su validez, el Derecho sólo puede hacerla derivar positivísticamente [*sic.*] del Derecho vigente; se ha despojado de toda pretensión de validez que pueda tener un alcance mayor. No hay ni un *output* que el sistema jurídico pudiese suministrar en forma de regulaciones: no le están permitidas las intervenciones en el entorno. Ni tampoco hay un *input*, que el sistema jurídico recibiese en forma de legitimaciones: también el proceso político, el espacio de la opinión pública y la cultura política constituyen entornos, cuyos lenguajes el sistema jurídico no entiende» (115). Ello lleva a Luhmann a concebir la aplicación del Derecho al modo positivista de la superada jurisprudencia de conceptos, como queda puesto de manifiesto en la enunciación que hace García Amado del método jurídico luhmanniano: «Para Luhmann, la aplicación del Derecho no es un acontecimiento para cuya racionalidad tengan que aportar nada las valoraciones del juez. Las decisiones de éste están ‘condicionalmente programadas’ en las normas generales, de modo que cuando se da el supuesto previsto en el antecedente o supuesto de hecho de la norma la decisión debe recaer como mera aplicación de lo establecido en el consecuente de la misma. La racionalidad de la decisión programada que el juez lleva a cabo consiste en su coincidencia con los criterios marcados en la decisión programadora del legislador» (116). En conclusión, y volviendo al

(113) Cfr. por ejemplo, LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 46), pp. 355, 356, donde afirma que «el sistema de Derecho es un *sistema normativamente cerrado*». Sobre ese paso dado por Luhmann, así como sobre las diferencias de su funcionalismo respecto del de Parsons o v. Bertalanffy, puede verse RODRÍGUEZ MANSILLA, *Introducción a LUHMANN, Confianza*, Barcelona/México/Santiago de Chile, 1996, pp. XI y XII; también MÜSSIG (nota 108), pp. 96 ss., resaltando el «cambio de paradigma», y pp. 101 ss.

(114) Así, LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 46), p. 357.

(115) HABERMAS *Facticidad* (nota 47), p. 115.

(116) GARCÍA AMADO (nota 49), pp. 175-176, citando a LUHMANN, «Funktionale Methode und juristische Entscheidung», en *Ausdifferenzierung des Rechts* (nota 102), pp. 275-276. *Vid.* además, LUHMANN, *Rechtssoziologie* (nota 46), p. 234 ss.

tema que a nosotros concierne: el sistema «política criminal» pasa a formar parte del entorno del sistema «Derecho positivo», por lo que las consideraciones valorativas del primero en nada afectarán a éste.

5. La asunción de la metodología sistémica luhmaniana en el Derecho penal realizada por Jakobs aboca, por tanto, a volver a levantar la «barrera infranqueable» que separa la política criminal de la dogmática (117). Independientemente de que quepa dudarse de si el mismo Jakobs es en realidad fiel a tal pretensión —puesto que no pocos de sus escritos pueden hallarse referencias valorativas no precisamente «observadas» en la legislación vigente alemana (118)—, lo que en realidad debe plantearse es si tal pretensión es fácticamente viable, por un lado, y si es normativamente correcta, por otro.

6. Por lo que respecta al primer aspecto, sabido es que las disposiciones legales, como enunciados lingüísticos que son, vienen caracterizadas por un margen considerable de vaguedad y ambigüedad en el ámbito de significado de sus términos (119), lo que, en afirmación de los críticos a la metodología jurídica positivista, impide concebir la aplicación de la ley como una mera subsunción formal, sino que para ello juega un papel importante la *decisión e interpretación* del aplicador del Derecho, la cual, siempre dentro del marco de significado de la norma —del sentido literal posible—, vendrá dada inevitablemente a partir del razonamiento instrumental (fines) y valorativo (principios) (120). En este sentido, de la mera descripción de los textos

(117) Así también SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva*, Estudio preliminar a Günther Jakobs, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, p. 80.

(118) En similar sentido, los autores citados en nota anterior, p. 81.

(119) Cfr. sobre ello, HART, «Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral», en *Recht und Moral. Drei Aufsätze*, Hoerster (compilador), Göttingen, 1971, pp. 29 ss.; NINO (nota 1), pp. 264 ss.; SCHÜNEMANN, «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Schünemann (compilador), Madrid, 1991, p. 36. Sobre los términos de «vaguedad» y ambigüedad», cfr. GUIBOURG/GHIGLIANI/GUARINONI (nota 28), pp. 47 ss. *Vid.* también SCHÜNEMANN, *Die Gesetzesinterpretation im Schnittfeld von Sprachphilosophie, Staatsverfassung und juristischer Methodenlehre*, Festschrift für Klug, Köln, 1983, Tomo I, p. 170: «La perspectiva de la filosofía del lenguaje y la inevitable e irremediable vaguedad y porosidad ontológica del lenguaje común han propinado el golpe mortal definitivo al positivismo legal».

(120) Sobre ello, entre muchos, ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, 1997, pp. 23 ss.; SCHÜNEMANN, Klug-FS (nota 119), p. 169; GARCÍA AMADO (nota 49), pp. 151 a 154, criticando la concepción de Luhmann desde las mismas críticas objetadas al positivismo metodológico. *Vid.* también NINO, *Ética y derechos humanos*, 1989, Barcelona, p. 21: «todo orden jurídico padece de indeterminaciones, generadas por lagunas, contradicciones, ambigüedades, imprecisiones, y ellas no pueden ser resueltas sin acudir directamente a consideraciones valorativas», y pp. 22-23.

legales no pueden derivarse ni el *telos* de las mismas, ni los principios rectores orientadores de todo el sistema, sino que éstos habrán de venir dados a partir de una serie de criterios de argumentación y razonamiento práctico, previos al Derecho positivo, que indicarán la orientación interpretativa a tomar en relación a dichos textos legales. Es esta realidad, asumida mayoritariamente, la que impone a la dogmática jurídica su labor esencial; como, por ejemplo, afirma Silva, una «caracterización de la dogmática que la aproxima a su verdadera misión» es la de «añadir a los enunciados de la ley otros enunciados, que se emplean en la fundamentación de decisiones junto a la ley misma» (121). La pretensión de Luhmann de que el juez no sea más que «la boca que pronuncia las palabras de la ley», según la clásica expresión de Montesquieu, implica retrotraer la metodología jurídica al formalismo positivista decimonónico, por lo que el destino de la misma será inevitablemente toparse con el problema hermenéutico (122). Y respecto de la dogmática jurídico-penal —la cual, al fin y al cabo, halla su misión fundamental en la aportación de criterios razonados y razonables de interpretación de las normas a los aplicadores del Derecho— la misma involución supone, a mi juicio, el retorno a un positivismo aséptico a toda valoración político-criminal exterior a las palabras de la ley. En cualquier caso, no puede afirmarse que la metodología de Jakobs no sea *teleológica*, si bien, dado el *telos* que persigue, en un sentido particular. Siguiendo la perspectiva sistémica, el criterio axiológico de interpretación que emplea el autor alemán es el basado en la estabilización del subsistema jurídico-penal en el sistema social; como aquí ha sido conceptualizado: la pretensión de reconocimiento en la sociedad, pretensión, como decíamos, circular, en el sentido de que todo sistema de normas persigue imponer su carácter prescriptivo y obligatorio o, al menos, ser asumido como orden consensualmente válido. Pero, como también habíamos dicho, la idea de reconocimiento en sentido amplio no es más que una fórmula vacía y abstracta, puesto que con ella no se pone aún de manifiesto cómo ha de ser llevado a cabo tal fin de autoestabilización. En otras palabras, no se afirma aún cuál es el fin del Derecho penal. Dicho reconocimiento puede perseguirse tanto por medio del terror o la internalización de valores, como por medio de la búsqueda de respeto en función de la justicia e igualdad de su aplicación; dicha pretensión de reconocimiento se da, enton-

(121) SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 49.

(122) GARCÍA AMADO (nota 49), pp. 177: «La teoría de Luhmann... acaba por tropezar con el mismo obstáculo que todas las que pretenden hacer de la decisión judicial una pura aplicación de la norma general: el desfase entre los términos necesariamente generales de la norma y los perfiles concretos de cada caso».

ces, y como el propio Jakobs afirma, tanto en Estados totalitarios como democráticos, tanto a partir de una concepción comunitarista como liberal de la sociedad. De ahí el riesgo de circularidad y tautología del método del profesor de Bonn, así como su potencialidad reaccionaria. En otras palabras, dicho *prius* teleológico es vacío e inoperante en tanto en cuanto no se especifiquen los medios y límites para llevarlo a cabo. Es, en todo caso, una teleología formal y tautológica, no material, ya que el *telos* perseguido no dice nada respecto del establecimiento de los propios fines. Por ello, por sí mismo no puede servir como criterio de interpretación del Derecho positivo, ni como criterio de construcción del sistema del delito, puesto que en nada concreta los márgenes de significado de las disposiciones penales, sino que las convierte en argumentaciones circulares, en la medida en que la concreción del sentido de las normas remite nuevamente a las normas positivas. Así, por ejemplo, la afirmación de Jakobs de que la idea de la «culpabilidad como medio para la prevención» sólo viene a determinar la «*descripción* de las condiciones funcionales de la sociedad» es, en principio, completamente vacía, puesto que no se pone de manifiesto qué contenido y qué límites han de conformar dicha culpabilidad, ya que poco o nada puede extraerse del Derecho positivo en esta cuestión. La *descripción* no puede ser, por tanto, el método adecuado para la dogmática penal, sino que ésta ha de venir presidida por consideraciones valorativas, por *decisiones*, las únicas que pueden determinar cómo se ha de estabilizar el sistema jurídico-penal, es decir, cuál es el fin –y los límites– del Derecho penal y, por tanto, qué dirección ha de tomar la aplicación del Derecho penal. En este sentido, las objeciones que vierte Habermas respecto de la metodología de Luhmann son perfectamente aplicables a Jakobs: «La crítica inmanente a las concepciones del positivismo jurídico... permite ver que la aplicación del Derecho, y ello de forma cada vez más explícita, no tiene más remedio que recurrir a consideraciones concernientes a objetivos políticos, así como a fundamentaciones morales y a la ponderación de principios. Pero esto, en conceptos de Luhmann, significa que en el código con que opera el Derecho penetran contenidos provenientes de los códigos con que opera la moral y con que opera el poder; por tanto, el sistema jurídico no es un sistema ‘cerrado’» (123).

7. Como ya fue afirmado, ni Luhmann ni Jakobs pueden escapar a ese hecho; así, de la lectura de los textos de este último pueden entresacarse toda una serie de criterios valorativos orientados a la concreción de dicho «fin» genérico de la estabilización del sistema del Dere-

(123) HABERMAS, *Facticidad* (nota 47), p. 570.

cho, en especial en relación a los criterios de imputación. El mismo fin de protección de la vigencia de las expectativas de seguridad de los ciudadanos frente a eventuales lesiones de sus intereses conlleva ya una toma de postura respecto a cómo realizar aquél (124), si bien, por un lado, adolece asimismo de cierta vaguedad y circularidad, puesto que tampoco respecto de él se especifica el medio para llevarlo a cabo; por otro, Jakobs, en coherencia con su posición descriptiva, se resiste –al menos teóricamente– a concretar los *límites* garantísticos que operarán como correctores, puesto que éstos se limitarán a los establecidos en el Derecho positivo. En cualquier caso, debemos plantearnos también la corrección normativa, no del concreto fin de la pena en Jakobs, sino de la metodología dogmática por él propuesta. A mi juicio, y frente a poco reflexivas críticas del sistema de Jakobs –auspiciadas quizá por su inclusión dentro de la otra versión del funcionalismo citada, caracterizada por una comprensión organicista de la sociedad y por concebir el Derecho como un medio de cohesión e integración de la identidad de la comunidad (125)–, no puede encontrarse en la asunción de la teoría de sistemas realizada por Jakobs una concepción autoritaria del Estado y orgánica de la sociedad; por el contrario, como él afirma, su construcción no prejuzga cuál ha de ser la descripción de lo social. No obstante, la concepción de la dogmática planteada, así como el método de análisis: teoría de sistemas, sí conlleva cierta *potencialidad* político-criminal en los resultados a que puede llevar. Como se ha afirmado, la renuencia hacia una toma de postura de planteamientos

(124) Véase de nuevo PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ (nota 59), p. 29: «La impresión que así se obtiene de la orientación metodológica de Jakobs no se ve totalmente confirmada, sin embargo, ni siquiera cuando su exposición se mantiene en el elevado nivel de abstracción que corresponde a la prevención general positiva. Las deducciones no se obtienen aquí siempre a partir de una descripción neutralmente valorativa del fenómeno de la normatividad en sí, ni del sentido y funcionamiento de la pena, según su propio concepto, en cualquier sociedad imaginable. Las conclusiones obtenidas se deben también, en parte, a la anunciada concreción del análisis a las particulares condiciones del Derecho vigente en Alemania, *pero tomado no sólo en su calidad de Derecho positivo sino también de ordenamiento legítimo*, produciéndose, de este modo, a nuestro juicio, una cierta síntesis entre una justificación funcional o final y una legitimación racional o valorativa» (subrayados añadidos).

(125) Por ejemplo, BARATTA, «Integración-prevención: una “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *CPC*, 1984, pp. 533 ss., artículo que tanta influencia ha ejercido en la comprensión de la teoría de Jakobs en España. Debe afirmarse, no obstante, que interpretaciones de esta índole vienen motivadas, aparte de por la propia evolución de su teoría, por la propia indeterminación terminológica de Jakobs, quien, con un afán a veces marcadamente provocador, parece haberse mostrado reticente a entrar en aclaraciones y réplicas detalladas de su propia concepción.

político-criminales expresos es sustituida por Jakobs por un elevado grado de abstracción y formalidad, lo que implica una tendencia manifiesta de circularidad en la argumentación. Dicha circularidad y vaciedad tiende, a su vez, al riesgo de reducir las decisiones sobre los márgenes de punición a un puro *decisionismo*, al no establecerse con concreción las pautas valorativas de interpretación que habrán de guiar la aplicación del Derecho (126). Si, como afirmábamos, la finalidad de estabilidad del sistema jurídico nada dice sobre las formas y principios que deben regir su consecución, la necesidad de establecer un criterio axiológico orientativo de las decisiones remite de nuevo, inevitablemente —en especial en lo tocante a los límites de la punición—, a la opción entre establecer, como aspecto rector de dicho criterio, los intereses del individuo o los de la sociedad, opción que determinará así el concepto de *persona* y, con ello, la forma en que el Estado debe tratar con los ciudadanos; entre otras cosas, porque, como ya hemos afirmado, dichos principios y límites no pueden ser obtenidos simplemente de la descripción del Derecho positivo, sino que ello debe venir dado por una determinada orientación valorativa, centrada en una de las anteriores opciones. El abandono de Jakobs de dicha opción al sistema concreto de que se trate, justifica, a mi juicio, las críticas *normativas* realizadas contra su metodología —antes, quizá, que contra su ideología—, en relación al mantenimiento del *status quo* y de la potencialidad acrítica y, por ello, reaccionaria de la misma (127). Y no sólo ello, sino que la óptica metodológica de Jakobs corre el riesgo de conllevar en sí la toma de postura por la más conservadora de esas opciones, concretamente la que otorga prioridad axiológica a la colectividad frente al individuo. Como ya dijimos, característico de la racionalidad sistémica es el abandono del individuo como sujeto de las decisiones materiales en el sistema. Por ello, se excluye toda legitimación inter-

(126) Así LÜDERSSEN (nota 44), p. 885: «Aplicado al Derecho penal la teoría “pura” de sistemas significa: decisionismo». En el mismo sentido, SCHUNEMANN (nota 97), p. 220.

(127) Así, por ejemplo, BARATTA (nota 125), p. 550; SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 70. Sobre objeciones en la misma dirección respecto de la teoría de sistemas, cfr. nota 53. Conviene poner de relevancia que idéntica crítica es realizada frente a las concepciones de Hegel, autor sobre quien Jakobs apoya también parte de las premisas de su construcción dogmática. Cfr., por ejemplo, POPPER (nota 87), p. 53, quien afirma que la «filosofía de la identidad sirve a la justificación del orden existente. Su más relevante resultado es un *positivismo ético y jurídico*, la teoría de que lo dado es lo bueno, de que no puede existir otra alternativa que no sea la existente; es la teoría de que el poder es Derecho»; llegando a plantear este autor que tras la aparente confusión conceptual del método hegeliano yace la defensa de los intereses de la Monarquía absoluta del Estado prusiano.

subjetiva, por un lado, y todo deontologismo, por otro, ya que todo elemento del sistema es describible sólo en atención a lo funcional para el mismo, es decir, todo está basado en la racionalidad instrumental consecuencialista, tendente a la estabilización del sistema jurídico en el social. En este sentido, afirma García Amado: «Desde el momento en que se revela ilusoria la autonomía moral y de decisión del individuo, la racionalidad de sus acciones sólo puede comprenderse desde el punto de vista del sistema para el que prestan su función. De ahí que las categorías éticas con que las acciones de los sujetos suelen ser calificadas sólo conserven sentido como *descripciones* de caracteres del sistema» (128). Pues bien, la lógica de dicha racionalidad sistémica se prolongará en las decisiones derivadas de la sistemática de Jakobs, de forma que se dará prioridad a las necesidades de estabilización del sistema jurídico en la sociedad –asumida la imposibilidad de desvincular un sistema de otro, de concebirlos como entes «cerrados»–, frente a principios valorativos y garantísticos que, en un momento dado, podrán ser disfuncionales al mismo, ya que no se verán asumidos como razonables por las, en ocasiones irracionales y mediáticamente manipuladas, exigencias punitivas de la sociedad. Ello puede manifestarse con especial relevancia en materia de la culpabilidad y la determinación de la pena concreta a imponer, momento éste en que el conflicto entre los intereses del individuo (concreto delincuente) y los intereses de prevención colectiva se hacen notablemente patentes. Si el contenido de la culpabilidad se limita a ser lo necesario para las exigencias de prevención, prescindiendo de toda corrección garantística –la cual sólo puede entenderse fundada en la atención a los intereses del individuo–, la decisión vendrá fundada sólo en aras de la satisfacción del fin de estabilización del sistema Derecho. Frente a esta crítica, cabría replicarse que ello no es necesariamente así, en cuanto que, si, como afirma Jakobs, los límites a la punición se derivan del sistema positivo concreto, habrá que estar a la legislación en la que la discusión se enmarque. Pero, insistimos, ello nos llevaría a un eterno círculo vicioso, ya que toda legislación adolece de la vaguedad y porosidad inherente al lenguaje y todo Código Penal establece unos marcos máximo y mínimo –y no penas exactas para cada caso– de punición, por lo que para interpretar ese Derecho positivo será precisa la decisión prepositiva de criterios político-criminales de interpretación. Por otra parte, tampoco el acogerse a los principios derivados de la Constitución exime de dichas concepciones valorativas, puesto que en la misma se dan de igual forma los problemas citados de vaguedad y abstracción. Como afirma Silva Sánchez, «la Constitución, en realidad, no

(128) GARCÍA AMADO (nota 49), p. 175.

constituye más que un marco, que ciertamente delimita las posibilidades de la construcción dogmática (y aplicación del Derecho) de *lege lata*, pero que en muchos aspectos, dada su amplitud y ambigüedad, puede rellenarse de formas sustancialmente diferentes» (129). En suma, y frente a la afirmación de Jakobs, la descripción, si es aplicada bajo la perspectiva de análisis sistémica, sí instrumentaliza. Por ello, la ideología liberal que parece desprenderse de algunos escritos de este autor corre el riesgo de ser pervertida por el empleo de su metodología. Conviene, por ello, recordar la crítica de Bock, relativa a la ingenuidad (*Nai-vität*) con que Jakobs acoge las implicaciones políticas presentes en la teoría de sistemas (130) y resaltar, parafraseando a Isaiah Berlin, que el mismo distanciamiento de valoraciones político-criminales es ya una postura político-criminal (131).

8. En conclusión, la comprensión mantenida por Jakobs de la dogmática jurídico-penal es, a mi juicio, tanto fácticamente inviable como normativamente incorrecta. Por el contrario, estimo que la dogmática debe venir presidida por consideraciones de carácter político-valorativo, dirigida, por tanto, no sólo al análisis del Derecho positivo y a la determinación lógico-conceptual de las estructuras de imputación, sino también, dentro de los márgenes de dicho Derecho positivo y de dichas estructuras lógicas —procurando evitar, en otras palabras, el tan habitual eclecticismo—, al establecimiento de los criterios materiales que determinen el merecimiento y la necesidad de pena de las conductas, lo que inevitablemente conduce a partir de los fines que *debe* cumplir el Derecho penal como criterio de decisión y construcción el sistema (132). Si, como suele afirmarse por la actual hermenéutica jurídica, toda interpretación del Derecho es, en cierto modo, una creación del Derecho (133), la dogmática debe asumir su respon-

(129) SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 113. El paréntesis es añadido.

(130) BOCK (nota 41), p. 648, resaltando además, al igual que en el texto, que dicha potencialidad colectivista de la metodología de la teoría de sistemas es algo que no parece ser querido por Jakobs.

(131) Cfr. la frase de referencia en nota 27. *Vid.* asimismo, por ejemplo, MCCARTHY (nota 28), p. 124: «hacer de escéptico en los asuntos ético-políticos es, por supuesto, adoptar una posición ético-política».

(132) En igual o similar sentido, MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 130 ss.; MIR PUIG, «Dogmática creadora y política criminal», en la obra del mismo *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp. 11 ss.; SILVA SÁNCHEZ, (nota 1), pp. 103 ss., con ulteriores referencias.

(133) En este sentido, por ejemplo, HABERMAS, *Facticidad* (nota 47), p. 585: «Como demuestra la hermenéutica filosófica, las operaciones interpretativas en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas que desarrollan el Derecho».

sabilidad política. Desde premisas liberales, aquí mantenidas, el epicentro de las consideraciones valorativas que habrán de plasmarse en el sistema del hecho punible debe residir en los intereses del individuo y no en los del sistema social. Ello conlleva dos consecuencias esenciales. En materia de los fines del Derecho penal, debe rechazarse la sola atención a la racionalidad utilitarista y su lógica instrumental, asumiéndose la racionalidad valorativa no sólo como corrector de la anterior, sino también como *telos* del Derecho penal; en otras palabras, fin del Derecho penal no puede ser sólo la protección de los ciudadanos frente a los potenciales delincuentes, sino también la protección de éstos –de todos los ciudadanos– frente a la violencia emanada del poder estatal, orientándose la construcción dogmática y aplicación jurídica a partir de la ponderación del permanente *conflicto* entre ambos fines (134). En relación a la concepción de la dogmática, ésta debe configurarse como una instancia científica y política intermedia entre el ciudadano y el Estado, cuya labor esencial debe ser la de racionalizar, controlar y limitar la tendencia punitiva expansiva de éste en aras de la protección de los intereses de aquél (135).

VIII. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA INTRODUCCIÓN DE LAS CIENCIAS SOCIALES EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICO-PENAL

1. Ciertamente, la complejidad de la cuestión que motivó estas páginas, relativa a la introducción de las ciencias sociales en el Derecho penal, no puede plantearse y, menos aún, resolverse, en unas pocas páginas. Hemos, por tanto, de abandonar aquí la cuestión, pero no sin

(134) En este sentido se orienta la propuesta de SILVA SÁNCHEZ (nota 1), pp. 179 ss. y *passim*. En el mismo sentido respecto a los fines, por ejemplo, SPENDEL, «Zur Neubegründung der objektiven Versuchslehre», en *Stock-Festschrift, Würzburg*, 1966, p. 96. El Derecho penal «debe garantizar tanto la seguridad y libertad de la comunidad jurídica frente a los delitos de los individuos como la seguridad y libertad del individuo frente a la pena estatal». Argumentos similares respecto de la metodología o el fin del Derecho penal se encuentran, entre otros, en NAUCKE (nota 21), pp. 21 ss.; CALLIES, «Strafzwecke und Strafrecht», *NJW*, 1989, p. 1340; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Valencia 1989, p. 137.

(135) Citando a MUÑOZ CONDE (nota 132), p. 136: «La dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites».

antes exponer alguna consideración final sobre la misma. Así, a modo de resumen puede afirmarse lo siguiente.

Metodológicamente, la facticidad inherente a las ciencias sociales no puede sustituir la argumentación normativa propia del Derecho. La decisión sobre un fin determinado de actuación sólo puede obtenerse desde criterios valorativos. Sin embargo, la orientación teleológica asignada a la pena impone a la misma la exigencia de comprobación empírica de la satisfacción de dichos fines. La 'validación empírica' se convierte, por tanto, en un criterio insustituible de legitimación en la discusión sobre los fines de la pena, la cual aporta una importante vía de racionalización en la labor punitiva estatal, racionalización que puede operar asimismo como principio limitativo, ya que la efectividad empírica de los efectos pretendidos debe contrastarse en todos los casos, por lo que una pena que no fuera a satisfacer los fines previstos quedaría, por ilegítima, vedada.

No obstante, la aplicación de las ciencias sociales conlleva también considerables riesgos, por lo que, como algún sector doctrinal viene afirmando, debe acogerse con prudencia (136). Por un lado, puede tenderse a prescindir de la atención a principios garantísticos a la hora de legitimar los fines y medios del Derecho penal, al aplicar los datos empíricos con arreglo a la elección de los medios más efectivos para la satisfacción del fin. Ello, conviene reiterarlo, no implica una sustitución de la argumentación prescriptiva por la descriptiva (falacia naturalista), sino la sola atención a uno de los criterios de legitimación: la racionalidad instrumental, abandonando la racionalidad valorativa. Por otro lado, algunas disciplinas propias de las ciencias sociales, tras la pretendida –o no pretendida– facticidad, introducen criterios de naturaleza normativa en sus argumentaciones, de forma que la asunción del programa que las mismas presentan no supondrá, tampoco, una confusión entre el ser y el deber ser, sino que implicará la asunción en el Derecho penal de dichos criterios valorativos y políticos. Ello es especialmente patente en el funcionalismo sociológico, cuya aplicación al Derecho conlleva no sólo, en algunas versiones de la misma, asumir una concepción organicista de lo social, sino además, en todas las versiones, el riesgo de la optimización de la racionalidad instrumental –asumida como racionalidad sistémica, la cual incluye en sí misma el fin a perseguir: mantenimiento del sistema–, y la precarización o instrumentalización de la racionalidad valorativa: de las garantías individuales.

(136) Así también, KREISSL (nota 24), p. 289; BESTE (nota 16), pp. 153, 176 ss.; SILVA SÁNCHEZ (nota 1), p. 94; GARCÍA PABLOS (nota 16), p. 398.

2. Como conclusión debe resaltarse la ambivalencia implícita en la aplicación de las ciencias sociales: 1) si la misma puede operar como una condición limitativa del *ius puniendi*, conlleva asimismo la tendencia a la ampliación del mismo, 2) y si trae consigo una saludable racionalización, implica también el riesgo de irracionalización del instrumento punitivo.

1) La tendencia a la ampliación viene dada, a tenor de lo visto, por el abandono de la atención a principios garantísticos de índole liberal, cuya razón práctica es servir de protección al ciudadano frente a la intervención punitiva estatal. Mientras que los criterios teleológicos se vinculan a su correspondencia empírica, los principios garantísticos, de naturaleza deontológica, no pueden ser deducidos –validados o falsados– del análisis fáctico; por lo que establecer como único criterio de legitimación la satisfacción fáctica de fines –entendidos como fines preventivos frente a acciones delictivas– conlleva el abandono de la referencia a principios, dando lugar a un peligroso pragmatismo utilitarista (137).

2) El riesgo de irracionalización, el cual implica a su vez el riesgo de ausencia de límites garantistas, viene dado a partir de la aplicación en la teoría de la pena de la perspectiva de observación del fenómeno punitivo propia de las ciencias sociales (138). Característico de éstas es la comprensión del Derecho penal como un medio más, si bien con particularidades específicas, de *control social* (139); dicho control social es un proceso de interrelación y socialización que se da en todos los ámbitos del desarrollo del individuo en sociedad, y que se establece, de igual forma que el Derecho penal, en torno a una serie de normas y sanciones. La tendencia a la equiparación de todo mecanismo de control social, del Derecho penal con otros medios informales, conlleva el riesgo de precarizar la formalización y limitación propia del Derecho penal (140), relativizando su carácter de excepcionalidad, de *ultima ratio*, igualando valorativamente –a través de la idea de la equivalencia funcional– el mecanismo de actuación de dichos controles informales y difusos –por ejemplo, internalización de valores en el

(137) KREISSL (nota 24), pp. 281 y 289; SILVA SÁNCHEZ (nota 1), pp. 92 y 93.

(138) La idea de un «*sozialwissenschaftliche Unterminierung des vernunftrechtlichen Normativismus*» es puesta de relevancia por HABERMAS, *Facticidad*, (nota 47), pp. 105 ss., p. 115.

(139) *Vid.* sobre ello, SCHELSKY (nota 14), p. 51, en relación a Talcott Parsons; NEUMANS/SCHROTH (nota 6), pp. 94 ss.; HASSEMER (nota 15), pp. 292 ss.

(140) La atención a la formalización del Derecho penal, como característica que lo distingue de otros medios de control social, es especialmente resaltada por HASSEMER (nota 15) p. 294.

subconsciente producida en el proceso de socialización— con el Derecho penal (141). Consecuencia de esa equiparación funcional de los fines de la pena con los mecanismos informales de control social es la actual reconversión —en el ámbito de las teorías de la prevención general positiva— de lo que son consideradas *funciones latentes* en *funciones manifiestas*. Lo que conceptualmente distingue a ambas es que, mientras las funciones manifiestas son consecuencias decididas intencionalmente por un agente y conscientemente asumibles por los integrantes de la sociedad y, por ello, racionalizables y susceptibles de discusión y aceptación intersubjetiva, las funciones latentes son efectos que sirven también —dentro de los parámetros del funcionalismo sociológico— a la estabilidad social, pero, sin embargo, no son perseguidas o reconocidas instrumentalmente, por lo que, dado además sus mecanismos inconscientes de intermediación, no son comunicables ni racionalizables intersubjetivamente (142). La legitimación como fin del Derecho penal de funciones latentes —ejemplo: satisfacción de instintos colectivos de venganza— no es otra cosa que la racionalización pragmática de fenómenos irracionales, propia de una concepción tecnocrática de la labor estatal, realizada sin el previo sometimiento de la misma a la aceptación de los ciudadanos, sustituyéndose, así, la exigencia legitimatoria de consenso por la producción estratégica del mismo (143). Ello puede venir dado, ciertamente, desde la lógica de la racionalidad sistémica —al menos en su ‘normativización’ en Derecho penal—, ya que lo perseguido por la misma es la estabilización: reconocimiento del sistema en la sociedad, y en la cual, como hemos afirmado, los individuos no son sujetos de decisión, sino objeto de decisiones tomadas a nivel sistémico en orden a su autoconservación. Por

(141) Crítico con la equiparación del Derecho penal con la idea de control social se muestra, entre otros, SILVA SÁNCHEZ (nota 1), pp. 229-230, nota 206, poniendo de relevancia la ausencia de referencia a principios, ya que los medios de control social, dada su espontaneidad, se orientan exclusivamente a la funcionalidad. (Citando también a NAUCKE, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985, p. 23, nota 17, quien afirma que es precisamente el deslindamiento del Derecho penal de los demás medios de control social lo que posibilita dicha formalización, no referida a fines.)

(142) Cfr. Sobre ello, NEUMANN/SCHROTH (nota 6), p. 122; PÉREZ MANZANO (nota 4) p. 220-221.

(143) En este sentido afirma críticamente BOCK, (nota 41), p. 653, que la teoría de la prevención general positiva debe permanecer, si quiere cumplir las funciones que se le asignan, como una «teoría secreta». Crítico también con la pertenencia de la prevención general positiva a tendencias tecnocráticas, BARATTA, *Jenseits der Strafe. Rechtsgüteschutz ind der Risikogesellschaft*, en Arthur Kaufmann-Festschrift zum 70.º Geburtstag, 1993, pp. 412-413.

decirlo en forma gráfica, el lenguaje de la *racionalidad sistémica*, basado en el código binario de lo funcional/disfuncional, no es traducible al lenguaje de la *racionalidad intersubjetiva*, en el cual la comprensión de lo social y, por ello, de lo jurídico, parte de la idea democrática de creación intersubjetiva del Derecho, del mutuo reconocimiento de derechos entre los individuos y, por tanto, del establecimiento de principios no instrumentalizables en aras de la colectividad (144).

(144) Similar, criticando el abandono de la justificación de base discursiva o consensual por la concepción luhmaniana del Derecho, HABERMAS, *Facticidad*, (nota 47), pp. 114 ss. y *passim*.

Consideración crítica en torno al Código Penal español (*)

MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ

Profesor Asociado de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I.—El sistema de penas en el Código Penal (CP 1995). Valoración crítica. Las nuevas sanciones y sus substitivos penales. El arresto de fin de semana. La multa: el sistema escandinavo de los días-multa. Valoración crítica. Las medidas de seguridad. II.—Principales novedades en la parte general del CP 1995. Valoración crítica. Especial referencia a los delitos de omisión. La comisión por omisión en el CP 1995. III.—Principales innovaciones en la parte especial del CP 1995. Particular referencia a los delitos: contra la vida, la integridad corporal, la libertad, intimidad y propia imagen. Delitos contra el honor y contra la familia. Los delitos contra el patrimonio y socioeconómicos. La utilización abusiva de la informática en el campo del Derecho penal. Otras innovaciones: Los delitos contra la ordenación del territorio y medio ambiente. Delitos contra la seguridad colectiva y contra la Administración Pública y de Justicia. Los delitos contra el orden público y defensa nacional. El sistema de faltas en el CP 1995. IV.—Disposiciones adicionales, transitorias y finales. Repercusiones procesales. Valoración crítica. V.—Consideraciones finales y valoración general.

(*) *Referencia al Título preliminar.* En el Título preliminar del CP 1995 se recogen —de forma más sistemática que en el anterior CP— los principios generales donde se asienta el de legalidad en sus diversas variantes: las garantías criminal (art. 1.1), penal (art. 2.1), judicial (art. 3.1) y de ejecución (art. 3.2) que en el antiguo CP estaban dispersas. Se mantiene el principio de irretroactividad, con excepción de la ley más favorable al reo, debiendo éste ser oído en caso de duda, y la prohibición analógica «in malam partem», cuando no se reconoce la aplicación «in bonam partem», aplicable sin embargo como circunstancia atenuante. Cabe la suspensión condicional de la pena si media petición de indulto. Sobre la cuestión *Vid.* MANZANARES, J. L., y CREMADES, J., «Comentarios al Código Penal», *La Ley - Actualidad*, Madrid, 1996, p. 5.

I

El Código Penal derogado en 1995 se remontaba a 1848 y, lógicamente, en él han tenido que llevarse a cabo numerosas reformas, aunque únicamente de carácter parcial y coincidiendo generalmente con los cambios políticos; si bien algunas de ellas de gran importancia, especialmente las que se realizaron a partir de la promulgación de la Constitución de 1978, como las de 1983 y 1989. Y es precisamente la necesidad de su adaptación a la Constitución el criterio que mantiene el legislador en el Código Penal (1).

El cambio más significativo tiene lugar, precisamente en el sistema de penas y medidas de seguridad. El CP anterior ofrecía un sistema de penas de larga duración teórica que luego no se correspondía en la práctica con su apariencia legal, junto a lo cual aparecían también penas de corta duración y automatismo en las reglas de aplicación (la llamada aritmética penal), así como una escasa y casi nula posibilidad de sustitución de unas penas por otras. En el CP 1995 están ahora formuladas por magnitudes o unidades de tiempo máximas o mínimas con la denominación común de prisión respecto de las privativas de libertad, y no por especies penales completas como en el texto legislativo derogado. Las circunstancias agravantes o atenuantes sitúan al juez en la mitad superior o inferior de la duración total de una posible pena, concediéndose a aquél un margen de decisión relativamente amplio. Se produce, además, una mayor comprensión para el ciudadano de las consecuencias jurídicas del delito, lejos de las viejas escalas graduales y de las complicadas reglas de determinación de la pena mantenidas en la anterior legislación punitiva (2).

En el sistema de penas se advierten numerosas e importantes diferencias en relación a los códigos penales anteriores. Lo primero que salta a la vista es la simplificación de las penas privativas de libertad que, según lo dispuesto en artículo 35, se reducen a las penas de pri-

Vid. además SERRANO PASCUAL. «Comentarios y notas al especial monográfico del Código Penal», pres. por J. A. Belloch Julbe, Tapia *PMD*, Madrid, 1996. Vid. también, VIVES, ANTÓN, T. S., *Comentarios al Código Penal*, (coord. Vives Antón), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 47 ss. y 62 ss; ídem. QUINTERO OLIVAES-MORALES PRATS, «De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal»..., en *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 44 ss.

(1) Vid. Exposición de motivos del Código Penal (Ley Orgánica 10/1995 de 23 de Noviembre), Tecnos, Madrid, 1995, p. 3.

(2) Vid. «Exposición de motivos del Proyecto del Proyecto de Ley Orgánica de CP de 23 de septiembre de 1992», *BOCE*, Congreso de los Diputados, p. 7; QUINTERO OLIVARES, G., «Presentación a los comentarios al CP», cit., pp. 21 ss.

sión y arresto de fin de semana, junto con la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, que tendrá naturaleza leve o menos grave, según la que corresponda a la pena que sustituya, y que podrá cumplirse en régimen de arrestos de fin de semana. Tal responsabilidad subsidiaria no ha de exceder de un año de duración e incluso puede ser sustituida, de conformidad con el penado, por una sanción de nuevo cuño: los *trabajos en beneficio de la comunidad*, que el legislador estima como privativa de derechos.

La pena de prisión tiene una duración máxima de veinte años y mínima de seis meses (art. 36). Este límite máximo nos parece razonable, ya que el de treinta años establecido en el CP anterior al vigente venía siendo demasiado elevado y choca con el criterio mantenido por la moderna ciencia del Derecho penal que considera que una pena superior a 20 años puede producir un grave deterioro en la personalidad del recluso y sería contraria a lo dispuesto por el artículo 15 de la Constitución donde se prohíbe la aplicación de penas inhumanas (3).

La moderación de las penas, respecto al CP anterior, no supone ningún reblandecimiento del sistema punitivo, al suprimirse la llamada redención de penas por el trabajo que permitía reducir en un tercio la duración de la pena, abonándose un día de cumplimiento por cada dos de trabajo. Por consiguiente, una pena de prisión sólo dejará de cumplirse generalmente en una cuarta parte de la misma por la concesión de la libertad condicional.

El CP anterior obligaba en muchas ocasiones a los tribunales a imponer penas excesivamente elevadas que luego no se cumplían en la extensión señalada, por la aplicación de beneficios que, en la mayoría de los casos, quedaba confiada a los organismos penitenciarios con escaso o nulo control del tribunal, produciéndose así un desajuste entre el tiempo de duración de la pena impuesta en la sentencia condenatoria y su cumplimiento efectivo (4).

El beneficio de la redención de penas por el trabajo fue instaurado en nuestro Derecho por el Código franquista de 1944 para ser aplicado

(3) Cf. CEREZO MIR, J., *Consideraciones político criminales sobre el Proyecto de Código Penal de 1992*. Lección inaugural del Curso Académico de MCMXCIII - MCMXCIV, Universidad de Zaragoza, pp. 10-11.

(4) Vid. Exposición de Motivos. Últ. cit. p. 5; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Prólogo a la Edición del Código Penal*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2000, p. 35, quien critica más contundentemente que el CP 1995 establezca sanciones superiores a los quince años como aniquiladoras de la personalidad. Confr. Además MAPELLI CAFARENA, B. - Terradillos Basoco, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Madrid, 1996, pp. 69 ss.

a los presos políticos procedentes de la guerra civil, extendiéndose más tarde a los demás penados (5). Tal solución, cuya razón de ser fue —en su momento— descongestionar las prisiones, es hoy contraproducente y su desaparición, ya propuesta en el Proyecto de 1980 (6), me parece un gran acierto del CP 1995.

El legislador parte del punto de vista de que la pena va a ser realmente cumplida, sin perjuicio de los beneficios penitenciarios que —en aras de la reinserción social— pueda y deba disfrutar el penado; en este sentido me parece positiva la reforma. Las funciones preventivas de la pena no dependen tanto de la severidad de la misma como de la eficacia y rapidez en la persecución del delincuente y de la certeza de su cumplimiento (7). La ciencia penal ha demostrado que la pena más cruel no es la más grave, sino la más inútil, la que encierra un sufrimiento más ineficaz (8).

A pesar de que la pena de prisión tiene un límite máximo de veinte años, en los supuestos de concurso de delitos, se establece que, excepcionalmente, pueda llegar a veinticinco o treinta, cuando el sujeto hubiera sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos estuviera castigado con pena de hasta veinte años o superior. Y esto, habida cuenta de que el CP 1995 suprime la redención de penas por el trabajo (art. 76 *a* y *b*). En esta misma línea de severidad se inscribe el artículo 78 que se ha llegado a calificar, sin exageración, de verdadero dislate, pues en tal precepto se dispone que si, a consecuencia de las limitaciones previstas para las distintas hipótesis concursales, la pena a cumplir resulta inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal, atendida la peligrosidad del penado, podrán acordar —eso sí, motivadamente— que los beneficios penitenciarios y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refiera a la *totalidad de las penas* impuestas en la sentencia. Este precepto debe ser considerado como la traducción legislativa de la tan reiterada exigencia del *cumplimiento íntegro de las penas* para delitos como el terrorismo o el narco-

(5) Confr. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed., anotada y puesta al día por J. J. Hernández Guijarro y L. Benítez Merino, Madrid, Akal, 1986, p. 553. La redención de penas por el trabajo, con antecedente en los «bonos de condena» del CP de 1928, realmente tuvo su origen en el Decreto de 28 de mayo de 1937, que concedió el derecho al trabajo a los prisioneros de guerra y presos por delitos políticos, organizándose posteriormente por el Patronato Central de redención de penas por el trabajo, e insertándose finalmente en el CP de 1944.

(6) Vid. Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal, Ley Orgánica de 17 de enero de 1980, *BOCG*, Congreso de los Diputados, p. 660.

(7) Cf. BECCARIA, C., *De los delitos y las penas, con comentarios de Voltaire*. Trad. de J. A. de las Casas, Alianza Ed., Madrid, 1986, cap. XXVII, pp. 71-72.

(8) ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, cit. p. 514.

tráfico (9). Por todo lo expuesto, me parece loable la supresión en el CP 1995 de los polémicos artículos 94 y 364 del PCP de 1992, según los cuales, en los delitos relacionados con actividades de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas y de tráfico de drogas, los beneficios penitenciarios que pudieran suponer acortamiento de la condena y el cómputo de tiempo para la concesión de la libertad condicional habrían de referirse siempre a la totalidad de las penas impuestas, sin tener en cuenta los límites máximos de cumplimiento fijados por el artículo 77 (hoy art. 76) para el concurso de delitos. La aplicación de los suprimidos artículos hubiera dado lugar a consecuencias injustas dada la distinta gravedad de las diversas conductas en cada uno de los grupos de delitos aludidos (v.g., drogas blandas y duras, pequeños o grandes traficantes, o en los delitos relacionados con bandas armadas y grupos terroristas que pueden ir desde el asesinato colectivo con el fin de subvertir el orden constitucional a la simple colaboración informativa o de ocultación de personas del art. 576.2) (10); asimismo, existen delitos de mayor gravedad que alguno de los citados, como el asesinato o la violación (hoy agresión sexual del art. 180, 1.º y 5.º del CP 1995). Por todo ello no parece coherente la postura de quienes pretenden restringir los beneficios penitenciarios a los autores de referidos delitos de terrorismo y narcotráfico, quizás por considerar que no son reinsertables, y no a los autores de otros delitos castigados con penas igualmente graves, como, por ejemplo, el asesinato de un niño mediante torturas (ensañamiento) (11).

Las disposiciones del artículo 78 del CP 1995 son aplicables a todos los delitos concurrentes que se corresponden con las penas mencionadas en el artículo 76 (v.g., asesinato, delitos contra la Corona, salud pública, rebelión, terrorismo, genocidio, etc.). Creo que el precepto —que roza la inconstitucionalidad— es consecuencia del viejo principio de *acumulación material de las penas* en el concurso de delitos. Tal vez sería preferible, sin perjuicio de atender debidamente las exigencias de la prevención general, abandonar tal principio y seguir, como en el Derecho comparado, el de *la exasperación de la pena del delito más grave*, lo que, por otra parte, es admitido por el CP 1995 en el artículo 77 para el caso de que un solo hecho constituya varias

(9) Cf. SANZ MORÁN, A., «El concurso de delitos en la reforma penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Servicio de Publicaciones del CGPJ, 1994, pp. 229-230.

(10) En el mismo sentido CEREZO MIR, J., *Consideraciones...*, cit., pp. 11-12. Ídem ROMEO CASABONA, C. M.ª, *El Anteproyecto de Código Penal de 1992. Presupuestos para la reforma penal*, Universidad de La Laguna, 1992, p. 11.

(11) Cf. GIMBERNAT, E., *Prólogo a la 6.ª edición del Código Penal*, LO 10/1995 de 23 de noviembre, Tecnos, Madrid, 2000, p. 25.

infracciones (concurso ideal) o un delito sea medio necesario para cometer otro (concurso real) (12).

Consideraciones de prevención general y una mayor gravedad de lo injusto han motivado al legislador a tratar más rigurosamente determinadas conductas que se estima atacan gravemente bienes jurídicos fundamentales para la convivencia y que afectan al individuo, a la sociedad o a la defensa del Estado social y democrático de Derecho. Por ello las penas aplicables a estos hechos pueden sobrepasar el límite de los veinte años que el texto legal señala para las penal privativas de libertad, si bien dicho texto precisa que esto suceda *excepcionalmente*. Así, por ejemplo, cuando en el asesinato concurra más de una circunstancia agravatoria, la pena de prisión puede alcanzar los veinticinco años y exceder del máximo en la violación del núm. 5 del artículo 180, si concurren dos o más circunstancias. Del mismo modo –para los delitos contra la Constitución– en la rebelión puede la prisión alcanzar los veinticinco años para los promotores o jefes principales, o los treinta si se utilizan armas o se ejercitan violencias graves; a los veinticinco años en el homicidio del Rey o incluso a los treinta si concurrieren circunstancias agravantes, ampliándose –quizá excesivamente– el tipo a todos los miembros de la familia real. En los delitos de terrorismo puede llegar a los treinta años si se causa la muerte de alguna persona (art. 572. 1.º) y superar los veinte en los de traición y genocidio (arts. 583. 1.º y 607. 1.º del CP 1995).

Es evidente que el legislador ha puesto aquí el acento sobre la prevención general –en su vertiente intimidatoria–, y amplía la duración de las penas –particularmente en determinados delitos– con excesiva largueza, quizás no tanto por la especial gravedad de algunos de ellos como por su repercusión social, como es el caso de los cometidos por bandas armadas y organizaciones terroristas (13). Pero no obstante la evidente gravedad de estos delitos y la excepcional severidad de las penas, no me parece que quepa excluir en principio, sin más, la posibilidad de que consideraciones de prevención especial operen en el tra-

(12) Vid. SANZ MORÁN, A., *El concurso...*, cit., pp. 230-231.

(13) Se trata de una forma de criminalidad organizada aunque con finalidad política, muy difícil de controlar penalmente y cuya novedad más importante en el CP del 95 (independientemente de la reciente LO de 28 diciembre del 2000 que introduce nuevos tipos penales reformando tanto el CP como la tan reciente Ley de Responsabilidad penal del Menor) resulta ser la exigencia de subvertir el orden constitucional o alterara gravemente la paz pública, quizá con objeto de eliminar cualquier atisbo de connotación política en este tipo de delincuencia, ya que los delitos de terrorismo se excluyen del Principio de no extradición que rige para el delito político (Vid. MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 83-84).

tamiento penitenciario para los autores de este tipo de delitos, mediante la individualización de la pena en cada caso particular, ya que el principal –aunque no único– fin de las penas privativas de libertad es el de la reeducación y reinserción social a la que se refiere el artículo 25.2 de la Constitución de 1978. Obviamente, habida cuenta de que exista posibilidad de la misma.

Mientras que en los preceptos aludidos, el CP 1995 pone excesivo énfasis en la prevención general, en otros, por el contrario, se atiende con exceso a la prevención especial en desdoro de la general y de la necesidad de reafirmación del ordenamiento jurídico. Razones de prevención especial aparecen, por ejemplo, en la posibilidad de sustituir las penas de prisión que no excedan de un año e incluso de hasta dos años, si bien en este último caso debe tratarse de delincuentes no habituales, por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate (14). Tal extensión parece excesiva, aunque sea facultativa del tribunal.

El límite mínimo de seis meses de duración para la pena de prisión me parece elogiable, pues implica la supresión de las penas cortas privativas de libertad, lo que ha sido objeto de numerosas críticas desde hace más de un siglo, a partir de Von Listz y su *Programa de Marburgo* (15). Y ciertamente este tipo de penas desarraigan al delincuente de su ámbito familiar, son estigmatizadoras, no inocuizan y son ineficaces –por su corta duración– respecto de su resocialización (16).

La pena de arresto de fin de semana es otra innovación dentro del CP 1995 en el que es considerada como una pena corta privativa de libertad, si bien al ser de cumplimiento discontinuo evita el desarraigo del delincuente y la influencia corruptora del ámbito carcelario. Su-

(14) Vid. CEREZO, J., *Consideraciones...*, cit., p. 12.

(15) Von LISTZ, F., «Der Zweckgedanke un Strafrecht», en *ZSTW*, 2, 1983, pp. 1 ss. Sobre el tema en cuestión NAUCKE, «Die Kriminalpolitik der Marburger Programs», en *ZSTW*, 94, 1982, pp. 525 ss.

(16) ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, cit., p. 561, Ídem LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 66-67. MIR PUIG, S., «Derecho Penal, Parte General», *PPU*, Barcelona, 1985, pp. 636-37. Aunque en el Derecho alemán la pena privativa de libertad de corta duración se ha reducido, no ha sido, sin embargo, eliminada. Se admite como pena sustitutoria en caso de impago (arts. 38, II, 48 inc. 2, *StGB*) y como arresto penal frente a militares (arts. 9-12 *WStG*). JESCHECK, H. H., *Derecho Penal II*, Trad. S. Mir Puig y Fco. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, p. 1066, afirma, sin embargo, que el sistema penal no puede prescindir de la pena privativa de libertad de corta duración, que puede ser indispensable por razones de prevención especial o para la defensa del ordenamiento jurídico. Vid. además JESCHECK, H. H., «Die Freiheitstrafe und ihre surrogate in deutschen und auslandischen Recht», en *Die Freiheitstrafe in rechtsveirglenchender Darstellung*, Baden Baden, 1989, pp. 1939 ss.

pone una aflicción totalmente distinta de la prisión y parece apta para establecer un equilibrio entre las penas cortas privativas de libertad y la multa. Tiene una duración de treinta y seis horas y equivale a dos días de privación de libertad, pudiendo imponerse, como máximo, veinticuatro fines de semana, salvo que lo sea como sustitutiva de la pena privativa de libertad (art. 37). Sin embargo, además de que el campo de aplicación de esta pena es excesivamente amplio, su aplicación práctica planteará graves dificultades si no existen los Centros penitenciarios a los que la Ley alude (art. 37.2) en el lugar de residencia del penado, o los medios adecuados para el cumplimiento del arresto (17). Esto podría ser subsanado en parte si se permitiera —en estos casos— la aplicación al arresto de fin de semana de la suspensión condicional de la pena, ya que ésta es aplicable a las penas cortas privativas de libertad y el arresto de fin de semana es, sin duda, una pena corta privativa de libertad (18).

La polémica doctrinal respecto al arresto de fin de semana no parece afectar a la nueva configuración de la pena de multa, que goza, en general, de gran aceptación. Con arreglo a este sistema la pena de multa mediante cuotas diarias, semanales o mensuales. El número de cuotas está en función de la gravedad del delito (de la medida de lo injusto y de la culpabilidad) y su cuantía en función de la capacidad económica del delincuente, lo que me parece razonable. La duración mínima será de cinco días y la máxima de dos años, si bien los tribunales determinarán la extensión de la pena teniendo en cuenta la situación económica del reo, así como otras circunstancias personales, pero deben hacerlo motivadamente (art. 50.5.º). Se establece, además una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que a su vez pueden ser cumplidas en arresto de fin de semana (art. 53) y también —previa conformidad del penado— por trabajos en beneficio de la comunidad (posibilidad no prevista por el PCP de 1992), lo cual parece apropiado (art. 53.2) (19).

(17) Vid. CEREZO MIR, J., *Consideraciones...*, cit., p. 22; Vid. además HIGUERA GUILMERA, «La pena de arresto de fin de semana», *CPMJ*, Madrid, 1982, pp. 51 ss.

(18) Cf. JESCHECK, H. H., «Alternativas a la pena privativa de libertad en la moderna política criminal», en *Estudios Penales y Criminológicos VIII*, Univ. de Santiago de Compostela, 1985, p. 18. Ídem STILE, «Neue italienische Kriminalpolitik nich dem Strafrechtsreformengesetz», vom. 1981, *ZSTW* 96, (1984), pp. 87 ss. El arresto de fin de semana surge por vez primera en el PCP de 1980. Sobre la dificultad de su aplicación práctica Vid. CEREZO MIR, J., *Consideraciones...*, cit., p. 25. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.-FERRÉ OLIVÉ, J. C. Y SERRANO-PIEDECASAS, J. R., *Manual de Derecho penal, parte general, III*, Praxis, Barcelona, 1994, p. 49.

(19) Sobre la pena de multa, Vid. BERISTAIN IPIÑA, A., *La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad*, III, J Pr. DP, Univ.

El CP 1995 no introduce, sin embargo, entre los sustitutivos de las penas cortas privativas de libertad la suspensión del fallo, que se inspira en el sistema de *probation* anglosajona en la que, una vez declarada la culpabilidad del reo (*conviction*), se suspende la condena para someterle a prueba durante un cierto tiempo. La introducción de la suspensión del fallo sería deseable, pero tropieza con graves dificultades procesales en nuestro Derecho, ya que no existe la división del proceso en dos fases (*conviction* y condena) y no se puede interrumpir el proceso, sino que una vez comprobada la culpabilidad del reo ha de pronunciarse la condena (20). El CP 1995 ha optado por la inclusión en la tradicional suspensión condicional de la pena (la mal llamada «condena condicional», donde lo que se suspende es la ejecución de la pena, no la condena) de elementos propios de la *probation* anglosajona con lo que se llega así a una especie de figura híbrida a la que se da el nombre de «suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad» (art. 80 CP 1995) (21). Se introduce así la posibilidad de que el juez imponga al reo determinadas reglas de conducta durante el período de suspensión, v.g., prohibición de acudir a determinados lugares, de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial, obligación de comparecer ante el tribunal o realizar otros deberes que éste les imponga (22). Se establece así, aunque tímidamente, el trata-

de Santiago de Compostela, 1976, pp. 29 ss. LANDROVE DÍAZ, G., *Ob. cit.*, pp. 188 ss. RODRÍGUEZ RAMOS, L., «El sistema de días multa en el PCP», en *La Ley* núm. 13, 1980.

(20) La suspensión del fallo fue una de las principales novedades, junto con la tradicional suspensión condicional de la pena, en el PCP de 1980 y se mantuvo con modificaciones en la Propuesta de Anteproyecto de 1983. La suspensión del fallo es una opción sostenida sobre todo en el sistema inglés y norteamericano de *probation*. Las dificultades del proceso español para establecer una distinción entre suspensión del fallo y suspensión de la ejecución de la pena han propiciado las reticencias en la doctrina a la hora de manifestarse en pro de la viabilidad de la suspensión del fallo (*Vid.* NÚÑEZ BARBERO, R., *Suspensión condicional de la pena y Probation*. Universidad de Salamanca, 1970, p. 37. *Vid.* además DE SOLA DUEÑAS, *Alternativas jurídicas a la pena de prisión*. Barcelona, 1988, p. 88. Ídem. BARBERO SANTOS, M., «La división en dos fases del proceso penal», en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, 1972, pp. 197 ss.

(21) NÚÑEZ PAZ, M. A., «Alternativas a la pena privativa de libertad: Suspensión del fallo y suspensión condicional de la pena», en *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Tecnos, Madrid, 1995. pp. 155 ss. MAPELLI CAFFARENA B. - TERRADILLOS BASOCO, J., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 1994, pp. 86-87. MAQUEDA ABREU, M. L., *Suspensión condicional de la pena y «probation»*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, pp. 229-234. CEREZO MIR, J., *Consideraciones...*, cit., p. 33.

(22) En relación al Derecho alemán *Vid.* JESCHECK, *Alternativas...*, cit., p. 14, *Vid.* artículos 132.40 a 133.53 del *Nouveau Code Pénal* francés y artículo 56 del *StGB* (Código Penal alemán) en los que se prevé la posibilidad de que el tribunal imponga

miento en libertad y se aumenta hasta dos años las penas sobre las que es posible aplicar la suspensión. Por supuesto, no se tienen en cuenta las anteriores condenas imprudentes, si bien este punto no es novedoso, pues había sido ya considerado en reformas anteriores (23). Todas estas medidas deben estar orientadas a evitar la reincidencia y favorecer la reinserción del condenado bajo suspensión, cumpliéndose de este modo el mandato constitucional.

Las medidas de seguridad, antes diseminadas entre el CP y la polémica Ley de Peligrosidad Social, prácticamente inaplicada y que modificó negativamente la vieja Ley de Vagos y Maleantes, se establecen y catalogan por vez primera en el CP 1995 como es constitucionalmente exigible. Al igual que en los Proyectos de 1980 y 1992 se establecen solamente medidas de seguridad no predelictuales, sino postdelictuales; lo que quiere decir que sólo se aplican a aquellas personas cuya peligrosidad se haya puesto de relieve a través del delito cometido y no con anterioridad. Por consiguiente, tales medidas deberán vincularse a la peligrosidad criminal y no a la social, como en la Ley de Peligrosidad citada, pues ello supondría la anticonstitucionalidad de tales medidas (24).

El CP 1995 mantiene el criterio de que la duración de las medidas de seguridad privativas de libertad no puede exceder de la pena que hubiere sido impuesta al autor del hecho en caso de que hubiera sido declarado responsable criminalmente, lo que no me parece acertado. La medida de seguridad, a diferencia de las penas, ha de ser proporcionada a la peligrosidad del sujeto, no a la gravedad del delito; lo que no quiere decir que no pueda operar necesariamente tal limitación en los supuestos de los semiimputables peligrosos a los que se refiere el artículo 104 del CP 1995 para las eximentes incompletas, pero no para los supuestos de irresponsabilidad plena del artículo 21 (art. 101.1.º). Si bien el legislador palía en parte el problema, al establecer que el sometido a la medida no pueda abandonar el establecimiento donde esté internado sin autorización del tribunal (art. 101.2). Esto no significa que no deba establecerse un límite máximo de duración de las medidas

al delincuente tareas o reglas de conducta (obligaciones e instrucciones) o que disponga que se le preste la ayuda por medio del auxiliar de prueba (*Bewährungshelfer*). En nuestro Derecho es positiva la referencia al juez de vigilancia a cuyo control queda sometido el delincuente. *Vid.* además artículo 92.4 del PCP de 1980.

(23) *Vid.* artículo 93.7.º CP derogado, reformado en 1983. Confr. GARRIDO GUZMÁN, L., «Nuevas perspectivas de la remisión condicional de la pena», en *Comentarios a la Legislación penal. La reforma de CP de 1983*, Ed. Revista de Derecho privado, tomo V, vol. I, pp. 526-527.

(24) *Vid.* ROMEO CASABONA, C. M.ª, *El Anteproyecto...*, cit., pp. 12-13.

de seguridad privativas de libertad. Pero tal limitación, particularmente en el caso de internamiento en centros psiquiátricos, debe estar en relación con el tiempo que dure el tratamiento, no con la hipotética pena que habría podido ser impuesta al delincuente si hubiera sido considerado responsable criminalmente (25).

Las medidas pueden ser privativas de libertad, como las de internamiento en un centro psiquiátrico o de deshabitación (arts. 100 y 101 CP 1995), o restrictivas de libertad —por un tiempo de hasta cinco o diez años, según los casos, en centros médicos o socio-sanitarios— como la obligación de residir en un lugar determinado, la prohibición de hacerlo, o bien la privación del derecho a la conducción de vehículos; algunas de las cuales no se diferencian, en principio, de las obligaciones o «tareas» que el juez puede imponer en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad o de algunas de las privativas de derechos (v.g., el art. 39 d.). El tratamiento en un centro de terapia social a la que alude el CP 1995 —como medida no privativa de libertad— me parece acertado; no así el que no figure entre las privativas de libertad el internamiento en centro de custodia para los delincuentes peligrosos habituales. *Habitualidad* que el CP 1995 no define, como hacía el PCP de 1992 (art. 73), aunque sí la *reincidencia*, sustituyendo acertadamente el término «Capítulo» por el de «Título» (art. 22. 8.ª del CP 1995).

El CP 1995 ha regulado, además, ampliamente la responsabilidad civil dimanante del delito. La anterior regulación resultaba ya anticuada e insuficiente; si bien el articulado actual es quizás demasiado abigarrado y prolijo. Más, de todos modos, es loable la amplitud con que se trata lo relativo a la responsabilidad solidaria y subsidiaria tanto de las empresas aseguradoras como de las sociedades mercantiles y de los entes públicos en general (26).

Es evidente que, a pesar de las críticas que el CP 1995 puede y debe recibir desde la óptica político-criminal, en lo que al nuevo sistema de penas y medidas de seguridad se refiere, ha supuesto un considerable avance sobre los textos punitivos anteriores y, en consecuencia, el ba-

(25) Vid. CEREZO MIR, J., *Consideraciones...*, cit., p. 36. Ídem MANZANARES, S. J. y CREMADES, J. J., *Comentarios...*, cit., pp. 50 ss.

(26) Vid. MANZANARES, S. J. y CREMADES, J. J., *Comentarios...*, cit. El artículo 118 al referirse al artículo 14 parece equiparar el error de tipo invencible y de prohibición, si bien tales errores pueden afectar no sólo a autores y a cómplices. Los nuevos artículos 120 y 121 del CP 1995 actualizan la responsabilidad civil subsidiaria que alcanza a padres, tutores, titulares de medios de comunicación o de establecimientos donde se cometa el delito y personas dedicadas a la industria y al comercio, Estado y demás entes públicos.

lance ha de estimarse necesariamente positivo. El problema fundamental va a radicar sobre todo en la dificultad de aplicación en la práctica de algunas de las nuevas sanciones y de sus substitutivos penales, por ejemplo, en el arresto de fin de semana o en los trabajos en beneficio de la comunidad, o bien en el cumplimiento de determinadas obligaciones impuestas al delincuente en la nueva regulación de la suspensión de la ejecución de la pena. Igualmente en el tratamiento de los delincuentes en las nuevas medidas de seguridad. Todo lo cual supone la obtención de las necesarias dotaciones presupuestarias para crear o habilitar centros o instituciones, medios y personal adecuados para que estas nuevas sanciones puedan resultar realmente eficaces en beneficio del delincuente y de la sociedad (27).

Por último, si bien es cierto que el artículo 25.2 de la CE establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social...», éste no es, sin embargo, el único fin de las penas privativas de libertad, ni de la pena en general. La pena se propone fines preventivos que miran al futuro: busca la «resocialización» del delincuente, pero además de los objetivos de prevención especial, trata de lograr otro que debe ser concebido, en principio, como *ejemplaridad* y sólo en segundo término como *intimidación* (especialmente para determinados delitos), no ya tan sólo en el delincuente, sino en los demás ciudadanos, y con ello se consigue la prevención general. Quizás habría que distinguir, en principio, dos momentos –aunque coordinados entre sí–: aquel en que las normas penales se dirigen a los ciudadanos con finalidad de prevención general y el momento ejecutivo (o penitenciario en las penas privativas de libertad) de la sanción, en el cual deberá aplicarse en virtud de consideraciones de prevención especial. Pero la pena supone, también, un castigo, un sufrimiento para el delincuente, al que se le priva de importantes bienes jurídicos (libertad, patrimonio, derechos) aunque no sea ésta su finalidad (28).

Creo, por tanto, que el legislador mantiene en el CP 1995 una teoría unitaria de la pena. La CE se limita a señalar uno de los fines –la reinserción social–, pero no es éste el único, ya que de otro modo no se podría cumplir la función fundamental del Derecho penal que es la *protección de los bienes jurídicos*. En la «Exposición de Motivos» del PCP de 1992 se estimaba obvio que la pena cumple múltiples funciones, pues «la Constitución ciñe la reeducación y la reinserción a una

(27) Vid. DE LA CUADRA, B., «El nuevo Código Penal ante la hora de la verdad», en *EL PAIS*, 19 de mayo de 1996, p. 18.

(28) Vid. CEREZO MIR, J., *Consideraciones...*, cit., p. 8.

orientación de la misma que no excluye, sino que da por supuestos otros fines de aquélla...». Y en este sentido también se ha manifestado reiteradamente el TC (29).

II

El CP 1995 no hace mención expresa de la culpabilidad, como hacía el PCP de 1980. Se limita a establecer en el artículo 10 que «son

(29) Las teorías unitarias aún dominantes, aunque con importantes diferencias de matices entre sus mantenedores consideran la retribución como esencia de la pena pero estiman que ésta tiene al mismo tiempo fines de prevención general y especial. Vid. JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrecht, Allgm. Teil* 3.ª ed., pp. 49 ss., *Tratado de Derecho penal, Parte General*, I, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 108 ss.; ídem. *Tratado de Derecho penal*, Trad. De la 4.ª ed. Por J. L. Manzanares, Ed. Comares, Granada, 1995, pp. 66 ss.; más reciente JESCHECK, H. H.-WEIGEND, Th., *Lehrbuch des Strafrecht*, 5.ª Aufl., Duncker & Humboldt, Berlín, 1996, pp. 71 ss. Vid. además ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, cit., p. 510-511. Sin embargo, mantiene en realidad una teoría relativa de la pena en cuanto afirma que la proporcionalidad entre el delito y la pena es una exigencia de ejemplaridad que constituye para él la manifestación más importante de la prevención general. (Vid. ANTÓN ONECA, J., *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena* (Lección de apertura Curso 1944-45), Universidad de Salamanca, p. 93 ss. donde incluye la retribución en la prevención general; en el mismo sentido «Die modernen Straftheorien in dem lateinschen Ländern», *ZSTW*, 80, 1968, pp. 456-458).

MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, cit., pp. 3 ss. y 54 ss., distingue entre el concepto de la pena y su justificación que se basa en la protección de los bienes jurídicos a través de la prevención. MUÑOZ CONDE, F., *Adiciones al Tratado de Jescheck*, cit., I, pp. 111-112, justifica la pena por su necesidad aunque en la fase judicial la limita con un criterio retribucionista. Ídem MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 46-47. En sentido análogo, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho penal, Parte General*, Tomo I, Praxis, 1994, pp. 64-67, se adhieren a la postura anterior formulando el principio de culpabilidad en el sentido de atribuibilidad por ser el sujeto motivable, y consideran que dicho principio, con independencia de que no encuentre formulación expresa en el Texto Constitucional, puede considerarse implícito.

En la ciencia penal española, un sector aún minoritario mantiene una teoría relativa o utilitaria de la pena: GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal? y El sistema del Derecho penal en la actualidad», en *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 108 ss. y 146 ss., respect.; ídem LUZÓN PEÑA, D.M., «Prevención general, sociedad y psicoanálisis», *CPC*, núm. 16, 1982, pp. 93 ss.

En realidad, particularmente en la doctrina alemana, se afirma que el punto de partida hoy defendible sólo puede ser de tipo preventivo (Teoría unificadora de la pena), vid. Por todos, ROXIN, C., «Derecho penal», *PG, I*, Trad. De la 2.ª ed. Alemana por Luzón Peña-Díaz García Conlledo-De Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997, pp. 95 ss.

delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley», en forma análoga a lo que el CP derogado especificaba en su artículo 1.º. Sin embargo, puede existir dolo o imprudencia y no haber culpabilidad al concurrir una causa de exculpación, como ocurre, por ejemplo en el miedo insuperable o en el error de prohibición (30). El legislador, al no aludir expresamente a la culpabilidad, parece querer soslayar la actual polémica en la que un importante sector de la doctrina penal, aunque minoritario, pone en entredicho la categoría jurídica de la culpabilidad como fundamento o límite de la pena, y basa ésta en razones de prevención general y especial (31).

Pero no resulta fácil renunciar a la culpabilidad, al menos como límite de la pena, y mantener luego sus consecuencias, como es la exclusión de la responsabilidad objetiva (32).

Sin embargo, el legislador en el CP 1995 parte del principio de culpabilidad (reprochabilidad) para excluir la responsabilidad criminal a quien, por causa de anomalías o alteraciones psíquicas (enajenación mental), «no pueda comprender la ilicitud el hecho o actuar conforme a esa comprensión» (núm. 2 del art. 20), aunque un importante sector de la doctrina considera indemostrable que el sujeto haya podido o no actuar de otra manera (33).

El CP 1995 suprime además la vieja atenuante de preterintencionalidad, contraria al principio de culpabilidad y en virtud de la cual se sancionaba, v.g., por homicidio (intención de matar) con la atenuante de no haber tenido intención de matar; si bien cabe reconocer que el antiguo CP paliaba la cuestión del resultado más grave que el pretendido, exigiendo al menos la culpa respecto de aquél, solución, así todo, insatisfactoria. Por ello la supresión me parece acertada.

(30) Vid. CEREZO MIR, J. *Consideraciones...*, cit., p. 15. Ídem. MANZANARES, S. J., y CREMADES, J. J., *Comentarios...*, cit., p. 4. Para SERRANO PASCUAL, *Comentarios al CP*, cit., p. 30 en el CP 1995 se establece el principio de culpabilidad aunque sólo de forma indirecta.

(31) GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?», cit., pp. cit.

(32) Vid. ROXIN, C., *Strafrecht, Allg. Teil, Band 1*, Verlag C.H.Beck, München, 1992, pp. 540 y 551. BACIGALUPO ZAPATER, E., «¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?», *La Ley* núm. 434, 1982, pp. 1-3, señala cómo el principio de culpabilidad podría derivarse (como señaló el TC alemán) del Estado de derecho, si bien estima que las consecuencias de tal principio tiene rango constitucional con independencia de que la culpabilidad sea o no fundamento de la pena.

(33) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Prólogo...*, cit., p. 29 quien se adhiere a la tesis no de que el autor haya podido actuar de otra manera para fundamentar la «culpabilidad», sino en la accesibilidad a la motivación por la norma penal, habida cuenta de la imposibilidad en el caso concreto de demostrar si el autor tenía libertad para actuar o no de otra manera.

Es altamente positivo, a mi juicio, que el CP 1995, inspirado también en el principio de *intervención mínima*, establezca –por vez primera– el principio de la *excepcionalidad* en el castigo de los delitos imprudentes (34). El artículo 11 dispone que «las acciones y omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley»; suprimiéndose así el antiguo artículo 565 del CP derogado, incompatible con el principio de certeza y donde se sanciona el delito imprudente de manera general. Por consiguiente, el homicidio o las lesiones imprudentes sólo se castigarán cuando vengan expresamente determinadas en la ley, ya que no todos los delitos son incriminados por imprudencia, v.g., el hurto, robo o bigamia sólo son punibles en su forma dolosa, y existen dudas respecto de las falsedades documentales, aunque me inclino a creer que tampoco. Es igualmente positivo y loable que los actos preparatorios, conspiración, proposición y provocación se castiguen no en relación a cualquier delito, como hasta ahora, sino tan sólo en los casos especialmente previstos en la ley, que sólo se aplica para hechos punibles especialmente graves, v.g., delitos contra la vida (art. 141), detención ilegal (art. 103) o rebelión (art. 477), lo cual es lógico puesto que los actos preparatorios son equívocos y únicamente debe estar justificada su punición por la importancia de los bienes jurídicos protegidos penalmente y amenazados por tales actos (35).

Debe señalarse también como novedoso que el viejo concepto de la frustración queda incluido en el de tentativa, a la que el legislador define como dar inicio a la ejecución del delito, practicando todos o parte de los actos que deberían objetivamente producir el resultado, aunque éste no se produzca por causas ajenas a la voluntad del autor (art. 16.1). Definición que parece menos incorrecta que la mantenida

(34) Vid. NÚÑEZ BARBERO, R., *El delito culposo*, Universidad de Salamanca, 1975, pp. 75 ss. Vid. también, ROMEO CASABONA, C. M., «Los delitos culposos en la reforma penal», en *ADPCP*, 1990, p. 442 ss., ídem ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposo», en *ADPCP*, 1984, pp. 322 ss. y JAKOBS, G., *Das Fährlosigkeitdelikt*, IX Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Teherán, 1974, esp., p. 38 ss. Vid. asimismo, SERRANO PASCUAL, *Comentarios al CP*, cit., p. 33. Vid. además «Exposición de motivos del PCP de 1980», *BOCG*, p. 180.

(35) Vid. «Exposición de motivos del PCP 1992», cit., p. 5. Los Códigos penales más autoritarios han castigado de modo general los actos preparatorios mientras que los más liberales han limitado la punición de estas figuras a ciertos casos determinados en la Parte especial (1848, 1870, 1932 y PCP 1980 y 1992). La apología del delito ha quedado reducida en el CP 1995 a la del terrorismo, con lo que hacer apología de cualquier delito que no sea éste, por grave que fuera, no será típica ni –por lo tanto– punible. Vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, «Nuevo Código penal comentado», *EDR*, Madrid, 1996, p. 49, quien afirma que la apología sólo será delictiva como forma de provocación.

por el PCP de 1992 (art. 17.1), al introducir el término «dar principio a la ejecución»; mas no plenamente convincente, porque también podría decirse que si se hubieren realizado «todos» los actos que «objetivamente» deberían producir el resultado, tendría que haberse producido la consumación. De todos modos pienso que, a pesar de las posibles «incorrecciones» definitorias, es de alabar la inclusión de la «frustración» dentro del concepto de tentativa, sobre la base de que la conducta del autor pueda acercarse más o menos a la consumación, siquiera sea subjetivamente (36).

Debe valorarse asimismo de manera positiva que el CP 1995 deje de considerar el encubrimiento como forma de participación «*post delictum*», como hacía el CP anterior (art. 17), para tipificarlo exclusivamente como delito autónomo (arts. 45 ss.); lo cual es razonable, pues en la ayuda posterior al delito nos encontramos ante un delito contra la Administración de Justicia, y en el aprovechamiento lucrativo de éste estaremos ante un delito de receptación (arts. 298 a 300); si bien el CP 1995 amplía excesivamente esta última figura de complicada sintaxis y confuso casuismo, lo cual dificulta –sin duda– la interpretación, tanto en relación a los hechos como a las diversas posibilidades de aplicar las diferentes penas y medidas a las que alude (37).

No parece, sin embargo, convincente el impreciso concepto de *autor* que se define en el párrafo 1.º del artículo 28 y en el cual se incluye de modo incompleto la autoría mediata (38).

Tampoco parece congruente la noción que se da del *error*, ya que, una de dos, o se escoge la tradicional posición de la doctrina y la jurisprudencia del error de hecho y del error de derecho, o la más moderna del error de tipo (el autor no sabe lo que hace) y el error de prohibición (el autor sabe lo que hace pero no conoce su ilicitud), que fue acogida ya después de la Reforma de 1983 por el CP ahora derogado. Hoy, por contra, parece que se alude de un lado al error de hecho (error sobre un hecho constitutivo de infracción penal), y de otro al error, no ya de derecho, sino al de prohibición (error sobre la ilicitud del hecho), pues aplica la tesis de la culpabilidad en el caso del error vencible (art. 15, 2

(36) NÚÑEZ BARRERO, R., *El delito imposible*, Salamanca, 1963, *Vid.* además FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa del delito*, Bosch, 1986, pp. 268-270. No está prevista la punición de la tentativa inidónea o delito imposible.

(37) El núm. 1 del artículo 451 CP 1995 excluye el ánimo de lucro en el auxilio a los autores o cómplices. De concurrir aquél estaríamos ante un delito de receptación del artículo 228 CP 1995, que regula el favorecimiento con ánimo de lucro a los responsables de un delito contra el patrimonio o socioeconómicos previstos en el Título XIII del CP 1995.

(38) *Vid.* MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, cit., pp. 318 ss.

y 3). Se produce de esta forma una especie de «*batiburrillo dicotómico*», aludido acertadamente por algún autor (39).

Considero, no obstante, elogiable la supresión entre las circunstancias eximentes de la de obrar violentado por una *fuerza irresistible*, ya que falta en estos casos, cuando el sujeto es mero instrumento de otro que lo utiliza, la acción penal (40). Igualmente, la inclusión entre las agravantes de los motivos racistas, ideológicos o religiosos con lo que el CP 1995 se pone de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución (41).

Es de igual forma positiva la definición que de la agravante de reincidencia da el CP 1995, al aludir a que el culpable haya sido condenado ejecutoriamente, con antelación, por un delito comprendido en el mismo «Título» del Código Penal y no en el mismo «Capítulo» —como incorrectamente establecía el CP anterior— y simplifica, además, la definición al referirla a «delitos de la misma naturaleza» (art. 22, 8.º) (42).

La nueva regulación que eleva la edad penal a los dieciocho años, excluye a los jóvenes delincuentes —entre dieciséis y dieciocho años— del ámbito del Derecho penal, y sólo podría valorarse positivamente si fuera acompañada de la creación de una ley penal juvenil y de tribunales especiales para jóvenes delincuentes, como en otros países de nuestro entorno cultural; pues los actuales Tribunales de menores no parece que sean adecuados ni posean los medios suficientes para controlar una delincuencia que crece incesantemente (43). (En prensa este artículo, se produjo la entrada en vigor de la nueva Ley 5/2000 de Res-

(39) Vid. GIMBERNAT, E., *Prólogo al CP*, cit., p. 40.

(40) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *Prólogo al CP*, cit., p. 33.

(41) El artículo 16.1 CE garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los españoles sin más limitaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público. El CP 1995 amplía un tanto reiterativamente esta circunstancia introducida recientemente en el CP anterior (*Ley 4/1995* de 11 de mayo).

(42) Se da un concepto más restringido de la reincidencia (propia o específica), en cuanto a los que han de entenderse por delitos de la misma naturaleza, deberán a mi juicio ser aquellos que afecten al mismo bien jurídico. Vid. SERRANO PASCUAL, M., *Comentarios y notas al monográfico del CP*, cit., p. 41, ídem VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código Penal*, cit., pp. 83-84.

(43) Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal, Parte General*, Tomo I, Tecnos, Madrid, 1993, p. 140. Hay que tener en cuenta que esta norma ha entrado ya en vigor, una vez aprobada la Ley penal del menor, según establece la disposición final 7.ª CP 1995, aplicándose a los hechos realizados por los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho los artículos 9.3 y 65 CP derogado, preceptos declarados subsistentes por el apartado 1 a. de la disposición derogatoria; solución que no parece satisfactoria (Vid. Circular núm. 2/1996 de 22 de mayo sobre Régimen Transitorio del CP 1995, de la Fiscalía General del Estado, en *Actualidad Penal*, núm. 26, junio, 1996).

ponsabilidad Penal del Menor que establece que a partir de los 14 años y hasta los 18 (art. 19) –excepcionalmente hasta los 21 (art. 69)– se exigirá la responsabilidad penal conforme a la citada Ley, que se caracteriza por su talante garantista y preponderantemente educativo, salvo excepciones, en las medidas que han de imponerse. No se excluyen medidas de carácter más aflictivo en la aplicación de la citada Ley, como son el internamiento en centro cerrado o el acondicionamiento de su aplicación a los mayores de 18 años, o la duración de la medida en función de la gravedad y la naturaleza del delito. Algunos graves sucesos protagonizados recientemente por menores de 18 años han planteado problemas de orden social en relación con la aplicación de la Ley, y hay que hacer hincapié en que, a pesar de la positiva finalidad de la misma, ésta debía haber ido acompañada de un sistema de infraestructura adecuado (44).

Otra novedad del CP 1995 es el tratamiento de los delitos de comisión por omisión. En los Códigos penales anteriores no existía un precepto general que previese tales conductas.

Sabido es que la ciencia penal dominante distingue los delitos de omisión propia y omisión impropia, llamados también de comisión por omisión. Los primeros se agotan en la no realización de una acción exigida por la ley, v.g., omisión del deber de socorro (arts. 195-196 del CP 1995), omisión de perseguir delitos (art. 407) y de auxilio (art. 412). En los segundos (de omisión impropia) se impone al autor (*garante*) el deber de evitar un resultado tipificado en la Ley (el guardagujas que conscientemente deja de cambiar las agujas y produce el accidente de ferrocarril y la muerte o lesiones de varias personas). En este caso se imputa al garante (guardagujas) la producción del resultado lesivo por omisión igual que si lo hubiera causado por una acción. El artículo 11 del CP 1995 equipara la acción a la omisión cuando exista una especial obligación legal o contractual de actuar o cuando el autor haya creado una situación de riesgo (*teoría de la injerencia*). El problema radica en cuándo puede afirmarse que existe una posición de garante: El CP 1995 sigue aquí la vieja teoría formal del deber jurídico de un

(44) Confr. MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, cit., pp. 416-417. Vid. Texto completo de la Ley en *Código Penal*, 6.ª edic. actualizada, apartado 8, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 555 ss.

Se hacía, sin duda, necesaria la cracción de un Derecho penal juvenil al modo, v.g., de la *Jungerichtsgesetz* (JGG) –Ley de Tribunales de la juventud de 1974 alemana–, tarea, sin duda, loable, pero que debe ir unida a la creación de una infraestructura de los Centros de cumplimiento de las medidas y sanciones a menores y, muy esencialmente, de personal idóneo para el cumplimiento de la Ley (Cf. CEREZO MIR, J. *Curso de DP, PG*, cit., 5.ª ed., p. 145).

lado y la de la injerencia o del actuar precedente, de otro. Pero no basta que exista el deber formal, pues una cosa es que el deber exista y otra muy distinta la imputación del resultado. De otro lado, la actuación precedente no es aplicable en determinados casos, v.g., el sujeto que conduciendo prudentemente atropella a quien voluntariamente se coloca ante las ruedas del coche, y huye posteriormente (45). Las posiciones anteriores, mantenidas por el CP 1995 han sido sometidas últimamente al fuego cruzado de la crítica, sustituyéndolas por otros criterios más modernos y en los que desempeña un papel importante la creación o aumento de riesgo atribuible a su autor y no, por ejemplo, a la víctima, y que aquél no sólo sea ajeno al peligro, sino que sea responsable del mismo y quede éste bajo su control. No, v.g., cuando la víctima pueda ser socorrida por otras personas. Debe haber, por tanto, una dependencia personal del bien jurídico protegido —como la vida o la integridad corporal— respecto del causante del peligro (46).

Quizás hubiera sido preferible una disposición genérica, análoga a la que establece el artículo 13 del Código Penal alemán (*StGB*), donde se dispone que «el que omite evitar un resultado previsto en el tipo penal, no será punible más que si está legalmente obligado a evitar la realización de ese resultado y si la omisión equivale a la acción». Sería, por tanto, la doctrina científica la que debería precisar los supuestos en que el especial deber de evitar el resultado lesivo habría de atribuirse al autor omitente (47).

No se especifica siquiera, a pesar de que el CP 1995 parece adoptarla —al menos parcialmente— la discutible tesis de la injerencia, la po-

(45) Cf. MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, cit., p. 269.

(46) Vid. KAUFMANN, A., *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Gottingen, 1959, pp. 283 ss.; ídem *Unterlassung und Vorsatz, Festschrift für H. von Weber*, 1963, pp. 207 ss.; ESER, A., *Strafrecht, II*, 2.^a ed., 1976 (*Zur Studienkurs*) núm. 25, A 49 ss.; WESSEL, J., *Derecho penal, Parte General*, trad. C. A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 213 ss. Vid. también BACIGALUPO, E., *Delitos improprios de omisión*, Temis, Bogotá, 1983, pp. 143 ss.

(47) Vid. MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte General*, cit., p. 256.; TORÍO LÓPEZ, A., «Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión», en *ADPCP*, 1984, p. 703. Vid. Además, GIMBERNAT ORDEIG, E., «Causalidad, omisión e imprudencia», en *ADPCP*, 1994, III, pp. 25 ss.; ídem, críticamente al CP de 1995, el mismo autor, «Prólogo...», cit., pp. 25-26, donde pone de relieve que «según la voluntad objetiva de la Ley y conforme a una interpretación integradora y conjunta de todo el CP, el criterio de la posición de garante ni es decisivo, ni tampoco exclusivo...», Sobre el problema, Vid. Sobre todo SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.

Sobre la problemática de la omisión, Vid. también, SERRANO PIEDECASAS-FERNÁNDEZ, J. R., «Crítica formal del concepto de omisión», en *ADPCP*, III, 1993, pp. 981 ss.

sibilidad de atenuación de la pena, como ocurre en otras legislaciones, ya que el contenido de culpabilidad es normalmente superior al del hacer positivo, pues requiere mayor energía criminal llevar a la práctica mediante una acción activa la resolución de delinquir (48).

III

En relación a los delitos en particular, el CP 1995, siguiendo la pauta de los Proyectos de 1980 y 1992, comienza por los delitos contra la vida, como máximo bien jurídico de la persona, tipificando después todos aquellos hechos punibles que tienen por objeto bienes jurídicos fundamentales de naturaleza individual, y posteriormente trata los delitos contra la colectividad (sociedad, Estado y comunidad internacional); lo cual no significa que el legislador haya dado una mayor importancia a los bienes jurídicos individuales que a los colectivos, sino que las figuras más simples deben preceder a las más complejas para una mejor comprensión de estas últimas (49).

En los delitos contra la vida y la integridad física, que analiza el Libro II, desaparece la específica incriminación del parricidio e infanticidio, sin duda, formas agravadas o atenuadas del homicidio y donde puede y debe operar —en su caso— la circunstancia mixta de parentesco. No me parece, sin embargo, convincente la desaparición de la premeditación en el asesinato, no obstante las críticas de un sector doctrinal a esta agravante, si se demuestra una mayor reprochabilidad del autor (50).

Destaca también como novedoso en relación al homicidio consentido, el reconocimiento de la eutanasia activa directa. El legislador establece un tipo privilegiado en el supuesto de muerte a petición de la víctima en casos extremos (enfermos sin curación presa de padecimientos insufribles) y que exigen un tratamiento penal muy atenuado (penas inferiores en uno o dos grados a las de cooperación en el suici-

(48) Vid. § 13 StGB; Confr. JESCHECK, H. H., *Derecho penal*, II, cit., p. 389.

(49) Vid. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, cit., p. 168-169 y Adic. Éste es el sistema seguido por la mayoría de los Códigos Penales europeos, v.g., el alemán, austriaco y suizo entre otros.

(50) Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal*, cit., p. 141. Vid. también DIEZ RIPOLLÉS, J. L. Y GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 120, sostienen que la premeditación debe mantenerse como agravante de apreciación facultativa cuando revele una mayor reprochabilidad.

dio o ejecución de la muerte) (art. 143.4 CP 1995) (51). Se trata, por tanto, de una fórmula –la recogida en el CP 1995– moderada, equilibrada y no despenalizadora.

No se parece muy acertada la desaparición en el CP 1995 de las causas exculpatorias de la interrupción consentida del embarazo –dejando sin embargo vigente en este punto el antiguo CP (art. 417 *bis*)– que el CP derogado había regulado para adecuarlas a la Sentencia del TC de 11 de abril de 1985 (52). Parece más lógico que la ley punitiva fundamental regule los supuestos de despenalización por motivos terapéuticos (peligro para la salud física o psíquica de la madre), éticos (violación) y eugenésicos (graves taras físicas o psíquicas para el feto). El sistema fue seguido por el PCP de 1992, que incluía, además, entre las indicaciones por motivación ética, la inseminación artificial no consentida (art. 153).

En realidad, las indicaciones despenalizadoras del aborto abordan casos límite, fórmulas más o menos amplias con base en el estado de necesidad (conflicto de intereses) y que el CP anterior recogía, añadiendo determinadas garantías señaladas en la referida Sentencia del TC (53).

Persiste dentro del CP 1995, lógicamente, la punición del aborto no consentido por la mujer, o consentido por ésta fuera de los casos permitidos por la ley con punición optativa entre prisión o multa para la mujer. Me inclino en este caso por la última opción. Finalmente, al

(51) De lo cual se deduce la práctica impunidad de la eutanasia pasiva, de la indirecta y la ortotanasia (desconexión de la máquina que mantiene con vida al enfermo). Cf. GARCÍA VALDÉS, C., *El proyecto de nuevo Código Penal de 1992*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 20-22. ROMEO CASABONA, C. M.², «La eutanasia en el Derecho comparado y en el Código Penal español», en *Eutanasia hoy, un debate abierto* (S. Urraca, ed.), Ed. Noesis, Madrid, 1996, p. 234, califica de acertado el planteamiento del CP 1995, y pone énfasis en que el fundamento de la atenuación para la figura de la eutanasia radica en el consentimiento –menor reproche a la culpabilidad del autor– junto con el móvil altruista de la acción, con lo que la figura *atenuadísima* sólo se daría si los elementos objetivos concurren junto a los subjetivos.

Formulaciones análogas a la del CP 1995 aparecen en los principales Códigos penales europeos, v.g. Código Penal alemán (§ 216 *StGB*), austriaco (§ 77 *StGB*), suizo (§ 114 *StGB*) o portugués (art. 134 CP).

(52) Permanece así el artículo 145 del CP 1995 como una especie de ley penal en blanco. Parece que los casos permitidos por la ley a que se refiere el citado artículo, siguen siendo los del artículo 417 *bis* del CP derogado que a estos efectos sigue vigente. Cf. SERRANO PASCUAL, M., *Comentarios...*, cit., p. 124. Ídem MANZANARES, J. J. y CREMADES, J., *Comentarios...*, cit., p. 64.

(53) *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C., *Ob. cit.*, p. 23, sobre el conflicto de intereses y análisis de la STC de 15 de abril de 1985. *Vid.* NÚÑEZ BARBERO, R., «Significación trascendencia actual del sistema romano de la “portio mulieris” en el aborto consentido», en *ADPCP*, Tomo XLIII, 1990, pp. 126-127 y 136 ss.

desaparecer la punición genérica del delito de imprudencia, se sanciona a quien imprudentemente cause un aborto, pero no a la mujer embarazada cuya conducta imprudente no es punible, lo cual me parece acertado.

Las lesiones habían sido ya actualizadas en la reforma de 1989. Parece que una nueva reforma no tendría mucho sentido sin que las circunstancias hubieran variado de forma importante, lo que no parece haya sucedido (54). A pesar de todo, el CP 1995 ha modificado —si no sustancialmente, sí de forma importante— algunas tipologías, realizando ampliaciones o suprimiendo conductas o palabras que no sólo no aclaran, sino que pueden producir confusión al intérprete, v.g., las «mutilaciones», que —en algunos casos— parece sustituir por el término «pérdida», o incluir dentro de las «inutilizaciones» en otros. Se atenúan, además, las lesiones consentidas y se amplían algunas conductas por la necesidad de incluir los actos preparatorios y las lesiones imprudentes, así como un mayor arbitrio del juez a la hora de optar por la sanción aplicable. De todos modos, aparte de la inclusión de las lesiones consentidas e imprudentes, así como de los actos preparatorios de manera específica, no me parece que fuese tan necesaria la reforma en este punto, y no es extraño que un sector autorizado de la doctrina acuse al legislador de «*penelopismo*» legislativo (tejer y destejer), lo que incide de modo negativo para la seguridad jurídica del ciudadano (55).

En cambio, se incluyen las lesiones graves producidas en el feto y se exonera de pena a la embarazada cuando aquellas son producidas imprudentemente por ésta (art. 158 del CP 1995) (56). Es también

(54) Vid. BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 93 ss. Vid. además, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 87 ss. p. 118; y PÉREZ ALONSO, E., «El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma», *ADPCP*, 1990, pp. 609 ss.

(55) Vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo...», cit., p. 40. También Vid. Exposición de motivos PCP de 1992, cit., p. 9.

La relevancia del consentimiento en el CP no supone, sin embargo que pueda ser causa de justificación. El consentimiento determina únicamente una atenuación de la pena salvo excepciones como son los supuestos de trasplantes de órganos, esterilización o cirugía transexual. Vid. CARBONELL MATEU, J. C.-PRATS CANUT, J. M., *Observaciones generales sobre el CP de 1995*, cit, pp. 78-79; ídem. CEREZO MIR, J., *Curso de DP*, cit., pp. 142-143, quien parte del principio opuesto: relevancia del consentimiento en las lesiones, salvo que éstas fueran ético-socialmente reprobables.

Vid., sobre el tema del consentimiento, esencialmente: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «El consentimiento en las lesiones, veinte años después», en *Libro homenaje al Prof. Barbero Santos*, en prensa.

(56) CUERDA RIEZU, A., «Nuevas técnicas genéticas y derecho penal», *ADPCP*, 1988, p. 712, señala la importancia de la salud en las distintas etapas del desarrollo

novedad la inclusión de los delitos relativos a la manipulación genética con diversos fines (arts.159-162), v.g., la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, lo que me parece, en principio positivo, por su repercusión ético-social y su trascendencia negativa en un futuro próximo, dadas las posibilidades de abuso (57).

La imprecisión del legislador en relación a la protección de las víctimas de malos tratos con la finalidad de evitar tales ataques contra la integridad corporal y que, en un número importante de casos, han supuesto incluso la pérdida de la vida, ha obligado a la modificación de determinados artículos del CP y de la LECr que han tratado de subsanar la laguna legal; aunque, a mi juicio, de modo insuficiente dada la proliferación progresiva de tales conductas en la actualidad y su indudable repercusión social.

Así, v.g., el artículo 153 del CP sanciona a quien habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o quien haya estado ligado a él de forma estable por análoga relación de afectividad (58).

Respecto de los delitos contra la libertad sexual se emplea de manera amplia y confusa el término «agresión sexual» para incluir diversas conductas, desnaturalizando, además, el tradicional concepto de violación y rebajando las penas respecto de supuestos sancionados con mayor gravedad en el CP anterior, en un momento en que, dada la actual repercusión social de estos delitos, tal rebaja ha de ser vista de modo negativo por la colectividad (59). De otro lado, dentro de los

genético, ya que una lesión al ser engendrado puede permanecer en el parto y persistir desde entonces, siendo necesaria, por lo tanto, la previsión de un delito que prohibiera las lesiones en un ser engendrado y no nacido, al menos para los casos de las lesiones dolosas. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *ob. cit.*, pp. 28-29.

(57) Vid. ESER, A., «Genética humana desde la perspectiva del derecho alemán», *ADPCP*, 1985, pp. 347 ss. y p. 362. El artículo 169 sanciona la inseminación artificial no consentida sin definirla, por lo que se deduce que el tipo prevé cualquier método por el cual aquella se realice artificialmente en el cuerpo de una mujer. Cf. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código Penal...*, cit., p. 162.

(58) Vid. Artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 153, 617 y 620 CP modificados por LO 14/1999 de 9 de junio.

(59) El Capítulo I del Título VIII del CP 1995 recoge dos tipos básicos de agresión sexual propiamente dicha caracterizada por la violencia e intimidación (art. 178) y la antigua violación propia (existiendo también violencia e intimidación) a la que se equiparan las agresiones sexuales que consisten en la introducción de objetos (art. 179) y un tipo cualificado por determinadas circunstancias (art. 180). El término violación, de arraigo secular en nuestra legislación, clarificado por la doctrina y la jurisprudencia, ha desaparecido inexplicablemente de nuestro derecho punitivo, que también disminuye la pena correspondiente a la violación (acceso carnal o penetración bucal o anal) respecto del CP anterior. Vid. SERRANO PASCUAL, *Comentarios...*, cit., p. 145.

tipos agravados hay conductas dispares y confusas, tanto en relación a los medios como a las personas y relación de parentesco o tipos abiertos, como cuando la «violencia o la intimidación tengan un carácter degradante o vejatorio (art. 180.1), de muy difícil prueba e interpretación». Tampoco se alude, en el caso de la agresión sexual, a los menores de doce años de manera expresa para las formas agravadas, y sí, en cambio, en las conductas relativas a abusos sexuales.

Debe recalcar además que la sustitución de la pena privativa de libertad por multa —en el caso de abusos sexuales semejantes al estupro— parece menor para mayores de doce años, salvo acceso carnal o penetración de otro tipo (agresión sexual), resultando —a mi juicio— excesivamente atenuatorio y en gran parte de los casos en desacuerdo con el principio de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y su sanción (arts. 181 a 183 del CP 1995). Sin duda existe diferencia entre un adulto y un niño de trece años que queda «cuasi» desprotegido por la disposición referida. Pensemos, por ejemplo, en el caso en el que el autor realice el delito prevaliéndose de superioridad manifiesta (art. 181.3 del CP 1995). Si bien hay que reseñar que la Reforma de la Ley Orgánica 11/1999 de 30 de abril ha subsanado en buena parte tal anomalía legislativa al proteger más adecuadamente tales supuestos.

En el CP derogado se sancionaban los ataques sexuales consentidos contra los menores de doce años y, por tanto, los abusos sexuales cometidos sobre menores de trece años y menores de doce quedaban impunes, acudiéndose por los Tribunales en estos casos al tipo de corrupción de menores, quienes quedaron desprotegidos al suprimirse inadecuadamente este delito en el texto de nuestro actual Código. La nueva LO del 99 parece, como señalé anteriormente, haber subsanado algunos la laguna legal, al sancionar tales supuestos con la pena de prisión de tres años, pudiendo llegar hasta los diez en el caso de que tal agresión conlleve el acceso carnal (60).

Finalmente, el delito de acoso sexual, en el que el legislador parece haber querido abarcar todos los supuestos posibles extendiendo exageradamente el tipo, debe ser mirado con cautela, no sólo por las dificultades probatorias, sino por la posibilidad de abusos en el futuro, para buena parte de los casos (61).

(60) *Vid.* artículos 181.2 y 180.1, 3.º y 4.º, en relación con el artículo 179 CP, tras la Reforma de la LO de 30 de abril de 1999.

(61) En la legislación anterior sólo estaba prescrito respecto de funcionarios, ahora se regula de forma general (solicitud, prevalimiento y amenaza). Además, en los Capítulos IV y V se elimina el exhibicionismo ante mayores de edad y se sancionan las conductas relativas a pornografía y la utilización de menores con miras pornográficas.

También aquí, con mayor razón que en los delitos de lesiones, una buena parte de la doctrina científica acusa al legislador de 1995 de ese llamado «penelopismo» legislativo. La reforma legislativa de 1989 había introducido un régimen penal totalmente distinto al que hasta entonces había estado en vigor, y sólo seis años después el legislador decide dar un tratamiento sustancialmente diverso, cambiando los criterios básicos que habían informado la reforma de 1989 (62).

Señalar finalmente que la Ley de 1999 tipifica la comercialización de la pornografía infantil tan tristemente de moda en nuestros días; nuevo fenómeno delictivo y que el legislador de 1995 no previó o no supo abordar en la redacción del CP. La reciente reforma, al modificar la legislación actual, protegiendo la indemnidad y dignidad de los niños, contribuye a evitar la expansión de la moderna y degradante industria en este campo, generadora además de pingües y repugnantes beneficios económicos (63).

Dentro de los delitos contra la libertad (Título VI), el secuestro aparece como una forma agravada de detención ilegal, dada la insuficiencia de aquél para captar determinadas acciones, lo que me parece positivo, como también la atenuación de la pena respecto del CP anterior en el caso de quien no da razón del paradero del detenido o secuestrado, pero el tipo, aunque atenuado respecto de la legislación anterior, no deja de constituir un vestigio de responsabilidad objetiva. Pensemos que se castiga —o puede castigarse— con la misma pena que el homicidio, y no deja de tratarse de una presunción que puede ser destruida por la prueba en contrario de la aparición del secuestrado, presuntamente desaparecido, cuando el autor del secuestro haya sido ya condenado.

El delito de chantaje sigue formando parte del delito de amenazas condicionales; si bien de manera específica, y excesivamente amplificada, el legislador ha considerado prevalente el ataque a la libertad sobre el ataque al patrimonio en aquellos casos en los que el que amenaza exige una cantidad de dinero o recompensa (art. 171.2 y 3 del CP 1995), parece acertada la atenuación para el amenazado de denuncia por la presunta comisión de un delito (64).

(62) Cf. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo...», cit., pp. 40-41, quien ve además graves inconvenientes a la hora de aplicar estos preceptos con sustrato reciente, distinto y con posibilidad en muchos casos de llegar en casación al TS, dada la modificación de las normas procesales en la Disposición Final 1.^a del CP 1995.

(63) Vid. GIMBERNAT, «Prólogo», cit., pp. 18-19, quien considera tales delitos semejantes estructuralmente al delito de receptación, aparte del ataque brutal que supone a la libertad del niño.

(64) DíEZ RIPOLLÉS-GRACIA MARTÍN. *Delitos contra los bienes fundamentales*, cit., p. 226-227.

En el texto de 1995 la intimidad aparece por primera vez encabezando un Título del Código Penal (Título X), consecuencia del proceso de autonomía que ha experimentado este derecho que constituye uno de los fundamentos del sistema democrático. Y si bien este derecho de la personalidad puede ceder en ocasiones ante el derecho a la información por imperativo del interés público, según ha manifestado el TC, los tipos que integran el Título X del CP marcan un mínimo irreductible que es contenido del derecho a la intimidad recogido en la Constitución (art. 20.4) y que en estos casos prevalece frente a otros derechos con los que pueda colindar.

Los artículos 197 y 198 sancionan la revelación de secretos respecto de documentos personales o familiares o su apoderamiento con esa finalidad, y protege el secreto de las comunicaciones al sancionar la interceptación de telecomunicaciones y la utilización de artificios técnicos de escucha o cualquier otra señal de comunicación en defensa del derecho a la intimidad. Se cumple así el mandato constitucional, ya que la Ley Fundamental garantiza en el artículo 18.3 el secreto de las comunicaciones. Ciertamente cabe también aquí la posibilidad de que una resolución judicial restrinja este derecho, pero salvo estas excepciones, el secreto de las comunicaciones habrá de constituir un obstáculo para que puedan –en su caso– ser utilizadas como medio de prueba (65).

La actual tecnología electrónica e informática permite obtener datos e informaciones sobre las personas, lo que puede significar, si se emplea abusivamente, un grave ataque a la intimidad de aquéllas. Por ello es acertada la decisión del legislador de incluir tales conductas, por vez primera, en el CP 1995 con el fin de proteger la intimidad frente a las agresiones perpetradas mediante el empleo o manipulación abusiva de tales técnicas.

Es por tanto novedad del Título X, en el descubrimiento y revelación de secretos, la inclusión del delito informático al sancionar conductas que suponen apoderamiento, utilización, modificación o alteración de datos reservados (personales o familiares) que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos o el acceso indebido a los mismos con o sin fines lucrativos, incluyendo como sujetos pasivos a las personas jurídicas. La introducción del delito en estos supues-

(65) Vid. LUCAS MURILLO, P., «La protección de datos personales ante el uso de la informática», *RFDUC*, núm. 15, Madrid, 1990. Vid. también, ROMEO CASABONA, C., «Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías», en *Poder Judicial* núm. 31, sep. 1993, pp. 163 ss. Ídem. BUENO ARÚS, F., «El delito informático», en *Actualidad Informática Aranzadi*, abril 1994, p. 2.

tos, como en otros que afectan a distintos bienes jurídicos (patrimonio, fe pública, seguridad, etc.), me parece positivo, no tanto el abigarrado y exagerado casuismo y el afán de prever todas las posibles conductas nocivas, lo que puede producir efectos negativos en la interpretación y comprensión de algunas tipologías (66).

El CP 1995 en el artículo 199 tipifica la violación del secreto profesional, esto es, el deber de guardar silencio ante las informaciones que puedan ser calificadas de secretas o confidenciales conocidas a través del ejercicio de una profesión, cargo u oficio. Es el caso de los abogados, médicos, sacerdotes, informadores, etc. El citado artículo tiene su paralelismo en el artículo 24.2 de la CE en el que se releva de la obligación de declarar por razón de secreto profesional sobre hechos presuntamente delictivos. Tanto el secreto profesional de abogados como el de los médicos tiene el carácter de derecho/deber, mientras que el de los informadores tiene el carácter de derecho y deber sólo desde una perspectiva deontológica (67).

Es de señalar que el CP 1995, no obstante la ampliación de la protección del domicilio que realiza, no ha previsto, sin embargo, la intromisión al mismo mediante artilugios tecnológicos (teleobjetivos, grabadoras, etc.), en la que no es necesaria la entrada personal en aquél para invadir la intimidad del titular, de la misma forma que ocurre en otros ordenamientos jurídicos (68).

Los delitos contra el honor se distinguen en el CP 1995 de los delitos contra la propia imagen, tratándolos el legislador en Títulos diferentes (X y XI), y presentan un parentesco que se deduce de la propia proximidad que la tutela constitucional concede a ambos derechos fundamentales y que se ha plasmado incluso en su unificación en la vía civil a través de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, pero ello no supone que en la vía penal se una en un mismo Título la protección de bienes jurídicos que son, en gran medida, diferentes. Ciertamente la imagen puede tener un valor de uso patrimonial, pero ello no impide que prevalezca, sobre todo, el bien jurídico intimidad (69).

La verdad es que aunque en el Título X del Libro II del CP 1995 se alude, junto a los delitos contra la intimidad, al «derecho a la propia imagen» y a la «inviolabilidad del domicilio», sólo existe una referencia indirecta en el artículo 197.3 del CP 1995 que alude a la difusión,

(66) Vid. Exposición de Motivos PCP de 1992, cit., p. 10, ídem MANZANARES, J. J. y CREMADES, J., *Comentarios...*, cit., pp. 85-86.

(67) Respecto a la inviolabilidad del domicilio se tipifica el allanamiento del domicilio de las personas jurídicas.

(68) Vid. MANZANARES, J. J. y CREMADES, J., *Comentarios...*, cit., p. 91.

(69) Vid. Exposición de Motivos PCP de 1992, cit., p. 10.

revelación o cesión a terceros de datos o imágenes a que se refieren artículos anteriores, contrariamente a lo establecido por el PCP de 1992, que incorporaba un Capítulo dedicado a los «delitos contra la propia imagen», y un artículo —el 201— en el que se sancionaba al que utilizaré la imagen de otra persona sin su consentimiento con fines profesionales, comerciales o utilitarios (70).

En los delitos contra el *honor* ha sido novedad del CP 1995 el ampliar el concepto de calumnia. El artículo 205 no establece ya la exigencia de que se trate de la imputación falsa de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, basta la imputación de un delito (público o privado). Por consiguiente, la falsa imputación de una falta constituiría si acaso un delito de injurias, pero no de calumnia. El tipo se amplía también en el sentido de que no será necesario que el hecho imputado sea objetivamente falso, sino que basta un «*temerario desprecio hacia la verdad*», ya que se emplea una disyuntiva y no una copulativa. La ampliación parece tener su base en el criterio del TC de que la veracidad de la información (al ser la calumnia un claro límite al ejercicio ilegítimo de la información) va entendida más que a la exigencia de una total y objetiva exactitud de aquélla, al menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose el informador de forma negligente e irresponsable. Por tanto, la diligencia respecto de los informadores profesionales es incompatible —según el TC— con el «*temerario desprecio hacia la verdad*» a que alude el artículo 205 del CP 1995. Por ello se ha hablado de que la calumnia en el CP 1995 se configura sobre la base de la «*inveracidad subjetiva*» (71). De aquí que la *exceptio veritatis* (exención de responsabilidad por la prueba de la verdad de las imputaciones) haya de restringirse o limitarse por la necesidad de protección de la intimidad (72). En todo caso, el «*teme-*

(70) Vid. MANZANARES, J. J. y CREMADES, J., *Comentarios...*, cit., p. 78, las penas por calumnia se rebajan considerablemente respecto a las del CP derogado.

(71) Vid. BACIGALUPO ZAPATER E.

(72) La restricción de la *exceptio veritatis* en el momento actual puede explicarse desde la necesidad de proporcionar protección penal al bien jurídico «intimidad». El artículo 20.1 d. de la CE abordaba el derecho a la información y el carácter veraz del mismo, y el artículo 20.4 parece dejar resuelto el problema de la colisión de derechos estableciendo la preponderancia del derecho al honor como límite externo a la libertad de expresión, el fundamento de la preponderancia de las libertades respecto del honor y la intimidad radica en su contribución a la formación de la opinión pública como pilar de una sociedad libre y democrática (STC 104/1986). Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I, «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Especial referencia a su problemática jurídico-penal», en *ADPCP*, 1991, p. 344.

rario desprecio hacia la verdad» supone una valoración social que deberá hacer el juez con todos los inconvenientes que comportan los elementos normativos del tipo.

El delito de injurias es el que roza más a menudo con el ejercicio de la libertad de expresión, lo que ha supuesto una polémica doctrinal sobre si existe un derecho preferencial al honor o a la libertad de expresión (73). El TC ha considerado que el derecho al honor se debilita cuando sus titulares son personas que desempeñan una función pública, siendo la sujeción a la crítica un presupuesto inseparable de tal función (74). Pero esto no significa conceder vía libre a expresiones innecesarias y desorbitadas, incompatibles con la dignidad de la persona o el prestigio de las instituciones, y por supuesto, dejando el derecho a la libertad de expresión de ser preferente en el ámbito de lo privado (75).

(73) Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I, «Revisión del contenido del bien jurídico honor», en *ADPCP*, 1984, p. 305, Vid. también, BACIGALUPO ZAPATER, E., *ob. cit.*, pp. 108 ss.

Hasta la entrada en vigor de la CE de 1978 el conflicto entre libertad de expresión se resolvía en el ámbito del Derecho penal, mediante su consideración de un conflicto de «ánimos». El CP actuaba como límite a la libertad de expresión, aparte de 1978 la doctrina entendió que había que abandonar el conflicto de ánimos y acudir al conflicto de derechos (Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Los Límites...*, cit., p. 341; ídem GARCÍA PABLOS, *La tutela penal del honor y la intimidad como límite de la libertad de expresión*. Barcelona, 1984, p. 400.

(74) STC núm. 107 de 5 de junio de 1988.

(75) STC núm. 105 de 6 de junio de 1990; ídem STC núm. 214 de 11 de noviembre de 1991. Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Los límites...*, cit., p. 360, distingue tres grupos de casos de preponderancia de la libertad de expresión: 1.º afirmaciones de hechos que —al ser ciertos— no afectan a la intimidad, o ante valoraciones que en la consideración social no se refutan lesivas al honor. No hay lesión del bien jurídico. 2.º Supuestos de *exceptio veritatis* en que hay ausencia de tipo. 3.º Supuestos veraces en que se contribuye a la formación de la opinión pública, se respeta el principio de proporcionalidad y se aplica la eximente 11 del artículo 8.º del anterior CP (hoy art. 20 núm. 7 CP 1995).

Fuera de estos casos la solución del conflicto estará a favor de la intimidad y el honor, y nos encontraremos en el campo penal siempre —claro está— que concurra el *animus iniuriandi*. La ausencia del mismo excluye el tipo penal sin perjuicio de la responsabilidad civil.

COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 656, opinan, sin embargo, que la *exceptio* ni excluye ni niega la tipicidad o la antijuricidad, y es una técnica de devolución del conflicto entre libertad de expresión y honor, aunque después afirman que el conflicto se resuelve aplicando la causa de tipificación núm. 11 del artículo 8 del CP derogado (art. 20, núm. 7 CP 1995). Pero si las causas de justificación excluyen la antijuricidad parece existir cierta contradicción.

El legislador sintetiza y limita este delito calificando únicamente de delictivas aquellas acciones o expresiones atentatorias a la dignidad de la persona que sean tenidas en el concepto público por graves, valoración que habrá de hacer el juzgador. Además, las imputaciones sólo se consideran graves si se hacen con conocimiento de su falsedad, equiparándose por tanto, en este punto, injuria y calumnia, si bien se diferencian en orden a la aplicación de la pena, que en la primera es de multa y en la segunda de prisión o multa, de forma optativa, si se propaga publicitariamente.

Coincido con Gimbernat (76) al resaltar las consecuencias negativas de que las injurias tengan hoy como elemento del tipo la falsedad de los hechos imputados, lo que podría suponer que el artículo 208.3 del CP resultara una carta blanca para que se pueda atacar impunemente la intimidad de los ciudadanos, ya que si el hecho imputado es cierto, no constituiría delito de injurias; y, no siendo cierto, habría que demostrarlo *a posteriori* en un futuro y degradante procedimiento penal, lo que lo hace además inviable.

La retractación atenúa la pena, aun en contra de la opinión del ofendido, lo que parece —cuando menos— discutible. Por otro lado, si la injuria es un delito meramente circunstancial, la mayor dignidad del deshonrado debería influir en su gravedad (77). Pero tal circunstancia no ha sido considerada por el legislador, como sería lógico, máxime habiendo desaparecido tanto el desacato (calumnias, injurias o amenazas contra autoridades o funcionarios públicos) como la circunstancia agravante de desprecio a la dignidad del ofendido (agravante núm. 16 del artículo 10 del CP derogado). No obstante, la calumnia e injurias cualificadas reaparecen cuando el sujeto pasivo es el Rey, la familia real, el Gobierno, CGPJ, TS, TC o Gobierno de las CC.AA., sin que se admita la *exceptio veritatis*. Se trata aquí de un interés de la comunidad, la seguridad del Estado y el prestigio de las instituciones democráticas, que aparecen, según el TC, como límite a las libertades de expresión o información, aunque en algún caso la amplitud de la pro-

(76) GIMBERNAT, *Prólogo...*, cit., pp. 22-23.

(77) Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal, Parte Especial*, cit., pp. 1035 ss.

El CP 1995 abandona —debido a la presión de los medios informativos de opinión— la tipificación del delito de difamación que había prevalecido en el Anteproyecto de 1992 y que hoy sólo puede considerarse difuminado, como en el CP anterior, en el delito de injuria. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *El Proyecto...*, cit., p. 38, quien pone de relieve la existencia y precisión de la difamación en el Derecho comparado con independencia de los delitos de calumnia e injuria. Vid. además, MANZANARES y CREMADES, *Comentarios...*, cit., pp. 105 y 107.

tección resulte excesiva. Son, por tanto, delitos que, dentro del CP 1995, se encuadran dentro de los delitos contra la Constitución (Título XXI, artículos 490, 3 y 504) (78).

En cuanto a la *exceptio veritatis* en la injuria, se limita a las imputaciones a funcionarios en el ejercicio de su cargo, pero éstas habrán de referirse a hechos y no a juicios de valor, que difícilmente pueden ser susceptibles de prueba y quedan por tanto fuera de tal *exceptio veritatis* (79).

Por último, es novedad también, dentro de los delitos contra el honor, la tipificación de la responsabilidad civil solidaria, en la calumnia e injuria propagadas a través de los medios de información y de las personas físicas o jurídicas propietarias de aquéllos, y destaca además la incorporación de una sanción de inhabilitación profesional por tiempo de seis meses a dos años, siempre que medie precio (art. 213).

Me parece acertada la creación del Título XII dedicado a los «delitos contra las relaciones familiares», que la doctrina viene reclamando desde hace años (80), ya que la familia es un bien jurídico necesitado de protección frente a los ataques de terceros y donde la bigamia y los matrimonios ilegales o la suposición de parto tengan cabida junto al abandono de familia ubicado hasta ahora inadecuadamente dentro de los delitos contra la libertad y seguridad. El legislador centra su intervención en el cumplimiento de los deberes de asistencia a los familiares con especial referencia a menores e incapaces, lo cual me parece igualmente positivo (81).

(78) Vid. STC núm. 51/1985 de 10 de abril.

(79) Afirma, con razón, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Los límites...*, cit., p. 346, que no siempre resulta claro en la práctica saber cuándo se está ante la afirmación de los hechos o la exteriorización de opiniones, pues de hecho las afirmaciones suelen ir acompañadas de la valoración de los mismos y los juicios de afirmación presuponen hechos. Dificultad que se acrecienta para los que propugnan que sólo la libertad de información contribuye a la formación de la opinión pública.

(80) Vid. DIEGO DÍAZ SANTOS, R., *Delitos contra la familia*, Madrid, 1974; TERRADILLOS BASOCO, J., *El delito de celebración de matrimonios ilegales y la reforma del Código Civil en materia matrimonial*, Madrid, 1982; BELLO LADROVE, F., *Los delitos contra la familia*, Madrid, 1978. En el Título XII (Delitos contra las relaciones familiares) se protege una pluralidad de bienes jurídicos conectados por una relación base que es la familia. En el 1.º Capítulo se protege el núcleo matrimonial, en el 2.º la relación paternofilial y en el 3.º se protegen ciertos derechos que tienen su causa en esa relación (Vid. SERRANO PASCUAL, en *Comentarios...*, cit., p. 167. Vid., además, Exposición de motivos del Proyecto de CP de 1992, cit., p. II). Vid. también PCP 1980, cit., Título VI.

(81) Se suprimen las formas de comisión del antiguo CP, el abandono malicioso o la conducta desordenada, ahora basta con el incumplimiento de los deberes familiares.

El Título XIII de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico es otra de las novedades del CP 1995. La polémica actual se centra en las analogías y diferencias entre delitos patrimoniales y económicos y ha de relativizarse, ya que lo patrimonial no pertenece sólo al ámbito individual, ni lo económico sólo al interés general. En los delitos patrimoniales individuales se atenta también contra bienes jurídicos de carácter colectivo (*insolvencia fraudulenta o maquinaciones para alterar el precio de las cosas*), y el llamado patrimonio individual es en la actualidad un derecho amparado constitucionalmente que se limita en razón del interés social (arts. 33, 1 y 2 de la CE).

De otro lado, dentro de los delitos socioeconómicos, si bien algunos implican primordialmente agresiones al orden socioeconómico (como los relativos al mercado y a los consumidores o el blanqueo de dinero), otros como las infracciones contra la propiedad intelectual o industrial, o incluso las prácticas abusivas contra el libre mercado acaban incidiendo en el patrimonio individual, participando, por tanto, de naturaleza mixta. Quizás por la interferencias entre unos y otros delitos, el legislador no ha establecido una separación tajante en Títulos distintos de los delitos patrimoniales y los económicos, tal vez no imprescindible, aunque entre ellos existan diferencias significativas. Por consiguiente, la teórica distinción entre lo individual (patrimonial) y lo comunitario (económico) habrá de mantenerse con reservas (82).

Respecto del contenido del amplio Título XIII me parece acertada la supresión de las figuras complejas del robo con homicidio, violación o lesiones mantenida por la legislación anterior, que se han de resolver ahora a través de las normas generales del concurso de delitos; también la consideración de la extorsión como delito autónomo, que requiere el ánimo de lucro y la violencia e intimidación, si bien aquella no abarca plenamente las conductas de chantaje, como en otros países europeos, que en nuestro Derecho continúan todavía ubicándose dentro del delito de amenazas condicionales del artículo 169.

(82) Vid. Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., pp. 12-13; Ídem PCP 1980, cit., Título VIII; Ídem. SERRANO MARTÍN, *Código Penal*, cit., p. 175. Sobre el problema Vid. TIEDEMANN K., «Delitos contra el orden socioeconómico», en *La Reforma penal*, Madrid, 1982, pp. 161 ss. Vid. además BARBERO SANTOS, M., «Los delitos contra el orden socioeconómico», en *La Reforma penal*, Madrid, 1982, pp. 143 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el Patrimonio en el PCP de 1980* (Títulos VIII y V), en *ADPCP*, 1980, pp. 467 ss. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *Delitos contra la propiedad y el patrimonio*, Akal, 1988, pp. 1-18. Vid. también BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal*, Parte especial, II, 1987. Vid. también FERRÉ OLIVÉ, J. C., *El delito contable*, Praxis, Barcelona, 1987.

Es acertada la consideración como llaves falsas de las tarjetas magnéticas de crédito y mandos de apertura a distancia, lo que impedirá en el futuro la impunidad de conductas que no podrían tipificarse como robo, aunque los medios empleados sean análogos y respondan a la misma finalidad (83).

La punición del hurto de uso (antes sólo limitada a los vehículos de motor) es de alabar, aunque se limite a la de cualquier equipo terminal de comunicación y a las «defraudaciones de fluido eléctrico y análogos».

También novedad del CP 1995 es la consideración como usurpación de la ocupación de un inmueble o vivienda ajenos que no constituyan morada, que se sanciona con multa. Aparte de la amplitud con que se configura este tipo delictivo, la solución de la vía penal no parece plenamente convincente (84).

Cuando se utiliza abusivamente la tecnología informática, como medio para defraudar, v.g., las transferencias fraudulentas de fondos y la utilización abusiva de tarjetas de crédito, las conductas son difícilmente subsumibles dentro de los delitos patrimoniales y especialmente dentro del delito tipo: *la estafa* (núm. 1 del artículo 248 CP 1995). Por ello el legislador de 1995 ha establecido, junto al tipo básico de estafa del núm. 1 del artículo 248, una figura especial en la que sanciona como estafa la manipulación de la técnica informática para obtener, sin consentimiento del perjudicado, cualquier activo patrimonial. Se trata, por consiguiente, de una estafa impropia (art. 248.2), de una figura especial creada por el legislador ante la insuficiencia del tipo tradicional de estafa y en la que no son ya necesarios los elementos típicos del engaño, error, nexo psicológico y relación causal entre éstos y el acto dispositivo que ocasiona el perjuicio (85).

(83) Sobre la polémica doctrinal precedente a la vigencia del CP 1995 en torno a las tarjetas magnéticas de crédito y origen de la reforma *Vid.* BACIGALUPO ZAPATER, E., «Utilización abusiva de cajeros automáticos por terceros no autorizados», en *PJ* núm. esp., Madrid, 1989, pp. 85 ss. y *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, Akal, Madrid, 1991, pp. 170 ss. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual...*, cit., pp. 187 ss.; BUENO ARÚS, *El delito informático*, cit., pp. 12 ss. *Vid.* también, ROMEO CASONA, C., «Delitos cometidos con la utilización de tarjetas de crédito, en especial en cajeros automáticos», en *PJ*, núm. esp., pp. 109 ss.

(84) El caso de los llamados «okupas» es un hecho relativamente frecuente hoy, dadas las dificultades existentes para acceder a una vivienda, si bien la sanción penal está solamente limitada a la multa.

(85) *Vid.* SERRANO MARTÍN, M., *Código Penal*, cit., p. 183. ANTÓN ONECA, J., «Las estafas y otros engaños», en *Enciclopedia Jurídica SEIX*, Tomo IX, Barcelona, 1958, pp. 24 ss. En realidad el artículo 248.2 del CP 1995 parece que ha de considerarse una tipología especial de estafa o una estafa impropia, una versión mutilada de

En realidad, el problema de las manipulaciones informáticas fraudulentas adquiere cada día mayor gravedad no sólo en el ámbito de lo patrimonial, que se centra especialmente en la estafa, sino también en relación a otros bienes jurídicos; afecta, por ejemplo, a la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos), a la fe pública (falsedades), defraudaciones a la Hacienda Pública, a la Seguridad Social o a la Defensa nacional (revelación, falseamiento o inutilización de información legalmente calificada como reservada o secreta) (86).

Pero el legislador de 1995 no sólo ha tenido en cuenta las conductas realizadas mediante manipulaciones informáticas contra diversos bienes jurídicos, especialmente patrimoniales, sino aquellas que son empleadas contra los propios medios, esto es, sobre el propio sistema informático (sabotaje, daños, espionaje informático, copia de datos o programas con o sin destrucción de los mismos, ataques al «software»...). Así, por ejemplo, en el hurto de uso de tiempo (art. 256 CP 1995) y en los daños agravados del núm. 5 del artículo 264 (destrucción o alteración de datos, documentos o programas electrónicos); lo cual supone un indudable avance sobre la legislación anterior.

Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial se sitúan junto a los delitos relativos al mercado y consumidores (Capítulo XI

la «Computer betung» del Derecho alemán introducida en el § 263 a. del StGB por la «Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität» (2 WikG) (2.ª Ley para la lucha contra la criminalidad económica), dadas las dificultades doctrinales y jurisprudenciales para aplicar el delito de estafa del núm. 1 del artículo 248 a las manipulaciones informáticas (Vid. BACIGALUPO, E., «Estafa de abuso de crédito», en *La Ley*, vol. 3, 1983, p. 998; ROMEO CASABONA, C., *La utilización abusiva de tarjetas de crédito*, cit., pp. 1835-1837). El padre de la definición de estafa del núm. 1 del artículo 248, ANTON ONECA, *Las estafas y otros engaños*, cit., p. 66. niega la tipicidad por falta de engaño en relación con el uso de aparatos automáticos. La sola adición de un tipo especial de estafa como respuesta ante el fraude informático no resulta satisfactoria a GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.ª L., «Estafa informática», *CPMJ*, Madrid, 1987, p. 618, que la considera solución limitada, en lo que estamos de acuerdo, aunque no tanto en la reinterpretación que hace del núm. 1 del artículo 268 (antes art. 528 del CP derogado) contra la posición dominante en la doctrina, cuando en su, por otra parte excelente monografía, trata de justificar una interpretación de este artículo que lo haga aplicable a un núcleo importante de las defraudaciones por ordenador, lo que parece discutible desde el punto de vista del principio de legalidad y seguridad jurídica; Vid. BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual...*, II, cit., pp. 170 y 175. Cuestión distinta es que la posibilidad de separar el fraude informático no se agote en el delito de estafa, y es político-criminalmente deseable que el legislador contemple otras conductas realizadas mediante el abuso de medios informáticos, especialmente los delitos económicos (Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.ª L., *ob. cit.*, p. 620), lo que en gran parte ha sido ya considerado en el CP 1995 en relación a la protección de los diferentes bienes jurídicos. Vid. SERRANO MARTÍN, M.-VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Nuevo Código Penal*, cit., p. 371. (86) Vid. GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.ª L., *ob. cit.*, p. 659.

del Título XIII). En los primeros, modificados ya por la reforma de 1989 se sancionan ahora las conductas de reproducción o plagio de obras literarias o artísticas realizadas con ánimo de lucro y fijadas en soportes informáticos o realizadas contra dispositivos protectores de ordenadores. La informática vuelve a estar presente en la configuración de estas figuras delictivas, mientras que en los delitos contra la propiedad industrial, la Ley de Patentes de 1986 veta la protección del «*software*», elemento lógico e intelectual del ordenador, excluyéndolo de la posibilidad de ser patentado al no ser considerado producto industrial. Tanto en estos delitos como en los relativos al mercado y consumidores predomina el carácter económico sobre el estrictamente patrimonial, pero el legislador se limita a sancionar las infracciones más graves, que exceden de las previsiones administrativas, para no conculcar el principio de «intervención mínima» (espionaje industrial y uso de información relevante para la cotización en mercado oficial) (87).

El Capítulo dedicado a los delitos societarios es nuevo en nuestro Derecho positivo, si bien figura en los diversos proyectos anteriores (desde 1980) (88), pues no ha parecido aceptable la ampliación de figuras como la estafa, apropiación indebida o falsedades documentales, ya que tales figuras no son siempre aplicables a las prácticas fraudulentas que pueden producirse en una sociedad mercantil, como son el falseamiento de cuentas para perjudicar a la sociedad, a los socios o a terceros, o la imposición maliciosa de acuerdos abusivos o el impedimento por parte de los administradores de la sociedad al ejercicio del derecho de información o de voto a los socios; lo que no impide el posible concurso con otro tipo de delitos cometidos por los órganos de la sociedad contra terceros, como estafas, falsedades o delitos fiscales, ya que los delitos societarios son, esencialmente, delitos cometidos entre los miembros de la sociedad, aunque puedan redundar en perjuicio de terceros (89).

Cabe señalar, sin embargo, como el caso de los delitos cometidos por medio de la informática la excesiva amplitud de los tipos y el extenso casuismo de una buena parte de estas conductas, lo cual produce

(87) Vid. Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., p., ídem ROMEO CASABONA, C., *Tendencias actuales...*, cit., p. 163 ss.

(88) Vid. TERRADILLOS BASOCO, «Delitos societarios», en *Derecho penal de la empresa*, Trota, Madrid, 1995, pp. 75 ss., ídem RODRÍGUEZ MOURULLO, «Algunas consideraciones sobre los delitos societarios», en *ADPCP*, 1984, p. 641. En relación al CP 1995, Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «Delitos societarios», en *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 1406 ss.

(89) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *El proyecto...*, cit., pp. 55-58.

cierto confusionismo en el intérprete y perplejidad para el ciudadano, lego en estas materias.

El Capítulo relativo a la receptación, ya aludida y al blanqueo de dinero ha tenido en cuenta la realidad social actual y los Tratados internacionales asumidos por España, y comprende todas aquellas conductas que incorporan al tráfico jurídico legal de bienes o dinero ilegalmente obtenidos, con lo cual la figura del viejo perista va quedando ya desplazada por la del que no simplemente adquiera, sino que convierta o transmita bienes para ocultar o encubrir su origen ilícito, con importante repercusión en los delitos relacionados con el tráfico de drogas, por lo que el legislador ha aumentado en estos casos la pena, a mi juicio, acertadamente (art. 301) (90). La excesiva amplitud e inconcreción de los tipos se hace, sin embargo, patente aquí (91).

Los delitos relativos a la ordenación del territorio y protección del patrimonio artístico y medio ambiente (el denominado «delito ecológico») tienen su origen en el Proyecto de 1980 y persisten con diversos matices en los proyectos posteriores, siendo regulados en el Título XVI. Obedecen sobre todo a una razón de índole constitucional: el artículo 45 de la CE, que declara el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo y protegerlo por parte de los organismos públicos (92).

En lo que se refiere a los delitos que afectan a la ordenación del territorio, parece que el CP 1995 parte de que el problema del urbanismo está íntimamente ligado al del medio ambiente, y castiga a quienes realicen construcciones (promotores, constructores o técnicos directo-

(90) *Vid.* Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., p. 16.

(91) Así, v.g., en el propio artículo 301, el legislador trata más bien una figura de encubrimiento en la que no existe ánimo de lucro ni exige que el delito receptado sea contra el patrimonio, y aunque el espíritu de la Ley sea sancionar el blanqueo de dinero, especialmente el procedente del narcotráfico, amplía el tipo de tal manera que rebaja el bien jurídico patrimonio que trata de proteger en el Título XIII. Cf. SERRANO MARTÍN, *Comentarios al CP*, cit., pp. 275 y 205. *Vid.* también, VIVES ANTÓN, T. S.-GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Comentarios al CP*, (Coord. Vives Antón), cit., pp. 1449 ss. En el Tit. XIV relativo a las defraudaciones a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social debe significarse que quien regularice su situación tributaria queda exonerado de responsabilidad penal, pero siempre antes de que se le haya notificado por la Audiencia Territorial el inicio de actuación (art. 305.4).

(92) El CP 1995 sanciona aquellas conductas más graves que atentan contra el derecho urbanístico y hay que acudir a las normas administrativas estatales, autonómicas o locales, especialmente es obligado el conocimiento de los planes de ordenación urbana. Son autores los promotores, constructores de empresas (art. 319) y las autoridades o funcionarios cuando realizan las conductas prevaricadoras citadas anteriormente (art. 320).

res) no autorizadas en suelos no urbanizables por su valor ecológico o especial protección. Sin embargo, y aún partiendo del punto de vista de que el legislador se limite a sancionar aquellas conductas que estime de mayor gravedad, no cabe desconocer la dificultad de deslindar entre los campos penal y administrativo y el peligro de engrosar el primero a costa del segundo con infracción del principio de *ultima ratio*.

En relación a la protección del patrimonio histórico, el CP 1995 sistematiza de modo más adecuado las conductas dañosas contra dicho patrimonio, antes desperdigadas entre las agravaciones del robo (art. 506.7), hurto (art. 516.2), daños (art. 558.5) y daños agravados (art. 563 bis a) del CP derogado, situándolos lógicamente entre los delitos relativos a la ordenación del territorio y contra el medio ambiente (93).

Así como los tipos delictivos que sancionan las construcciones ilegales o los informes favorables sobre concesión de licencias ilegales son de nueva creación en el CP 1995, los delitos relativos al medio ambiente proceden de la reforma de 1983 y tienen su precedente legislativo en el artículo 347 bis del CP anterior, aunque no se amplían los tipos delictivos y se considera, sobre todo, la finalidad de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Se desgajan, además, estos delitos de los denominados «contra la salud pública» contrariamente a lo establecido en el CP anterior (94).

De todos modos, la Ley penal en blanco está, más o menos, parcialmente presente en estas tipologías, pues no es posible prescindir de la remisión a las normas administrativas protectoras del medio ambiente. Particularmente algunas de las conductas (arts. 326 y 329) plantean la duda de si no se tratará de criminalizar infracciones admi-

(93) En los delitos contra el patrimonio histórico se trata de daños especiales por referirse a bienes de interés histórico, artístico o monumental. *Vid.* Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., pp. 14 y 15.

(94) *Vid.* Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., p. 17. El Capítulo III recoge el llamado delito ecológico sea provocado por conductas individuales o actividades industriales, ampliando los tipos y endureciendo las penas. En el Capítulo IV se incluyen los delitos de caza y pesca, lo que ha supuesto la derogación o conversión en infracciones administrativas los preceptos penales de las Leyes especiales de caza y pesca, incluyéndose la posibilidad de atenuación por reparación del daño causado, pero también una considerable agravación de la pena si se trata de espacios naturales privilegiados, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código Penal*, cit., p. 490 afirma que se trata de una disposición reiterativa que no resultará aplicable cuando la causa de agravación integre la figura (art. 67 del CP 1995). *Vid.* GARCÍA VÁLDÉS, C., *El Proyecto...*, cit., pp. 6-63; *Vid.* además, RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Delitos contra el medio ambiente», en *Comentarios a la Legislación penal; la reforma del Código Penal de 1983*, tomo V, vol. II, RDP, Madrid, 1985, p. 827 ss.

nistrativas contraviniendo así el principio de intervención mínima que informa el Derecho punitivo.

En los delitos de incendios y estragos, hasta ahora mezclados con los patrimoniales y también hasta ahora dentro de los «delitos contra la seguridad colectiva» (Título XVII) se toma en consideración, precisamente, el impacto ecológico para el suelo además del peligro para las personas, imponiéndose la pena en el primer caso (si el incendio revistiese especial gravedad) en su mitad superior y pudiendo imponerse en el segundo hasta veinte años de prisión. Motivaciones de prevención general aparecen, sin duda, en estos delitos más que el significado estrictamente patrimonial de la pérdida de la masa forestal (95).

También en este Título (aunque en Capítulo diferente) se tratan los delitos relativos al tráfico de drogas, si bien no son sólo éstos los tipificados dentro de los «delitos contra la salud pública» (96), bien jurídico que, en su totalidad, no es el que la ley pretende, al menos en lo que a la salud individual se refiere, dada la no punición del «autoconsumo». El CP 1995 ofrece, sin embargo, al delincuente drogodependiente la posibilidad de recuperación mediante medidas especiales, como el internamiento en centros de deshabitación o la sumisión a tratamiento en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario (arts. 96.2, 2.ª y 105.1 a) lo que supone la convicción, por parte

(95) Se incluyen en este Título los que antes se denominaban delitos de riesgo general que afectan a la colectividad, tipificándose tanto los de peligro abstracto como concreto. Se incluyen también los relativos a la energía nuclear (art. 341) como delito de peligro concreto, quedando lógicamente derogados los preceptos correspondientes a la Ley de Energía Nuclear (LEN), con sanciones que pueden alcanzar los veinte años; al igual que en el caso del delito de estragos o incendio cuando comporten necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas, agravándose considerablemente las penas en la concurrencia de circunstancias (superficie considerable, graves efectos erosivos, alteración de las condiciones de vida animal o vegetal, deterioro o destrucción) y especialmente si el autor actúa con ánimo de lucro. Precepto nuevo es el del artículo 355 otorgando a los jueces y tribunales la posibilidad de acordar que la calificación del suelo en las zonas afectadas no pueda modificarse en un plazo de treinta años, evitándose así la «rentabilidad» derivada de algunos incendios.

(96) Se sancionan además las conductas relacionadas con sustancias peligrosas y venta de medicamentos caducados o deteriorados, aumentándose la pena si existe peligro para la vida o salud de las personas, así como en el caso de diversas conductas que ponen en peligro la salud de los consumidores.

Las penas de los delitos relacionados con el cultivo, tráfico y elaboración de drogas se endurecen claramente, de forma particular si tenemos en cuenta la desaparición de la redención de penas por el trabajo. Vid. SERRANO MARTÍN, M., *Código Penal*, cit., pp. 229-244 y GARCÍA VALDÉS, *El proyecto...*, cit., pp. 63-69.

del legislador, de que se trata de un mal cuya propagación debe evitarse por ser criminógeno y producir la invalidez de los sujetos a quienes afecta (97). En realidad, estos delitos se mantienen esencialmente de acuerdo con la reforma de 1988 recogida por el CP anterior, y aunque algunas conductas figuran en el CP 1995 como delitos nuevos —como el blanqueo de dinero—, se agravan algunas conductas y se produce una novedad, la reducción de la pena en uno o dos grados para los llamados «*arrepentidos*» que abandonen voluntariamente su actividad delictiva y colaboren en la desarticulación de bandas o redes de distribución de droga (art. 376) (98).

No parece que sea compatible con el principio de intervención mínima la novedosa figura —contenida en el mismo Título y en el Capítulo dedicado a la seguridad del tráfico— de la expresa punición de la negativa a someterse a la prueba de la alcoholemia, castigando al infractor con la pena correspondiente al delito de desobediencia grave, lo que parece excesivo (99).

Los delitos de falsedades (Título XVIII) han sufrido considerables reducciones, particularmente por lo que se refiere a las falsedades documentales, que se simplifican excesivamente, si bien por lo que a la falsificación de moneda se refiere es de elogiar la consideración como moneda de las tarjetas y cheques de viaje, así como la disposición general que incluye los programas de ordenador entre los instrumentos destinados a cometer hechos delictivos constitutivos de falsedades. Pero en el CP 1995 resulta insuficiente la respuesta normativa ante la realidad del documento electrónico, lo que plantea problemas ante el actual apogeo de la tecnología informática. El PCP de 1992 resolvía el problema al ampliar el concepto de documento incluyendo los soportes informáticos tales como cintas magnetofónicas, cintas de vídeo o «disquetes» de ordenador. No entiendo por qué no se ha respetado el contenido del artículo 376 del PCP de 1992 en el CP 1995, pues ello repercutirá negativamente en el futuro, especialmente en cuanto a la prueba documental, por la dificultad de incluir dentro del concepto de documento los soportes informáticos, a pesar de la ampli-

(97) Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., p. 18.

(98) Se trata de una figura especial de atenuación de la pena como forma específica y privilegiada de arrepentimiento, al margen de la atenuante genérica del artículo 21, 4.º del CP 1995.

(99) El artículo 380 del CP 1995 eleva al rango de desobediencia grave la negativa, sancionando al desobediente con la pena del artículo 556 —prisión de hasta un año—, si bien pudiera ser amortiguada con la suspensión condicional de la ejecución de la pena si no se ha cometido previamente un delito doloso (*Vid.* art. 81.1 y 2 del CP 1995) sin perjuicio de posibles responsabilidades civiles.

tud de criterio que últimamente parece manifestar, en este punto, buena parte de la jurisprudencia (100).

En el Título XIX (delitos contra la Administración pública) el CP 1995 regula las conductas de infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos, antes incluidas dentro de los «delitos cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus cargos». La verdad es que este tipo de delitos había sido ya reformado por la Ley de 1991, por lo cual, aparte de la ubicación sistemática, que parece más acertada, no creo fuera necesaria la reforma, que tan sólo sintetiza lo que antes eran dos capítulos en uno, pero conservando en esencia las tipologías fundamentales e incluyendo el uso de información privilegiada, por lo que a la violación de secretos se refiere, cuando la autoridad o funcionario haga uso de aquella información para obtener un beneficio económico (arts. 418 y 443). En estos delitos se sanciona la deslealtad, sea o no en beneficio propio. La infidelidad en la custodia de documentos es un tipo delictivo en el que el funcionario falta a su deber de guardar, con el debido cuidado y vigilancia, los documentos que le son confiados a su cargo; y, en relación con la violación de secretos, merece especial atención la revelación por parte de las autoridades o funcionarios de los secretos que conozcan por razón de su oficio o cargo y no deban ser divulgados, pudiendo derivarse perjuicio público o de tercero, lo que hemos de conectar con los delitos contra la intimidad (descubrimiento y revelación de secretos de carácter personal o familiar) cuando el sujeto actúa como autoridad o funcionario que se prevale de su cargo. El problema adquiere hoy especial relevancia en relación a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, ya que la Ley de 13 de mayo de 1986 impone a éstos la obligación de guardar secreto sobre aquello que conozcan por razón del desempeño de sus funcio-

(100) El bien jurídico protegido es la fe pública; y aun cuando la posibilidad de su comisión culposa ha sido controvertida para doctrina y jurisprudencia, dicha comisión se sanciona en las falsedades documentales, lo cual es discutible (*Vid. BACIGALUPO, E., Estudios de la parte especial...*, cit., p. 331). En relación a la falsificación de moneda, el artículo 387 soluciona –sin importante debate doctrinal– la aplicación de estos delitos a casos de uso abusivo de tarjetas de crédito, pero con respecto a la falsedad documental el problema continúa siendo discutido por doctrina y jurisprudencia, ya que el CP 1995 ha hecho caso omiso del artículo 376.1 del PCP, que incorporaba una amplia definición material de documento: «todo papel o soporte material que exprese hechos o narraciones de inmediata o potencial relevancia jurídica o eficacia probatoria». La calificación de falsedad documental referida exclusivamente a la tarjeta magnética, cintas de vídeo, etc., plantea ahora serias objeciones a su consideración como documento en sentido jurídico penal. Cf. ROMEO CASABONA, C., *La utilización...*, cit., p. 1838, y *Tendencias actuales...*, cit., pp. 185-186.

nes. Existe aquí un cierto paralelismo con el secreto profesional de los periodistas, abogados, etc. (101).

Finalmente, cabe señalar también, que son razones de prevención general, dada la repercusión social de tales conductas, la que llevan al legislador a ampliar la figura del cohecho, añadiendo la aceptación de regalos por actos realizados o no, y estén o no prohibidos, variando las penas en cada caso sobre la legislación anterior, generalmente en sentido agravatorio, lo cual me parece excesivo.

La imposición de la misma pena al funcionario que se corrompe o se deja corromper que al particular que atiende la solicitud del funcionario no me parece convincente por los posibles efectos criminógenos, ya que puede transformarse el primero en encubridor forzado por el segundo. Lo cual no quiere decir que se conceda la impunidad al particular, pero sí una importante reducción de la pena, como, por otra parte, hace el legislador, aunque sólo en el caso de quienes atiendan las solicitudes de las autoridades o funcionarios, imponiendo al particular que se ha dejado corromper la pena inferior en grado, pero no al que corrompe o lo intenta, al que se impone la misma pena que al funcionario que accede a su solicitud, sancionándose, además, la tentativa con idéntica pena a la del delito consumado, todo lo cual parece discutible. Sin embargo, y quizás por evitar el encubrimiento al que aludíamos al principio, respecto del funcionario corrupto, el legislador concede aquí una especie de premio al particular que, habiendo cedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente, denuncia el hecho a la autoridad antes de la apertura del procedimiento (art. 427); la finalidad del legislador es la de facilitar la persecución de los casos especialmente graves (102).

(101) *Vid.* MANZANARES y CREMADES, *Comentarios...*, cit., p. 114.

(102) *Vid.* Exposición de motivos del PCP de 1992, p. 21. El legislador recoge en el artículo 427 una excusa absolutoria de nueva creación con la finalidad de facilitar la persecución de estos delitos.

En relación al tráfico de influencias del Capítulo IV, a diferencia del CP anterior, el delito se consuma aunque no se llegue a conseguir el beneficio económico, basta con que se intente y sea posible a partir de la influencia del autor, es un delito de consumación anticipada. Si el beneficio económico se consigue se agrava la pena. *Vid.* VIVES ANTÓN, *Comentarios...*, (coord. Vives Antón), cit.

Sin embargo, ante hechos de este tipo —como los que ocupan estos días a la prensa (caso Gil)— conviene precisar que no basta acogerse al CP 1995 para ampararse en la exención de pena contemplada en el artículo 427 del mismo, sino que se exige el cumplimiento de tres requisitos: 1.º que el soborno se haya producido a instancia del funcionario, no del particular; 2.º de forma ocasional, no reiterada y 3.º que para demostrar un auténtico arrepentimiento la denuncia se haga dentro de un plazo de diez días desde que se cometieron los hechos, y no después de varios años.

Dentro del Título XX (Delitos contra la Administración de Justicia) (103) es novedad del CP 1995 el Capítulo VII que trata de la «obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional». No existía en el anterior CP un precepto de esta naturaleza. En el artículo 463 del CP 1995 se establece el deber de comparecer ante el órgano judicial pertinente mediando citación legal. Tal obligación ligada al deber de prestar declaración en el proceso penal se establece de manera general en la LECr (arts. 410-412) y sólo es dispensable en determinadas hipótesis (arts. 416 ss. de la LECr). Por otra parte, ya el artículo 118 de la CE se refiere a la obligación de prestar a los jueces y tribunales la colaboración solicitada por éstos en la ejecución de lo resuelto. Si bien el artículo 24 de la propia CE señala que no se estará obligado a declarar contra sí mismo, ni sobre hechos presuntamente delictivos en casos de parentesco o secreto profesional. Los secretos familiar, profesional y de Estado son obstáculos admisibles respecto de los medios de prueba.

Por último, el artículo 466 protege la confidencialidad de las actuaciones judiciales declaradas secretas por la autoridad judicial ante las revelaciones que puedan realizarse por abogados, jueces, tribunales, fiscales o secretarios judiciales y demás funcionarios de la Administración de Justicia o particulares intervinientes en el proceso. Se sanciona así la violación del secreto de sumario o la publicación de sus resultados. Se trata de una excepción al principio de publicidad que preside las actuaciones judiciales. Esperemos que estas disposiciones sean efectivas y no queden convertidas en letra muerta, evitándose la filtraciones que se puedan producir y sus correspondientes consecuencias. La difusión del contenido del sumario, particularmente en cierta prensa sensacionalista, puede menoscabar el buen curso del proceso y el propio principio de *presunción de inocencia* e incluso producir una aparente alarma social sin base real (104).

Dentro de los delitos que atentan contra el sistema constitucional se sancionan, entre otros, los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos y libertades garantizados por la Constitución. Interesa como novedad aludir a las asociaciones ilícitas, dentro de

Vid. GONZÁLEZ CUSSAC y VALLDECABRES ORTIZ, «También en el infierno hay reglas», en *EL PAÍS*, 5 de julio de 1996, p. 14. Vid. además ORTS BERENGUER, E., VALEIJE ÁLVAREZ, I., *Comentarios al CP*, cit, pp. 1608 ss.

(103) Es importante constatar que entre estos delitos se tipifica el encubrimiento como delito autónomo contra la Administración de Justicia (arts. 451 a 454) y no como forma de participación; y se deja fuera del tipo delictivo el encubrimiento con ánimo de lucro que se tipifica como receptación.

(104) Vid., MANZANARES y CREMADES, *Comentarios...*, cit., p. 115; ídem BERNAL VALLS, J., «Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal», en *PJ*, núm. 5, 1987, pp. 11-12.

las cuales se incluyen ahora las bandas armadas y organizaciones de tipo terrorista (núm. 2 del art. 515) y junto a las que, aún teniendo como objeto un fin lícito, emplean medios violentos para su consecución, se agregan además las que los emplean para alterar o controlar la personalidad (v.g. determinadas sectas religiosas) (núm. 3 del art. 515).

Los actos de terrorismo, desperdigados en el CP anterior entre las asociaciones ilícitas, rebelión, atentados a la autoridad o funcionarios públicos, delitos contra la libertad y seguridad, etc., son ahora tipificados expresamente de manera general –sin perjuicio de la consideración como asociaciones ilícitas de las bandas y organizaciones o grupos terroristas– dentro de los delitos contra el orden público (Sección 2.ª, Capítulo V del Título XXII), utilizándose por tanto una sistemática más adecuada y lógica. Se sanciona la pertenencia o colaboración con bandas armadas, grupos u organizaciones, cuando éstas cometan delitos de incendios, estragos o ataques a la vida, la integridad o la libertad de las personas, pudiéndose incrementar la pena de prisión por encima del límite de los veinte años que señala el artículo 36 del CP 1995 hasta alcanzar los treinta si se causa la muerte de alguna persona o incluso superándolos si se realizan contra determinadas autoridades o miembros de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de la Seguridad del Estado (arts. 571 y 572). Pero, sobre todo, debe resaltarse como novedad del CP 1995 la tipificación de las conductas realizadas por quienes sin pertenecer a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, alteren gravemente la paz pública con resultados lesivos para la vida, libertad o salud de las personas o causen estragos, incendios, etc. (art. 577 CP 1995). Lo que pone de relieve esta tipificación es la no necesidad de pertenencia a banda armada para la configuración del delito, aunque –como en los restantes tipos delictivos– es precisa la finalidad de subvertir el orden constitucional, pues no es posible determinar claramente las conductas de terrorismo sin considerar los fines perseguidos por el sujeto (105). La gravedad de las conductas reseñadas ha sido considerada por el legislador en cuanto impone la pena correspondiente al hecho cometido, aumentada en su mitad superior. El CP 1995 pone aquí excesivamente el acento en la prevención general y en la reafirmación del orden jurídico. Es ésta una de las parcelas donde –de modo más explícito– aparece el deseo del legislador de reforzar el sistema de garantías. De otro lado, la intimidación está presente en la considerable elevación por encima de los límites establecidos de manera general en el artículo 36, sin tener en cuenta los máximos esta-

(105) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal*, cit., p. 143.

blecidos por el artículo 76 CP 1995 (106). Parece que el legislador pretende proteger la subsistencia misma del Estado democrático de Derecho, distinguiendo entre quienes intentan cambiar la organización del Estado por los cauces establecidos y quienes pretenden hacerlo fuera de las vías legales (107).

Por lo que se refiere a los delitos contra la defensa nacional, correspondientes al Capítulo III del Título XXIII del CP 1995, el artículo 598 tipifica la acción de revelar, falsear o inutilizar información calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad o defensa nacional o relativa a los medios técnicos y sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o industrias de interés nacional. Por consiguiente la libertad de información choca con un interés público y superior como es la seguridad del Estado, y que la misma Constitución pone ya de relieve en el artículo 105, b., al establecer una limitación al acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado. De otro lado, en la Ley de Secretos oficiales reformada en 1978 se establece el carácter secreto de determinadas materias clasificadas expresamente como tales. Tal declaración corresponde al Consejo de Ministros. Otras materias son secretas por Ley sin necesidad de ser clasificadas. Unas y otras no pueden ser difundidas ni publicadas salvo en lo casos en que, excepcionalmente, lo establece la ley. La seguridad del Estado se refiere tanto a la interior como a la exterior; debe señalarse cómo el legislador —que recoge nuevos tipos penales respecto al CP derogado— aumenta, además, la pena en su mitad superior si el sujeto activo es depositario del secreto, o la revelación sea realizada por algún medio de comunicación que asegure su difusión (108). Prevención general y seguridad jurídica son aquí también los motivos fundamentales de la punición de estas conductas de repercusión social indudable en el momento actual, lo que justifica su mención aquí.

Respecto de los delitos contra el deber de prestación del servicio militar, me parece excesiva la sanción para aquellos casos de falta de presentación para cumplir el servicio militar previa citación legal y sin causa justificada, ya que aquélla puede llegar hasta los dos años de privación de libertad e inhabilitación de hasta catorce (art. 604). Consi-

(106) Vid. SANZ MORÁN, A., *Ob. cit.*, pp. 229-230.

(107) Vid. Exposición de motivos del PCP de 1980, cit., p. 664. Ídem GARCÍA-VALDÉS, C., *Proyecto...*, cit., pp. 95 ss. Vid. además, CARBONELL MATEU, J. C.-MIRA BENAVENT, J., *Comentarios al CP*, cit. (coord. Vives Antón), p. 2224.

(108) Vid., MANZANARES y CREMADES, *Comentarios...*, cit., pp. 125-126.

dero que existe aquí una cierta exacerbación de los criterios de prevención general, aún menos justificada ante la actual situación de crisis del servicio militar obligatorio, cuya vigencia se pone hoy en entredicho (109).

Por último, en cuanto al controvertido contenido del Libro III relativo a las faltas, un buen número de ellas desapareció ya en la reforma de 1989 (110), aunque subsisten, sin embargo, en gran medida dentro del CP 1995, que con una correcta sistemática comienza por las faltas contra las personas, continuando contra el patrimonio, intereses generales y orden público, lo que es de alabar por idénticas razones a las anteriormente expuestas en relación a los delitos (111).

La existencia de las faltas es controvertida, hay quien piensa que deberían pasar, si no en su totalidad sí en gran parte, al ámbito administrativo, mas existe también otro sector doctrinal que las considera delitos «en miniatura». Lo cierto es que la existencia hoy de las faltas es residual (112). La mayoría de las que restan tras la reforma de 1989 no se diferencian de los delitos sino en su menor gravedad, y no parece que haya una diferencia ontológica o sustancial entre ambos, pues buena parte de las faltas afectan a importantes bienes jurídicos aunque no tengan entidad suficiente para ser consideradas delitos; y tampoco la disposición del artículo 13 CP 1995, al establecer que son faltas las infracciones a las que la Ley señale penas leves, dice nada sobre la naturaleza intrínseca de la infracción, que no puede deducirse de

(109) El sujeto activo del delito que se pretende fundamentar constitucionalmente (art. 30.1 y 2 CE) no ha de haberse incorporado al servicio militar, ya que de otro modo habría que aplicar el Código de Justicia Militar. Sin embargo, según el programa del Partido Popular, el servicio militar obligatorio desaparecería paulatinamente a lo largo de las dos próximas legislaturas; y es de señalar además, el aumento progresivo de los «insumisos».

Acerca del problema, *Vid.* GARCÍA RIVAS, N., «Los delitos de insumisión en la legislación española», en *ADPCP*, III, 1992, pp. 881 ss.

(110) En la Reforma de la Ley Orgánica 3/1989 de 31 de junio, de actualización del CP, se descriminalizaron muchas faltas, unas porque ha operado el principio de intervención mínima y otras porque ya vienen sancionándose en el campo administrativo, pero el legislador no se atrevió a despenalizar algunos comportamientos que sin duda deben permanecer en el campo penal (*Vid.* BOIX REIG, J.-ORTS BERENGUER, E.-VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, cit., pp. 193 ss y 200-202; Crítica a la reforma BAJO FERNÁNDEZ, M., *La actualización del CP de 1989*, pp. 17-21).

(111) SERRANO MARTÍN, M., *Código Penal*, cit., p. 349, estima sin embargo que las rúbricas bajo las que se reúnen no responden a veces al mismo bien jurídico protegido, y hay faltas que, afectando al mismo bien jurídico, se incluyen en Títulos diferentes. Tal afirmación podría también plantearse en relación a los delitos, lo que no obsta para que la sistemática que hoy sigue el CP 1995 sea muy superior a la de los Códigos penales anteriores.

(112) *Vid.* «Exposición de motivos PCP de 1992», cit., p. 28.

la gravedad de la pena (113). En definitiva, la falta sería —como indicaban los clásicos— el delito venial (114). Algunas faltas son de nuevo cuño, como la de carecer de seguro obligatorio de responsabilidad civil (art. 637), y su inclusión en el campo penal —en lugar del administrativo— me parece cuando menos discutible por resultar contraria al principio de intervención mínima.

IV

El CP 1995 contiene una serie de artículos de carácter procesal de gran importancia, pero interesa aquí solamente la referencia a las repercusiones procesales que afectan en primer término a los presupuestos de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales.

El CP 1995 ha modificado el apartado 3.º del artículo 14 de la LECr y limita la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal al enjuiciamiento y fallo de los delitos menos graves y de las faltas relacionadas con el delito principal, lo que va a producir —sin duda— una importante modificación en la competencia de las Audiencia Provinciales y la Sala 2.ª del TS, dado el mayor número de asuntos que tendrán acceso a la casación. Por consiguiente, determinados hechos delictivos de gran frecuencia y complejidad que venían siendo resueltos por los Juzgados de lo Penal, pasarán ahora a ser fallados por las Audiencia Provinciales, y tal alteración de competencias puede provocar una congestión a los órganos colegiados. El problema se agudiza al asumir las Audiencias competencias en el enjuiciamiento de los delitos que se tramitan por el procedimiento ante el Tribunal del Jurado, ya que el juicio oral lo debe presidir un Magistrado de aquéllas. También en el TS, que conoce de los recursos de casación, aumentarían excesivamente el número de causas, produciéndose por todo ello un importante atasco de la Justicia penal (115). De otro lado, en un momento de restricciones y ajustes presupues-

(113) ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, cit., pp. 165-166, estima que no hay diferencias cualitativas. También RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.-SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 352.

(114) PACHECO, J. F., *El Código penal*, Madrid, 1849. Terminología clásica acogida por ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, p. cit.

(115) *Vid.* LORRENTE FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, A., «La incidencia del nuevo Código en las competencias de los juzgados de lo penal y catálogo de delitos», en *AP*, núm. 25, 1996, p. 433-434.

tarios, no parece que puedan mejorarse dotaciones e infraestructuras (116).

La modificación del artículo 14, 3.ª de la LECr que la Disposición Final 1.ª del CP 1995 establece sobre la competencia del Juez de lo Penal, debe ponerse en relación con la nueva división que hace el citado Código de las infracciones penales en delitos graves, menos graves y faltas. El CP 1995 vuelve así a la distinción tripartita, conservada desde el CP de 1848 hasta el de 1932, distribución más precisa y más de acuerdo con la LECr.

Por consiguiente, el Juez de lo Penal conocerá de las causas por delitos menos graves, que son las infracciones que la ley castiga con penas menos graves (art. 13.2 CP 1995), tales penas están establecidas en el artículo 33.3 del CP 1995, teniendo –por lo que a la pena de prisión se refiere– una duración de seis meses a tres años, multa de más de dos meses-multa y arresto de siete a veinticuatro fines de semana, por señalar algunas de las más importantes, debiendo considerarse la penalidad en abstracto. Pero el problema se plantea, sobre todo, a la hora de considerar las penas conjuntas, accesorias, etc.

En resumen, la reforma procesal sustrae a la competencia de los Jueces de lo Penal el enjuiciamiento de los delitos que el CP 1995 sanciona con pena de prisión superior a tres años y otras accesorias, correspondiendo ahora a las Audiencias Provinciales, que se ocupan, por tanto, de los hechos más complicados y frecuentes, con la consiguiente sobrecarga de asuntos y retraso en la Administración de Justicia; consecuencias que deberían haber sido previstas por el legislador, ya que afectan precisamente a los delitos más graves y de mayor repercusión social, correspondiendo, sin embargo a los Jueces de lo Penal, a pesar de su formación especializada, el enjuiciamiento de delitos menores (117).

En las disposiciones transitorias se resuelve el problema de la Ley penal más favorable por los hechos realizados durante la vigencia del CP derogado y enjuiciados después de la entrada en vigor del CP 1995.

La disposición transitoria 1.ª permite la aplicación retroactiva de las disposiciones del CP 1995 cuando sean más favorables para él, reiterando así la que ya establece el propio texto legal en su artículo 2.2, que confiere efecto retroactivo a aquellas leyes penales que favorezcan al reo aunque al entrar en vigor hubiese recaído sentencia firme y el

(116) Vid. DE LA CUADRA, B., «El nuevo Código Penal ante la hora de la verdad», (Reportaje) en *EL PAÍS*, 19 de mayo de 1996, p. 18.

(117) Vid. LLORENTE FERNÁNDEZ DE LA REGUERA, A., Ob. cit., p. 439. Vid. además, GÓMEZ COLOMER, J. L., «El sistema de penas y su repercusión procesal», en *La Ley*, núm. 3991, marzo de 1996, p. 1420.

condenado estuviese cumpliendo condena. No se resuelven –sin embargo– problemas como los relativos a los delitos continuados, permanentes o habituales, siendo, por consiguiente, factible la aplicación de las disposiciones del CP 1995 –siempre que sean favorables– a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia mientras no exista sentencia firme en el momento de su entrada en vigor.

La pena más favorable se determina tomando en consideración no sólo la sanción penal, sino también los beneficios penitenciarios y de suspensión o sustitución, si bien la redención de penas por el trabajo no es –lógicamente– de aplicación (al haber desaparecido, en el CP 1995, del catálogo de los beneficios penitenciarios) a aquellos a quienes se apliquen las disposiciones del actual texto punitivo, si éstas le son más favorables; y debiéndose oír siempre, además, al reo (disposición transitoria 2.^a). Los Tribunales revisarán las sentencias firmes y aquellas en las que el condenado esté ya cumpliendo condena, pero no las sentencias en las que la pena esté suspendida o ejecutada (disposiciones 5.^a y 6.^a).

La distinta configuración entre las nuevas penas y las antiguas ha obligado al legislador en el CP 1995 a establecer una equiparación comparativa en la disposición transitoria 11.^a, por ejemplo, la pena de reclusión mayor se entenderá sustituida por la de prisión de quince a veinte años con la cláusula de elevación de veinte a veinticinco años si concurren dos o más circunstancias agravantes. En la disposición transitoria 8.^a se considerará para valorar la gravedad comparativa, por ejemplo, respecto del arresto de fin de semana, que la duración de la privación de libertad equivale a dos días por cada fin de semana, y si la pena fuera de multa se considerará que cada día de arresto sustitutorio que se impusiera o pudiera imponerse conforme al CP derogado equivale a dos cuotas diarias de la multa del CP 1995. Tales disposiciones necesitan, sin embargo, de criterios complementarios para resolver los diversos problemas que pueden plantearse (118).

Cabe señalar finalmente que el artículo 19, en el que se declara la irresponsabilidad penal del menor de dieciocho años, no ha entrado en vigor según establece el párrafo 2.º de la disposición final 7.^a, puesto que la Ley reguladora de la responsabilidad del menor a la que se supe- dita la vigencia de aquélla es una ley de futuro y no vigente. Serán por

(118) Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., «El sistema de penas y su repercusión procesal», en *La Ley*, marzo 1996, año XVII, p. 10. Vid. también, «Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/1996 de 22 de mayo sobre Régimen transitorio del CP 1995; incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores», en *Actualidad Penal* núm. 24, 1996, pp. 1239 ss. y 1251 ss. Vid. Exposición de motivos del PCP de 1992, cit., p. 29.

tanto aplicables a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho los artículos 9.3 y 65 del CP derogado, pues tal precepto se deja subsistir en el apartado 1 a. de la disposición derogatoria del CP 1995. Por consiguiente, la edad inferior a dieciocho continúa siendo una atenuante privilegiada mientras no se promulgue la nueva legislación penal de menores a la que alude la citada disposición final 7.^a, que se limita a establecer que, hasta la aprobación de una Ley penal del menor, el juez o tribunal competente deberá requerir a los equipos técnicos para la elaboración de un informe sobre la situación y estado del menor. En todo caso, si se aplica la medida del artículo 65 del CP derogado y la opción es, en vez de la pena atenuada, el internamiento en una institución especial de reforma, habría de ser aplicable el artículo 102 en relación al artículo 96.3 en cuanto a las medidas privativas de libertad.

Por otro lado, se ha venido afirmando que, como consecuencia de la entrada en vigor del CP 1995, podrían quedar en libertad varios miles de reclusos que serían excarcelados paulatinamente a medida que los jueces revisen su situación penitenciaria, de acuerdo con el nuevo sistema de penas. Las cifras que presentan los medios informativos (entre doce mil y trece mil penados), o determinados sectores parlamentarios, están bastante fuera de la realidad. No parece que la alarma social que pudieran suscitar tales excarcelaciones esté suficientemente fundada. Las informaciones de círculos autorizados demuestran que la puesta en libertad está muy limitada, y el problema no va a situarse tanto en las liberaciones, que por la aplicación de la Ley penal más favorable puedan producirse, como en la limitación presupuestaria para dotar de la infraestructura necesaria y medios adecuados a las nuevas sanciones y sus substitutivos (119). Es cierto que pueden producirse algunos efectos indeseables por aplicación del principio de la Ley penal más favorable, por ejemplo, en ciertos casos de narcotráfico o en aquellos casos que en el CP derogado estaban tipificados, v.g., como desórdenes públicos, incendios o estragos y que, con el CP 1995 —probado el móvil subversivo—, pudieran ser calificados de actos de terrorismo en colaboración con bandas armadas (art. 577 del CP 1995). Tales casos serán, sin embargo, muy limitados y excepcionales.

(119) Vid. DE LA CUADRA, B., *El nuevo Código Penal...*, cit., p. cit. Ídem Editorial de *EL PAÍS* de 26 de mayo de 1996, p. 25. La verdad es que hasta el momento sólo 350 presos han sido puestos en libertad. Vid. también a propósito del tema *EL PAÍS*, 15 de julio de 1996, p. 15.

V

Concluyendo, puede afirmarse que el CP 1995 constituye en definitiva una obra necesaria e importante. Es indudable que merece una valoración positiva, a pesar de las críticas, reparos y reticencias que puedan hacerse y de la dificultad de aplicación —como ya se ha dicho— de las nuevas sanciones tales como el arresto de fin de semana, el trabajo en beneficio de la comunidad o de determinadas medidas de seguridad. En especial el sistema de sanciones ha cambiado radicalmente el obsoleto del anterior Código, con sus viejas escalas penales. La nueva pena de multa por medio del sistema escandinavo de los días multa, que establece su cuantía según la situación económica del reo, debe considerarse como muy positiva, máxime cuando no impone siempre subsidiariamente la cárcel, sino que permite sustituirla por trabajos en beneficio de la comunidad. Es cierto que se reduce el tiempo de duración de la condena, pero al suprimirse la redención de penas por el trabajo, el penado estará, a pesar de los beneficios penitenciarios, más tiempo en prisión.

Es evidente, además, la imprevisión del legislador respecto de la falta de infraestructuras, centros y medios idóneos y personal cualificado para el cumplimiento efectivo de algunas sanciones y sus substitutivos penales, especialmente en el caso de las medidas de seguridad —como ya se ha expuesto— y que por primera vez se incorporan al CP. Pensemos, por ejemplo, en el caso de los centros adecuados para la deshabitación de toxicómanos, máxime en tiempo de restricción presupuestaria como el actual. La imprevisión del legislador se pone igualmente de relieve en la no aprobación de una Ley penal del menor o juvenil al modo de otros países de nuestro entorno cultural, con mayor razón cuando se ha elevado la mayoría de edad penal a los dieciocho años y, por consiguiente los menores de esa edad no serán ya responsables criminalmente con arreglo al CP 1995 (eximente del art. 19), a pesar del considerable crecimiento actual de la delincuencia juvenil. La imprevisión alcanza a los jóvenes mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, ya que las disposiciones de la Ley que regule la responsabilidad del menor a que se remite el artículo 69 CP 1995 no son aplicables a aquéllos, pues dicha Ley aún no se ha elaborado. El CP anterior (art. 61) resolvía el problema del menor de dieciocho y mayor de dieciséis dando opción al juez para imponer una pena privativa de libertad inferior en uno o dos grados a la que le hubiera correspondido si hubiere tenido más edad, o el internamiento en insti-

tución de reforma, medida que pocas veces se ha utilizado. Tal solución es aplicable hoy aunque no sea la más deseable (120).

La normativa establecida por el CP 1995 en este punto sólo sería elogiable si fuera acompañada de un Derecho penal juvenil y de unos tribunales especiales para jóvenes delincuentes. Los actuales Tribunales Tutelares de menores carecen de medios para tratar a los delincuentes juveniles (121).

Aunque la Parte General del CP 1995 debe valorarse en general de forma positiva, sin perjuicio de las consideraciones críticas reseñadas en epígrafes anteriores y en el que nos ocupa, debe finalmente reprocharse al legislador el olvido imperdonable de las víctimas del delito, de los que se ha llamado los «convidados de piedra del Derecho penal» (v.g., las víctimas de los delitos terroristas). No se dice nada, v.g., en el artículo 66 del CP 1995 para que en la aplicación de la pena se tengan en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de las víctimas (122). Todo lo cual me parece negativo.

Por último, y sin perjuicio de las valoraciones ya realizadas en la parte especial (epígrafe III) que arrojan igualmente —a pesar de las considerables consideraciones críticas realizadas— un saldo positivo a mi juicio, debe ser también puesto de manifiesto que algunas de las reformas realizadas en el CP 1995 no eran, sin duda, tan necesarias después de las reformas realizadas en 1980, 1983 y 1989. Algunos de los delitos configurados o ampliados en recientes reformas o en el propio CP 1995, como, v.g. el tráfico de influencias o el abuso de información privilegiada, que pueden constituir diversas figuras delictivas

(120) Vid. supra p., y disposición final 7.ª Vid., ídem VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Nuevo Código Penal*, cit., pp. 50-51. Ídem SÁNCHEZ ILLERA, I., *Comentarios al CP*, cit., pp. 109 y 223.

(121) Vid. SÁNCHEZ ILLERA, I., *Comentarios al Código Penal*, cit. (Coord. Vives Antón), pp. 109 y 2230. Sin embargo, para GARCÍA VALDÉS, C., «Aspectos más importantes que justifican la aparición de un nuevo Código Penal», en *EPCr*, Santiago de Compostela, 1993, p. 118, no es necesario de un Derecho penal juvenil para resolver el tratamiento de los menores de dieciséis años (hoy dieciocho) y considera aplicable la medida de seguridad del artículo 106 en Centros de Educación para jóvenes delincuentes, retocando la actual red de establecimientos penitenciarios juveniles, lo que no me parece muy convincente; más lógico sería promulgar una nueva legislación juvenil y resolver de una vez el problema sin volver a intentar ligeros retoques y «parches».

(122) Vid. BERISTAIN IPIÑA, A., «Las víctimas siguen olvidadas», en *EL PAÍS*, 25 de mayo de 1996, p. 16. y del mismo autor, «Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados», en *ADPCP*, III, 1986, pp. 731 ss. Vid. también, HASSEMER, W., «Consideraciones sobre la víctima en el delito», en *ADPCP*, 1990, pp. 241 ss. y esp. 259.

y afectar a diferentes bienes jurídicos, tienen su explicación más en la voluntad de acabar con algunos escándalos recientes de corrupción política que en la insuficiencia de la legislación. Las figuras, por ejemplo, del cohecho, la prevaricación o la revelación de secretos podrían ser perfectamente suficientes para castigar tales hechos sin bordear quizás los límites del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de Derecho. Lo cual no significa que el CP 1995 no haya supuesto un indudable avance respecto de la legislación anterior, pues no hay obra nueva –por ser humana– que no adolezca de alguna imperfección amén de los muchos valores positivos que posea. De otra parte, cabe la posibilidad de sobrepasar el límite establecido en el artículo 36 del CP 1995 para la pena de prisión en el concurso de delitos, que puede llegar a tener una duración de treinta años –aunque sin perjuicio de los beneficios penitenciarios– e incluso sobrepasarla en determinados supuestos de terrorismo (Sección 2.ª, Capítulo V, Título XII, Libro II del CP 1995). Si bien en este caso se trata de situaciones excepcionales, por la gravedad de las conductas y la alarma social que producen. El legislador ha puesto, sin duda, el énfasis en la prevención general, ya que tales hechos afectan a los bienes jurídicos más importantes para el individuo o la colectividad, e incluso para la propia existencia del Estado democrático de Derecho. El rigor extraordinario de la Ley se temple, sin embargo, por el abandono de las actividades delictivas y la colaboración eficaz para impedir la producción del delito, o coadyuvando a la captura de los responsables. También aquí, como en algunas otras figuras delictivas, aparece esa especie de premio a la mal llamada figura del «arrepentido», que se traduce en la imposición de la pena inferior en uno o dos grados (123).

No debe olvidarse que la organización política global en un Estado de Derecho sólo puede ser variada dentro de los cauces legales, y nunca por medio de la fuerza o la violencia. Se protege aquí, en definitiva, la subsistencia misma del propio Estado democrático de Derecho.

(123) Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Aspectos más importantes...*, cit., pp. 118-120.

Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal

BLANCA MENDOZA BUERGO
Universidad Autónoma de Madrid

En las consideraciones que siguen se pretende, básicamente, analizar de modo sintético y desde una aproximación crítica, en primer lugar, los rasgos principales que pueden observarse en la moderna evolución del Derecho penal del presente, propiciadas por las condiciones de la sociedad postindustrial moderna y la complejidad de los problemas que trae consigo y, en segundo lugar, los efectos o consecuencias que tal evolución puede suponer para elementos centrales del actual Derecho penal. En este segundo punto, se trata de detenerse en algunos aspectos problemáticos de la evolución que pueden entrañar un cambio importante en el uso que se está haciendo del instrumento penal y, en última instancia, tal vez del modelo mismo de Derecho penal.

Hoy en día, en el contexto de la discusión sobre el llamado moderno «Derecho penal de la sociedad del riesgo», no es difícil encontrar afirmaciones del siguiente tenor: «...s e ponen de manifiesto las deficiencias estructurales del Derecho penal liberal o clásico para hacer frente a la evolución social... Instituciones fundamentales de la teoría del delito de corte garantista resultan ineficaces o no soportan la crítica que pone de manifiesto sus funciones ideológicas al servicio de “viejos” intereses (1); ... “la causalidad, la determinación indivi-

(1) Corresponden a DE LA CUESTA AGUADO, «Sociedad tecnológica y Derecho penal del riesgo», *Rev. Derecho y Proceso penal*, núm. 4, 2000, p. 137.

dualizada de la autoría en una persona física concreta, etc., son conceptos que pudieron servir a la sociedad tradicional, pero que ya en la actualidad son difíciles de compaginar con las visiones sociales. En la sociedad de inicios del siglo XXI no es posible funcionar con un Derecho penal anclado en el Estado liberal y la sociedad industrial”» (2).

Pues bien, ante tan terminantes aseveraciones, entresacadas de otras semejantes, conviene alguna reflexión al respecto y proceder a ciertas observaciones. Más allá de la evidente necesidad de actualización y renovación de todo ordenamiento positivo y del sistema teórico que constituye su base, ante la exigencia de que el Derecho penal intervenga para responder a nuevas demandas de protección que requieran o impliquen ciertas transformaciones o adaptaciones de elementos estructurales, parece necesario identificar cuáles de estos cambios resultan además de imprescindibles, también acordes con los principios básicos sobre los que se asienta el propio sistema y cuáles, en cambio, pueden resultar perturbadores en una rama del ordenamiento con las peculiaridades del Derecho penal (3). Sin llegar en todo caso a situaciones extremas, lo cierto es que la evolución presente y la previsible tendencia de futuro apunta una serie de caracteres que hacen pensar en la necesidad de reflexionar detenidamente hacia dónde nos encaminamos y qué consecuencias tiene transitar a través de ciertas vías. La discusión a la que se quiere aludir tiene que ver, en definitiva, con el entendimiento del Derecho penal contemporáneo y de su evolución presente y futura.

(2) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Responsabilidad penal en actividades arriesgadas: el caso de la construcción*, Madrid 2000, p. 20, para quien el funcionalismo, su forma de resolver la culpabilidad, la prevención general positiva, etc, son conceptualizaciones que, sin perjuicio de sus antecedentes, son propias de esta época. En sentido similar, el mismo, «El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos», *Rev. Poder Judicial* núm. 48, 1997, p. 293 s. Seguramente estas afirmaciones son una toma de postura respecto a la alternativa que ya planteaba JAKOBS en el propio título de uno de sus trabajos: *El Derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento de los principios de la tradición europea, o: ¿Despedida del Derecho penal tradicional?* (traducido al castellano como *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid 1996, [traducción Cancio, M./Feijóo, B.].

(3) Así, preservar un principio tan asentado como el de la irretroactividad de las normas penales desfavorables, tal vez pudiera parecer a una parte de la opinión pública poco adecuado para la adaptación a los cambios que en una sociedad con las relaciones de producción y distribución como las actuales dan lugar a múltiples riesgos para bienes de la mayor importancia como la salud pública o el medio ambiente. Sin embargo no parece que poner en cuestión la plena vigencia de tal principio tenga sentido, apelando a su falta de adecuación a las necesidades de una sociedad del siglo XXI.

1. RASGOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO

1. En el análisis de los rasgos característicos de las reformas penales de al menos los últimos veinte años, ha adquirido relevancia la propia exploración de las peculiaridades de la evolución social que estarían influyendo de manera decisiva en las pautas político-criminales imperantes. En tal estudio, inicialmente en Alemania, se ha sentido el influjo de la concepción que describe la sociedad postindustrial presente como una «sociedad del riesgo». Desde la aceptación o asunción del *topos* de la *sociedad del riesgo* (4) como modelo sociológico que describiría de modo al menos parcialmente acertado la configuración de la sociedad actual, se pone de relieve que los caracteres de ésta (5), comportan determinadas consecuencias que propician la aparición de ciertos rasgos que conformarían una específica *política criminal en la sociedad del riesgo* y, ulteriormente, también de un específico Derecho de tal sociedad.

En una primera aproximación, tal política criminal en la sociedad del presente se caracterizaría por una evidente tendencia a la expansión del Derecho penal que se concreta en la ampliación del *Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal*. Ello se lleva a cabo, primordialmente, a través de la formulación de nuevos bienes jurídicos universales de vago contorno y el frecuente recurso a la técnica de los delitos de peligro (6) —en buena

(4) Modelo sociológico propuesto por BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M. 1986 (= *La sociedad del riesgo*, Barcelona 1998, trad. de J. Navarro, D. Jiménez y M.ª R. Borrás), *passim*, que ha conseguido extenderse, si no como modelo dominante, al menos, como uno que describe características fundamentales de la sociedad postindustrial del presente, y que viene siendo objeto de una viva discusión en los últimos años ya no sólo en Alemania, sino extendida tanto en la literatura sociológica como, más recientemente, en la jurídica.

(5) Caracteres que no pueden reproducirse aquí, por lo que me permito remitir a mi trabajo *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, ed. Cívitas, Madrid, con ulteriores referencias.

(6) Apuntan, entre otros, estos dos aspectos fundamentales de la evolución político-criminal actual, SEELMANN, *Risikostrafrecht. Die «Risikogesellschaft» und ihre «symbolische Gesetzgebung» im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht*, *KritV* 1992, p. 453; MÜLLER-DIETZ, *Gibt es Fortschritt im Strafrecht?*, en Jung/Müller-Dietz/Neumann (ed.), *Perspektiven der Strafrechtsentwicklung*, Baden-Baden 1996, p. 44. *Vid.* también, HOHMANN, *Recensión a Müssig, B.: Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a. M. 1994, *GA* 1995, p. 497. En la doctrina española, *Vid.* por todos, SILVA, *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*,

medida, de peligro abstracto—. Si resulta certera la caracterización de Prittwitz de lo que diferencia el Derecho penal, llamémosle clásico, del que se está configurando en la actualidad, es que este último protege *más* bienes —configurados además de modo distinto— y los protege *antes* (7), es decir, en un estadio previo a la lesión del bien jurídico. Pero además, a este rasgo central de la ampliación de los límites del Derecho penal mediante la anticipación de su intervención, se añaden como síntomas que evidencian su tendencia preventiva, la *flexibilización* de ciertos presupuestos de imputación tanto objetivos como subjetivos, lo que conjuntamente con la utilización de ciertas técnicas de tipificación compone un cuadro que plantea también la posible afectación, en mayor o menor medida, de *principios garantistas limitadores* del Derecho penal propio de un Estado de Derecho avanzado (8).

La constatación que globalmente describiría el proceso que experimenta el Derecho penal en la sociedad del riesgo es que la creciente sensación de inseguridad social —en buena parte subjetivamente percibida de modo más grave de lo que correspondería objetivamente— generada tanto por los nuevos riesgos, como por el cambio de potencial de los riesgos ya conocidos, y por la complejidad de todos los procesos en los que está implicada la sociedad, provoca una *demanda específicamente normativa de seguridad* dirigida prioritariamente al Derecho penal, que se canaliza procediendo cada vez de manera más palmaria a la ampliación cuantitativa y cualitativa del mismo. Las manifestaciones expansivas tienen, además, en demasiadas ocasiones, un efecto primordialmente *simbólico*, esto es, muchas de las nuevas criminalizaciones se presentan como una

Madrid 1999, p. 98; CORCOY, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia 1999, *passim*.

(7) Vid. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M. 1993, p. 245.

(8) Señalando lo primero vid. SEELMANN, «Societat de risc i dret penal», *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1, 1994, p. 274 ss. y añadiendo a tal «reinterpretación» en clave expansiva de las reglas de imputación, la flexibilización de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y procesal, SILVA, *Expansión*, 1999 (cit. nota 6), p. 17 s., 30. Con un planteamiento similar, también SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Valladolid, 1999, p. 11 ss., 36 ss., 66 ss. No comparte, en cambio, esta perspectiva crítica sobre la evolución actual tendente a la protección preferente de bienes jurídicos supraindividuales a través de la técnica de los delitos de peligro, CORCOY, *Delitos* (cit. nota 6), p. 20 s., 186 ss. Sobre el tema resultan fundamentales las monografías de LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen 1996, p. 2 ss. y *passim*; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlín 1998, *passim*.

aparente solución al conflicto, para satisfacer necesidades de intervención (9), sin una suficiente constancia de la *necesidad y la adecuación* de la intervención penal o de su capacidad real para posibilitar la solución efectiva al conflicto, ni tampoco de si se trata de una respuesta que se mantiene dentro de los *límites de una intervención legítima del Derecho penal*.

Desde posturas que ven con especial preocupación este cariz que adopta el desarrollo del Derecho penal en la actualidad, se pone especial énfasis en el hecho de que la presión de prevención de la sociedad del riesgo incita a una *política criminal simbólica* ya que el logro de la seguridad se convierte en un motivo dominante de la ordenación de la vida social (10). Tal exigencia, aunque sea razonable en cierta medida (11), se convierte en algo problemático cuando, por una parte, la sensación de inseguridad no se corresponda con la entidad y magnitud de los riesgos reales (12) y, por otra, cuando el destinatario de todas las demandas de seguridad es el Derecho penal –incluyendo aquí también el derecho procesal penal– (13). Con ello, como se ha destacado, la

(9) Vid. en este sentido, HASSEMER, «Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos», *Pena y Estado*, núm. 1, 1991, p. 36 (= *NStZ* 1989, pp. 553 ss.).

(10) Así se pronuncia, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Heidelberg 1990, p. 53 s.; vid. también incidiendo en este punto, CALLIES, «Strafzwecke und Strafrecht. 40 Jahre Grundgesetz– Entwicklungstendenzen von freiheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat?», *NJW* 1989, p. 1338; ALBRECHT, P. A. «Das Strafrecht im Zugriff populistischer Politik», *NJ* 1994, p. 194 (= *La insostenible situación del Derecho penal*. Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra [ed. española], Granada 2000, pp. 471-487, traducción de Ricardo Robles).

(11) Sobre el surgimiento de la idea de seguridad como derecho humano, vid. ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 1983 y sobre la discusión ligada a ello, ampliamente PRITTWITZ, *Strafrecht*, (cit. nota 7), p. 135 ss; vid. también CALLIES, *NJW* 1989, (cit. nota 10), p. 1338. Sobre la justificación histórica y material de la idea de seguridad y su fundamentación en la literatura filosófico-jurídica y política, vid. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechts-theoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt a. M. 1989, p. 284 ss; el mismo, KINDHÄUSER, *Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft*, *Universitas* 1992, p. 229; ss.; vid. también sobre ello HERZOG, *Unsicherheit* (cit. nota 10), p. 50 ss.

(12) Se dice que si por algo se caracteriza una sociedad del riesgo es por tener una necesidad de seguridad siempre en aumento, así como de procurar *sensaciones* o impresiones de seguridad a través los medios de control.

(13) Destacando este aspecto, HASSEMER, «El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal “eficaz”», *Estudios Penales y Criminológicos*, XV, 1992, p. 189 (= *StV* 1990, pp. 328 ss.); FREHSEE, «Die Strafe auf dem Prüfstand Verunsicherungen des Strafrechts angesichts gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse», *StV*, 1996, p. 224. Trata los argumentos a favor y en contra de la intervención del Derecho penal en ciertos ámbitos en el contexto de la sociedad del riesgo, PRITTWITZ, «Funktionalisierung des Strafrechts», *StV* 1991, p. 437.

demanda de seguridad no se dirige a su «lugar natural» que sería más bien el Derecho administrativo (14), produciéndose así una evidente tendencia a la ampliación de la intervención penal en vez de a su limitación. El Derecho penal se ve así forzado en un proceso de expansión continuo, asumiendo un papel que no le pertenece ni en exclusiva ni tampoco de modo prioritario y que podría abocar a una situación en la que se tiende a la seguridad de los bienes jurídicos a través de un modelo preventivo que conduciría a un Estado intervencionista y, en un cierto modo, a un Estado de la seguridad (15).

2. El hecho de que el nuevo paradigma de configuración social de la sociedad del riesgo traspase las fronteras del análisis social y se incorpore a las reflexiones sobre su influencia en la evolución del ordenamiento jurídico, es decir, en la regulación jurídica de las transformaciones que trae consigo tal modelo social, propicia la importación del concepto de sociedad del riesgo a los análisis propiamente jurídicos. Al partir de la constatación de que los «nuevos» riesgos tienen su origen en decisiones y actuaciones humanas, esto es, que el primer factor de inseguridad en la sociedad del riesgo es el hombre (16), y que aquellas son susceptibles de una cierta conducción a través del Derecho, surge la idea de acudir al Derecho penal como medio adecuado y necesario para contrarrestar los nuevos riesgos y asegurarse frente a ellos. Pero la atribución de potencial al Derecho penal para el control de los nuevos riesgos y el tratamiento de las nuevas demandas sociales viene propiciado por diversos factores añadidos a éste. En primer lugar, a la ya aludida sensación de inseguridad que genera una

(14) Vid. al respecto las precisiones de SILVA, *Expansión* (cit. nota 6), p. 30, aspecto también subrayado por KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 229.

(15) Éste es el peligro que ven, con un planteamiento sólo en parte similar, DENNINGER, «Der Präventions-Staat», *KritJ* 1988, p. 9 ss., tesis que recoge BARATTA, «Jenseits der Strafe- Rechtsgüterschutz in der Riskogesellschaft», en Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (ed.), *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, p. 402 s.; y ALBRECHT, P. A., «Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionstaat.- Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts», *KritV* 1988, p. 184 ss., que destaca el llamado Derecho penal político como una de las materias centrales del Estado intervencionista de la seguridad, como «compensación» del déficit de control en el terreno técnico-económico.

(16) Vid. KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 229; HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, Berlín 1993, p. 28; el mismo, Gibt es ein «Strafrecht der Riskogesellschaft»? *NSiZ* 1993, p. 11 ss., que a este respecto recoge las ideas señaladas por BECK de que los riesgos actuales a diferencia de los peligros propios de otras épocas, son «artificiales» en la medida en que son producidos por la actividad humana y están inicialmente vinculados a decisiones humanas. En el mismo sentido vid. LAU, *Soziale Welt* 1989, p. 423.

demanda de control netamente penal por el carácter más drástico o severo y por la efectividad que en principio se concede a éste, viene a sumarse la impresión de que no hay ninguna otra alternativa de protección que se ajuste a la gravedad que se atribuye al fenómeno. Por otro lado, también influye el deseo, propio de la presión social visible en la actualidad, de tener todo bajo control sin dejar ningún resquicio en la prevención de riesgos y acontecimientos lesivos, de manera que si finalmente éstos se producen, han de ser en todo caso imputados a alguien y no se acepta que pueda haber accidentes producto del riesgo marginal que conlleva toda actividad arriesgada (17). Todo ello permitiría, efectivamente, hablar en un cierto sentido de un «*Derecho penal de la sociedad del riesgo*» (18).

(17) Describen este fenómeno en la imputación de responsabilidad, PRITTWITZ, *Strafrecht* (cit. nota 7), p. 109; SILVA, *Expansión* (cit. nota 6), p. 33, con nota 41.

(18) Expresión que, en buena medida, surge como creación conceptual crítica del sector doctrinal detractor de la evolución experimentada por el Derecho penal, que pretende designar una forma de desarrollo y de modificaciones estructurales introducidas en el Derecho penal para adaptarse al fenómeno de la sociedad del riesgo, como ha puesto de manifiesto FREHSEE, *StV* 1996, (nota 13), p. 227. Recoge en nuestro país este origen crítico de la utilización del término, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Algunas consideraciones acerca del desarrollo actual de la teoría del delito, a propósito del problema de la responsabilidad penal por el producto», en *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Casabó*, vol. II, Valencia 1997, p. 706. Vid. otras precisiones respecto a la noción designada con dicha expresión, en HILGENDORF, *NSiZ* 1993 (cit. nota 16), p. 12; el mismo, *Produzentenhaftung* (cit. nota 16), p. 28; SEELMANN, *KritV* 1992, p. 453 (cit. nota 6); PRITTWITZ, «Risiken des Risikostrafrechts», en Frehsee/Löschper/Smaus (ed.), *Konstruktion der Wirklichkeit durch Kriminalität und Strafe, Interdisziplinären Studien zu Recht und Staat*, t. 5, 1997, p. 47 ss., donde resume los puntos más destacables de su construcción en sus trabajos anteriores. Posteriormente su referencia se ha extendido tanto entre quienes niegan la existencia de tal Derecho penal específico de la sociedad del presente y critican la propia caracterización de la misma como sociedad del riesgo —opinión sustentada en Alemania por KUHLEN, «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung» (§ 324 StGB), *GA* 1994, p. 352, 358 ss. y SCHÜNEMANN, «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», *ADPCP* 1996, (= *GA* 1995, pp. 201 ss.) p. 198—, como entre los que aceptan la evolución actual como una necesaria y conveniente adaptación y modernización de un Derecho penal anticuado que no puede ofrecer soluciones a nuevos problemas con los «viejos» instrumentos y estructuras, postura esta última que encuentra adeptos en nuestro país; recientemente se han manifestado en este sentido, CORCOY, *Delitos* (cit. nota 6), pp. 24 s.; PÉREZ DEL VALLE, *Poder judicial* núm. 43-44, 1996, pp. 61 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Rev. Poder Judicial* núm. 48, 1997, (cit. nota 2), p. 293 s.; el mismo, *Responsabilidad*, 2000, (cit. nota 2), p. 20; DE LA CUESTA AGUADO, *Rev. de Derecho y Proceso pPnal*, 4, 2000, (cit. nota 1), p. 136. Hoy se ha convertido ya en una expresión acuñada y en una referencia casi obligada, o en un concepto clave al abordar ciertos aspectos de la evolución actual del Derecho penal.

La llegada de nuevas demandas al Derecho penal plantea la cuestión de las dificultades que surgen para operar de la misma forma o con los mismos instrumentos que hasta ahora. Algunos consideran que tal problema da lugar a una verdadera crisis en la capacidad de rendimiento del ordenamiento jurídico, hablándose de una «crisis en la prestación» (19) del mismo ante los nuevos riesgos y las exigencias que éstos plantean. El proceso parece desarrollarse en dos fases: en la primera, surgen nuevos sectores o ámbitos de actividad que se incorporan al Derecho penal —señaladamente los riesgos derivados de ciertas técnicas como la atómica, biológica o informática—. Además, se produce una extensión y endurecimiento de los preceptos en otros sectores ya existentes —frecuentemente en el Derecho administrativo sancionador o en el Derecho penal accesorio, incorporados luego al Código Penal—, ampliando y endureciendo su alcance, como ha ocurrido en materia medioambiental y de ordenación del territorio y en el Derecho penal económico. En estos sectores y, aún en mayor medida, en el de la criminalidad vinculada a estupefacientes así como, en general, en la criminalidad organizada, influye otro rasgo típico de la actual sociedad, como es la *globalización y el carácter transnacional* de ciertas actividades y formas de delincuencia. Pero en una segunda fase de la evolución, y ante las dificultades para reaccionar de manera flexible y «eficaz» a las exigencias planteadas con las estructuras existentes, surgen además planteamientos que abogan por la necesidad de un *cambio de perspectiva* o del propio modelo a adoptar, así como por la transformación y el desarrollo de nuevas estructuras y vías de imputación de la responsabilidad penal (20). Así, surgen disfunciones en el desarrollo actual del Derecho penal con elementos estructurales de

(19) Expresión con la que PAREDES, «Responsabilidad penal y “nuevos riesgos”: el caso de los delitos contra el medio ambiente», *AP* 1997, p. 217, alude a la cada día más patente discrepancia entre las prestaciones que se esperan o se demandan del Estado desarrollado moderno y de su ordenamiento jurídico, y la capacidad real de los mismos para satisfacerlas.

(20) Curiosamente entre quienes no reconocen ni aceptan la nueva entidad de los riesgos, sí se acepta que ciertas actividades se presentan, al menos, bajo una nueva perspectiva o dimensión que «provoca», justificadamente, tal incremento punitivo, así como la necesidad de transformaciones en la forma de intervención penal. Significativamente de esta opinión KUHLEN, *GA* 1994 (cit. nota 18), pp. 352, 358 y SCHÜNEMANN, *ADPCP* 1996 (cit. nota 18), pp. 197 s., quienes han destacado que la habitual respuesta a la cuestión de por qué ha surgido el discurso sobre el Derecho penal de la sociedad del riesgo, sólo es en parte cierta, ya que no todos los ámbitos de actividad arriesgada a los que se hace referencia son realmente privativos de la sociedad actual y, por otro lado, al menos algunos de los aspectos importantes de lo que se reconoce como reacción jurídico penal ante los fenómenos de la sociedad del riesgo son conocidos hace tiempo.

atribución de la responsabilidad penal habituales hasta ahora, especialmente los que se refieren a la presencia de la relación de causalidad, la imputación de responsabilidad individual, respecto a la diferenciación entre responsabilidad dolosa e imprudente, entre autoría y participación y entre consumación y formas anticipadas de la punibilidad (21).

En suma, el rasgo que define y caracteriza la política criminal de los últimos años se resumiría en la tendencia a consolidar un Derecho penal preventivo con un acentuado adelantamiento de la protección penal, en un sentido indudablemente más inflacionista y criminalizador que despenalizador. La tensión en la que se encuentran el principio de *intervención mínima* y el entendimiento de la pena criminal como *ultima ratio* por un lado, y las tendencias expansivas que pretenden atender a las crecientes demandas de tutela, por otro, se resuelve claramente a favor de estas últimas (22). Pero más allá de esta tendencia ampliatoria del Derecho penal, surge la demanda de una transformación más o menos sustancial del llamado «viejo» modelo, pues se señala que las demandas preventivas de una política criminal interesada en el control del riesgo no podrían ser supestamente satisfechas a través de un Derecho penal liberal y garantista que está más bien orientado hacia el pasado, dotado de un arsenal de medios limitados y que, como instrumento preventivo, ha de ser prudente (23).

(21) Cfr. HASSEMER, *Pena y Estado* núm. 1, 1991 (cit. nota 9), p. 34; el mismo, «Rasgos y crisis del Derecho penal moderno» *ADPCP* 1992, p. 244; HERZOG, «Límites al control penal de los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro)», *ADPCP* 1993, pp. 317, 319; en la doctrina española vid. MATA Y MARTIN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada 1997, pp. 4 s.

(22) Vid. sólo los diagnósticos en este sentido, referentes al CP de 1995, de RODRÍGUEZ MOURULLO, *Prólogo*, en Rodríguez Mourullo (Dir.), Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1997, p. 18; GIMBERNAT, *Prólogo Código Penal* (Tecnos); el mismo, «La contrarreforma penal de 1995», *Jueces para la Democracia* 36/1999; CÓRDOBA, «Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima», *La Ley* 1996-3, pp. 1332 s.; MUÑOZ CONDE, «Principios inspiradores del nuevo Código penal», en *Estudios Jurídicos en memoria Prof. Casabó*, vol. II, Valencia 1997, p. 532; SILVA, *Expansión*, p. 19 (cit. nota 6). Plantea en cambio la posible síntesis de aquellos dos términos, CORCOY, *Delitos de peligro* (cit. nota 6), pp. 28 ss., 188 ss., en el sentido de que la asunción por parte del Derecho penal de los nuevos problemas que conlleva la modernización de la sociedad, no implica la creación de un «moderno» Derecho penal que suponga problemas añadidos.

(23) En este sentido, HASSEMER, *Pena y Estado* núm. 1, 1991, (cit. nota 9), p. 5. A este respecto, entre otros factores que dificultan una conciliación del tratamiento jurídico de las cuestiones que plantean los nuevos riesgos con los principios hasta ahora vigentes en materia de imputación de responsabilidad penal y

En ese contexto, no es extraño que se abra un frente por el que pueden surgir fisuras en elementos garantistas del Derecho penal, pero lo que resulta especialmente preocupante es que incluso se haga referencia explícita al papel obstaculizador o de rémora que se le asigna a las garantías penales llamadas «clásicas» en la consecución de la eficacia preventiva (24).

En relación con todo ello, desde una perspectiva que contempla con inquietud esta evolución, la crítica global a la que se somete a la política criminal de la sociedad del riesgo es que en su característica disposición al control y disminución de la inseguridad podría provocar transformaciones que amenazarían, en primer lugar, a algunas estructuras de imputación de responsabilidad reputadas básicas en Derecho penal y, finalmente, a principios y garantías propias del Estado de Derecho (25), pues el objetivo de conseguir una mayor eficiencia

con los principios básicos del Derecho penal garantista, señala PAREDES, *AP* 1997 (cit. nota 19), p. 218, que la ignorancia y la dificultad o imposibilidad de previsión de la evolución de peligros eventualmente unidos a ciertas actividades, técnicas y objetos, produce dificultades en los principios de imputación de responsabilidad individual basada en la previsibilidad de los posibles resultados, en la relevancia de los conocimientos individuales del autor, en la necesaria prueba de la relación causal entre el comportamiento del autor y el hecho del que se le responsabiliza, así como en la individualización de la responsabilidad individual de cada interviniente

(24) Aunque suele constituir más bien el trasfondo no siempre declarado de ciertas argumentaciones, no faltan las referencias explícitas en este sentido tanto en la doctrina alemana como española: *vid.* SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann*, Madrid 1995, pp. 574 ss., en relación con los criterios de imputación del Derecho penal clásico frente a la criminalidad de empresas; KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), pp. 233 ss.; DE LA CUESTA AGUADO, *Rev. Derecho y proceso penal*, núm. 4, 2000 (cit. nota 1), p. 137; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Responsabilidad*, 2000, (cit. nota 2), p. 20. Advirtiendo esta actitud de crítica a la «rigidez» que imponen las garantías y también advirtiendo del peligro de proceder a una flexibilización de las mismas, SILVA, *Expansión*, p. 30 (cit. nota 6).

(25) Esa amenaza se produciría porque los principios de un Derecho penal liberal propio de un Estado de Derecho son demasiado exigentes para ceder a la presión y reaccionar de modo flexible ante los problemas de la sociedad del riesgo; *vid.* sobre ello, HASSEMER, *Kommentar zum Strafgesetzbuch* (AK StGB), Band 1, Neuwied 1990 antes § 1, nm. 480 ss. Destacan también los problemas de legitimidad que plantea un Derecho penal preventivo característico de la sociedad de riesgo, desde la óptica del Estado de Derecho y, en definitiva, el carácter *antigarantista* de tal tendencia, HASSEMER, «Sozialtechnologie und Moral; Symbole und Rechtsgüter», en Jung, H./Müller-Dietz, H./Neumann, U. (ed.), *Recht und Moral*, Baden-Baden 1991, pp. 329 ss., el mismo, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en Scholler/Phillips (ed), *Jenseits des Funktionalismus*, Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, pp. 88 ss. (= *Doctrina penal* 1989, pp. 279 ss.); el

puede afectar a alguno de ellos. Se destaca, por tanto, el carácter tendencialmente antigarantista de la evolución que ha sufrido el Derecho penal preventivo característico de la sociedad del riesgo y los problemas de legitimidad que ello plantea.

3. De otro lado, se suscitan también en este contexto otras dos cuestiones de no poca envergadura: por una parte, la que se pregunta por la *capacidad o adecuación* del Derecho penal como instrumento eficaz de conducción de comportamientos que sirva como medio de defensa efectivo ante los nuevos riesgos y para responder a las actuales necesidades de protección, —es decir, la cuestión de la eficacia o no de la inserción del mecanismo penal en estos terrenos—. Por otra, la que se refiere a la polémica acerca de la existencia de una mutua influencia entre los fenómenos típicos de la sociedad del riesgo y un distanciamiento de los fines tradicionales de la pena y del Derecho penal —retribución, prevención especial y general intimidatoria—, que supusiera la paralela adopción como teoría de la pena específica de las condiciones de la sociedad del riesgo de la fundamentación preventivo-general positiva de la pena (26). En relación con ello, el balance poco halagüeño de la eficacia de los preceptos penales preci-

mismo, *Pena y Estado* núm. 1, 1991 (cit. nota 9), pp. 23 ss., en conclusión, pp. 36; ALBRECHT, *KritV* 1988 (cit. nota 15), pp. 182 ss., 200 ss.; el mismo, *NJ* 1994, (cit. nota 10), pp. 193 ss.; PRITTWITZ, *StrV* 1991 (cit. nota 13), pp. 435 ss.; KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 227; HERZOG, *Unsicherheit*, (cit. nota 10), pp. 70 ss.; el mismo, *ADPCP* 1993 (cit. nota 21), pp. 317 ss., 321 ss. *Vid.* sobre ello en la doctrina española, por todos, SILVA, ¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del art. 325, *La Ley* 1997-3, pp. 1714 ss. (= en *La Reforma de la Justicia Penal*. Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann. Gómez Colomer/González Cussac [coordinadores], Castellón de la Plana 1997, pp. 151-181); el mismo, *Expansión, passim*, especialmente, pp. 55 ss., 63 ss. (cit. nota 6).

(26) Fin que, precisamente, según uno de sus sustentadores, estaría de actualidad no sólo por su plausibilidad, sino especialmente porque se ajustaría «como anillo al dedo» al Derecho penal de la seguridad característico de la sociedad del riesgo: así, KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 232, (que con el término «Derecho penal de la seguridad» designa desde la perspectiva que defiende básicamente la necesidad y legitimidad de la evolución actual, el Derecho penal típico surgido en la sociedad del riesgo para asegurar niveles suficientes de seguridad en la disposición de bienes). En nuestro país, defiende que la prevención general positiva sería una conceptualización «propia de esta época», LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Responsabilidad*, (cit. nota 2), p. 20; *vid.* también del mismo, *Rev. Poder Judicial* núm. 48, 1997, (cit. nota 2), pp. 293 s. Por su parte SILVA, *Expansión*, p. 90 (cit. nota 6), aunque no aborda directamente la cuestión de si dicha teoría de la pena es la que mejor se ajusta a las condiciones de la sociedad postindustrial moderna, niega que la misma pueda ser un factor determinante para propiciar un concepto maximalista del Derecho penal que resulte determinante en el actual proceso expansivo del Derecho penal.

samente en los ámbitos en los que inciden más fuertemente las presiones de criminalización y la percepción de la evidente *crisis de efectividad* en estos terrenos –medio ambiente, Derecho penal económico, criminalidad organizada, drogas, paz pública etc.–, no ayuda a reforzar la tesis de la utilidad y eficacia del instrumento penal en los mismos. De otra parte, se destaca el marcado *carácter simbólico* que tendría en ellos la respuesta penal, en el sentido de que, en realidad, su efecto es más simbólico que verdaderamente instrumental. Incluso la impresión, o más bien la fundamentada sospecha de que, a veces, se busca sólo el efecto declarativo que tiene la propia aprobación de una norma (27) como medio de acallar las presiones de prevención y de protección de la seguridad que demanda una cierta opinión pública, revierte en el saco del escepticismo frente al recurso a la criminalización.

Todo ello ha podido ser interpretado por los críticos con esta evolución como una política criminal orientada no tanto a la protección real de los bienes, sino a la de satisfacer fines más amplios, de corte político populista, como los de aplacar o mitigar una demanda de intervención y respuesta ante fenómenos que se perciben con la preocupación propia de la inseguridad que se corresponde con la imagen de la sociedad del riesgo, y para operar como medio educador para fomentar ciertos valores entre la población (28). Entre los problemas que la acentuación de

(27) Resulta efectivamente destacable que el efecto simbólico no se refiere sólo al proceso de aplicación de las normas, sino también de manera frecuente, al propio hecho de su formulación o promulgación, porque apenas se espera su aplicación; *vid.* en este sentido, HASSEMER, *Pena y Estado* 1991, (cit. nota 9), pp. 30; PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 256 (cit. nota 7); en nuestra doctrina *vid.* SILVA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, p. 305.

(28) Sobre todo ello, *vid.* HASSEMER, *Pena y Estado*, 1991, (cit. nota 9), p. 36, p. 30, donde resalta el carácter negativo de este efecto simbólico, al hacer predominar las funciones latentes –necesidad de actuar y tranquilización de los ciudadanos mostrando un Estado que interviene– sobre las instrumentales o manifiestas regulación de un conjunto de casos abarcados en el ámbito de aplicación de la norma para tutelar efectivamente un bien jurídico; advierte este mismo autor, *ADPCP* 1992 (cit. nota 21), p. 240, que la exigencia de que el Derecho penal intervenga cuanto antes en ciertos ámbitos especialmente «sensibles» no sólo pretende servir como medio para solución de conflictos, sino que perseguir también operar como *medio pedagógico* o educador en ciertos valores emergentes –los ejemplos a los que se hace referencia son claros: la legislación penal medioambiental y la legislación antidiscriminatoria–. Alude también al efecto simbólico que produce una inmediata estigmatización de la conducta sometida a pena, que pretende resultar útil en un Derecho penal que persiga cumplir funciones educativas, SILVA, *Aproximación* (cit. nota 27), p. 306; *Vid.* también PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 256 (cit. nota 7). Por otra parte, SILVA, *Expansión*, p. 45 (cit. nota 6), se muestra con toda razón, crítico ante la visión del Derecho penal como principal o único instrumento de pedagogía social.

este efecto simbólico en sentido negativo (29) puede producir, está el hecho de que además de resultar ineficaz y destructivo a largo plazo por producir un efecto de pérdida de confianza de los ciudadanos en el ordenamiento y la Administración de Justicia, supone un ataque a los principios del Derecho penal propio de un Estado de Derecho (30).

4. Ante estas dificultades a que se enfrenta el Derecho penal y la crisis que de ello deriva surge la cuestión fundamental en que está implicada la discusión actual de la doctrina penal en este contexto,

(29) Se pone el acento en el carácter pernicioso de este uso simbólico de la norma penal, ya que no hay que perder de vista que la presencia de efectos simbólicos es una faceta —no necesariamente negativa— de toda norma penal y no constituye tampoco una característica privativa del Derecho penal moderno. Sobre este sentido «positivo» de la función simbólica del Derecho penal *vid.* HASSEMER, *Pena y Estado* 1991, (cit. nota 9), pp. 25 ss.; el mismo, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2.ª ed., Heidelberg 1996, pp. 13 s.; PRITTWITZ, *Strafrecht* (cit. nota 7), pp. 162, 255 s.; el mismo, *StV* 1991 (cit. nota 13), p. 440; BARATTA, *Art. Kaufmann FS.*, (cit. nota 15), pp. 411 ss.; el mismo, Prefacio, en MOCCIA, *La perenne Emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2.ª ed., Napoli 1997, pp. XV s. *Vid.*, igualmente, entre nuestra doctrina, SILVA, *Aproximación* (cit. nota 27), pp. 304 ss.; TERRADILLOS, «Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal», *Pena y Estado* núm. 1, 1991, pp. 9 ss. Sobre el concepto de Derecho penal simbólico y, en general sobre el tema *vid.* VOB, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Ebelsbach 1989, *passim* y especialmente, pp. 79 ss., 102 ss.; AMELUNG, «Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung», *ZStW* 92 (1980), pp. 19 ss.; HAFFKE, «Symbolische gesetzgebung? Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland», *KritV* 1991, pp. 165 ss.; SCHMEHL, «Symbolische Gesetzgebung», *ZRP* 1991, pp. 250 ss. Sobre los distintos aspectos de un Derecho penal simbólico en el Derecho penal moderno *vid.* PRITTWITZ, *Strafrecht* (cit. nota 7), pp. 255 ss. En la doctrina española *vid.* las distintas aportaciones en *Pena y Estado* núm. 1, 1991, donde también se contienen contribuciones de autores alemanes e italianos. *Vid.* en la doctrina italiana también, PALIERO, «Il principio di effettività del Diritto penale», *Riv. it. Dir. Proc. Pen.* 1990, p. 537; FIANDACA, «Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina», en L. Pepino (a cura), *La Riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Milano 1993, pp. 20 ss.

(30) *Vid.* las conclusiones a este respecto de HASSEMER, *Pena y Estado* 1991, (cit. nota 9), p. 36; el mismo, *ADPCP* 1992 (cit. nota 21), pp. 243 s; el mismo, «Perspektiven einer neuen Kriminalpolitik», *StV* 1995, p. 486; PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 260 (cit. nota 7); SEELMANN, *KritV* 1992, pp. 452 ss. (cit. nota 6) y FRETSEE, *StV* 1996 (nota 13), p. 226. Destaca también los efectos de pérdida de fiabilidad e instrumentalidad del Derecho penal a largo plazo, SILVA, *Aproximación* (cit. nota 27), p. 306. A este respecto, se alude también al efecto claramente nocivo de los déficit de ejecución, que no se refieren exclusivamente a las elevadas cifras negras, sino también a la que la escasa aplicación de la norma llega frecuentemente sólo a los casos de bagatela, a los pequeños culpables y no a los grandes que permanecen impunes; en definitiva, a la desigualdad en la aplicación de la norma que conlleva, frecuentemente, consecuencias injustas. Sobre ello *vid.* sólo SEELMAN, *KritV*, 1992, pp. 461 ss. (cit. nota 6).

esto es, analizar si el sistema está en condiciones de afrontar los nuevos retos con el instrumental a su alcance y sin perder los perfiles y las señas de identidad propias de un Derecho penal garantista. El problema que late en el fondo de esta disyuntiva es cómo se puede introducir la idea de *consecución de seguridad* –en sí legítima– a través del Derecho penal sin deformar con ello el sistema. Lo cuestionable es, como agudamente ha señalado Kindhäuser (31), por qué la *seguridad*, que es una materia genuina del derecho de «policía» y de las contravenciones administrativas, *se incorpora como idea básica del moderno Derecho penal y si su consecución puede realizarse a través de éste de manera razonable –y legítima, añadiría yo–* o si, por el contrario, tal objetivo puede desbordar en ocasiones el marco de una fundada política criminal adecuada en un Estado de Derecho o se lleva a cabo a través de vías que suponen también fricciones con los principios característicos del Derecho penal propio de tal Estado.

Aunque se volverá más adelante sobre ello, para intentar esbozar una conclusión hay que dejar claramente sentado ya aquí que la alternativa no está, al contrario de lo que habitualmente se dice, entre dos únicas posturas claramente contrapuestas. Éstas serían, por un lado, la defensora de la «modernización» y la adaptación a las nuevas tareas, aunque ello pueda suponer una renuncia, no siempre expresamente aludida ni asumida, a la estricta sujeción a las estructuras y principios de atribución de la responsabilidad penal habitualmente asociados a un Derecho penal garantista. De otro lado, estaría la que presenta los inconvenientes de que el Derecho penal abandone el núcleo original de regulación que indiscutiblemente se le atribuye, sin que deba acoger el tratamiento de los «modernos» problemas que exceden del mismo. No resulta defendible que las dos únicas alternativas ante la cuestión planteada consistan en la total funcionalización del Derecho penal que modifique o incluso renuncie a principios garantistas o, por contra, en el refugio incommovible en el llamado Derecho penal nuclear más básico, sino que se hacen necesarias las posturas intermedias que intenten alcanzar un punto de posible solución.

(31) *Universitas*, 1992, p. 229 (cit. nota 11). Apunta también la idea JAKOBS, *Sociedad*, pp. 44 s. (cit. nota 2).

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA MODERNA EVOLUCIÓN DEL «DERECHO PENAL DEL RIESGO»

Conviene ahora considerar sumariamente los trazos más significativos observables en la reciente evolución del sistema del Derecho penal en cuanto a las consecuencias que ya en plano de las *categorías y estructuras dogmáticas* acarrea la política criminal imperante, aceptando al menos como objeto de discusión el topos *Derecho penal del riesgo* (32). Se trata pues, de centrar ahora el interés en los *instrumentos y medios* que utiliza el Derecho penal moderno de manera preferente.

1. El primer rasgo visible y repetidamente aludido como una de las características del Derecho penal actual es una tendencia que podría definirse, en cuanto a su resultado final, como una *disolución del concepto o del referente bien jurídico* (33), y que pasa por la introducción preferente en los nuevos preceptos que se incorporan a las legislaciones penales de «intereses», objetos o fines de protección de carácter supraindividual o universal con un perfil tan difuso y vago que resulta difícil precisar sus contornos y designar con claridad el bien jurídico tutelado por la norma. El fenómeno es constatado de forma generalizada, pero resulta incluso auspiciado por aquellos que, básicamente, defienden el cambio de paradigma de un Derecho que prohíbe lesiones de bienes individuales a uno que pretende procurar control y seguridad en todos los terrenos en los que actúa. Así, se afirma que el alejamiento de la protección de bienes jurídicos individuales —o, más allá, la preterición de la propia referencia al concepto de bien jurídico— es consustancial con un Derecho penal que no tiene tanto que ver con el castigo o represión de daños individuales y concretos, sino con la mera *inobservancia de normas organizativas*, es decir, con la *protección de condiciones o estándares de seguridad* y

(32) Aunque como es conocido, esta etiqueta constituye precisamente el concepto clave de una teoría crítica con esta evolución y, en esa medida, su utilización puede recibir la acusación de que ya supone una cierta toma de postura. Sin embargo, la referencia a esta expresión está hoy tan extendida en la discusión y los análisis teóricos sobre la situación y evolución presente y futura del propio modelo de Derecho penal que me parece absolutamente justificado su empleo.

(33) Sobre ello, ampliamente, MÜSSIG, *Entmaterialisierung des Rechtsguts und der Kriminalpolitik*, (= *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal*. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema, versión castellana de CANCIO, M. y PEÑARANDA, E., *Revista de Derecho penal y Criminología* [en prensa]).

con la evitación de perturbaciones sociales (34); que no persigue —aparentemente— la conservación de objetos, sino el mero *mantenimiento* de la vigencia de la norma (35).

Con el surgimiento y, sobre todo, la proliferación de estos nuevos bienes se han abierto debates doctrinales importantes sobre los problemas dogmáticos y político-criminales que la admisión y protección de los mismos plantea al Derecho penal (36). En cuanto a las consecuencias de corte *dogmático* que esto conlleva, no cabe duda que una de las más destacables es la que supone el encubrimiento de la mínima lesividad del comportamiento típico a través de la «nebulosa» de un bien jurídico creado *ad hoc* (37). Éste y otros problemas aquí implicados se agravan con la *combinación* de la tutela penal de estos «nuevos bienes» con la anticipación de la misma a través de la técnica de los delitos de peligro (38) —especialmente abstracto—, ya que a la característica vaguedad del objeto de protección y lo difuso del «titular» de tales

(34) Vid. en este sentido MOCCIA, *La perenne Emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2.ª ed., Napoli 1997. p. 30; KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 231; el mismo, *Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote*. Versión dactilografiada de la conferencia dictada en la Universidad Externado de Colombia, Sept. 1996 (original alemán sin publicar) (= en KINDHÄUSER, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Bogotá 1996; pp. 65-89; traducción C. López Díaz), pp. 1 s.

(35) Así se pronuncia JAKOBS, *Sociedad*, p. 46 (cit. nota 2).

(36) Sobre este núcleo de problemas, ampliamente, vid. MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Frankfurt a. M. 1994, pp. 184 ss. y sobre los mismos, en referencia a concretos preceptos de la Parte especial, pp. 13 ss.; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos* (cit. nota 21), *passim* e Introducción; planteando la problemática ligada a la protección penal desde la óptica de la denominación «intereses difusos», vid. también CARBONELL, «Breves reflexiones sobre la tutela de los llamados intereses difusos», en *Cuadernos de Derecho judicial*, t. XXXVI, 1994, pp. 11 ss.; MORALES PRATS, «Técnicas de tutela penal de los intereses difusos», *Cuadernos de Derecho judicial*, t. XXXVI, 1994, pp. 75 ss.; PORTILLA CONTRERAS, «Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos», *CPC* 1989, pp. 723 ss.

(37) La observación corresponde a KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), pp. 231.

(38) Plantea el agravamiento de la problemática suscitada por la protección de imprecisos bienes jurídicos, cuando además a ello se une su tutela mediante delitos de peligro abstracto, HASSEMER, en *Recht und Moral* (cit. nota 25), pp. 329 ss.; el mismo, *ADPCP* 1992 (cit. nota 21), p. 242; vid. también del mismo, en, *Funktionalismus* (cit. nota 25), p. 89; HERZOG, *Unsicherheit* (cit. nota 10), pp. 109 ss.; HOHMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, Frankfurt a. M./Bern/New York/París 1991, pp. 179 ss. En nuestra doctrina alude expresamente a tal problema SILVA, *La Ley 1997-3* (cit. nota 25), p. 1716. Por su parte, recoge la opinión de Hassemer a este respecto, MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos* (cit. nota 21), pp. 3 s. En la doctrina italiana vid. MOCCIA, *Emergenza* (cit. nota 34), pp. 31 ss.

bienes jurídicos —en la medida que su ataque, frecuentemente, no presenta «víctimas» definidas— se une la inherente falta de concreción lesiva del tipo de peligro abstracto. Ello resulta, por tanto, particularmente preocupante cuando no se trata de la tutela de bienes supraindividuales con un referente claro a los bienes individuales de la máxima importancia como vida, salud, integridad de la persona u otros semejantes, sino de bienes de «nuevo cuño» sin referentes tan claros, como los del Derecho penal socioeconómico o el ambiente (39), entre otros. En esos ámbitos resulta más palmario ese cambio de paradigma que supone pasar de la tutela de bienes referidos en última instancia a intereses identificables de los individuos —en sentido individual o colectivo— a la tutela o el mantenimiento de funciones (40), de modelos de organización social o de funcionamiento de ciertos subsistemas (41).

(39) Sobre la intervención del legislador en la tutela penal en estos terrenos, *vid.* las apreciaciones en defensa de la misma de SCHÜNEMANN, «Vom Unterschichtszum Oberschichtsstrafrecht (Ein Paradigmawechsel im moralischen Anspruch?)», en Kühne/Miyazawa (ed.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderung in Japan und Deutschland*, Berlín 2000, pp. 23 s. En torno a la evolución respecto a la configuración del bien jurídico ambiental, *vid.* HIRSCH, «Strafrecht als Mittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen?», en Kühne/Miyazawa, *Neue Strafrechtsentwicklungen im deutsch-japanischen Vergleich*, Köln/Bonn/München 1995, p. 13. Sobre la configuración del bien jurídico ambiental en Derecho penal español, *vid.* por todos, JORGE BARREIRO, «Reflexiones acerca de la reforma española de los delitos contra los intereses colectivos: dos casos paradigmáticos: artículos 347 bis (delito ecológico) y 348 bis a) (protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo) del CP», *Rev. Foro Canario* 1993-I, pp. 141 ss.; DE LA MATA BARRANCO, *Protección del ambiente y accesoriadad administrativa. Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona 1996, pp. 41 ss.; SILVA, *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia 1999, pp. 80 ss.; en la doctrina italiana, solo, CATENACCI, *La Tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura «sanzionatoria»*, Padova 1996, pp. 1 ss., 9 ss., 33 ss.

(40) *Vid.* sobre el particular las consideraciones de MOCCIA, «De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales», en Silva (ed.), *Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a C. Roxin*, Barcelona 1997, (traducción de R. Ragués), pp. 119 ss., especialmente, pp. 121 ss.; el mismo, *Emergenza* (cit. nota 34), pp. 30 ss.

(41) De entre las numerosas referencias bibliográficas posibles (para las que me remito a mi trabajo más extenso *El Derecho penal en la sociedad del riesgo* (en prensa, ed. Cívitas), *vid.* sólo HASSEMER, en *Funktionalismus* (cit. nota 25), pp. 88 ss.; FRISCH, «Straftat und Straftatsystem», en Wolter/Freund (ed.), *Straftat Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg 1996, p. 150; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung*, (cit. nota 8), pp. 47 ss. Para una exposición de esta visión en la doctrina italiana *vid.* PALAZZO, «I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione», *Riv. it. Dir. Proc. pen.* 1992, pp. 468 ss. con

En un plano más general, resulta fundamental otro de los efectos que vienen propiciados por la tendencia aludida: se trata del cambio en el propio recurso al principio de protección de bienes jurídicos que, en vez de serle atribuida fundamentalmente una función de operar como criterio que sirve de instancia crítica y de limitación a la intervención punitiva del legislador, ahora se alega como criterio para exigir intervención penal o la anticipación y la exacerbación de la misma. Este giro en la orientación conlleva que la progresiva *expansión* del significado del concepto de bien jurídico, acompañada del paulatino *desvanecimiento* de sus referentes empíricos o tangibles, supone también que se le atribuya la pérdida de la *función de garantía* de los límites o de las condiciones de justificación de la prohibición penal (42). Ha pasado así a un primer plano el aspecto no deseable del principio de protección de bienes jurídicos, esto es, su empleo como *criterio de ampliación y no de limitación de la intervención* del Derecho penal (43), lo que ha contribuido, sin duda, a su desprestigio.

2. Otro instrumento básico del Derecho penal del riesgo está constituido por la creciente previsión de *delitos de peligro*, hasta el punto que ha llegado a calificarse el modelo de tipificación del delito de peligro abstracto como «tipo estándar» (44) de las reformas penales

ulteriores referencias; MOCCIA, *Política criminal* (cit. nota 40), pp. 115 ss.; y sobre la discusión, en una perspectiva general, ampliamente FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* [trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel et al.], Madrid 1995 (= *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale*, Roma/Bari 1989), pp. 467 ss.

(42) Destaca este aspecto, FERRAJOLI, *Derecho y razón* (cit. nota 41), p. 468; Vid. también MOCCIA, en Silva (ed), *Política Criminal* (cit. nota 40), pp. 114 ss.

(43) Aluden a tal cambio de tendencia en el recurso al bien jurídico *vid.* JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* (1985), pp. 752 ss. (= *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, pp. 293-324, traducción de E. Peñaranda, p. 294); HASSEMER, en *Funktionalismus* (cit. nota 25), pp. 86 s.; el mismo, en *Recht und Moral* (cit. nota 25), p. 331 y en *ADPCP* 1992 (cit. nota 21), p. 239; PRITTWITZ, *StV* 1991 (nota 13), p. 438; CALLIESS, *NJW* 1989, (cit. nota 10), p. 1339; STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung*, (cit. nota 8), pp. 42 ss. Entre nuestra doctrina, SILVA, «Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo», *AP* núm. 15 1996, pp. 247 ss.; el mismo, *Expansión*, p. 98 (cit. nota 6); MUÑOZ CONDE, en *Estudios Casabó*, (cit. nota 22), p. 532; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos* (cit. nota 21), pp. 2 s. En la italiana, BARATTA, *Art. Kaufmann FS.*, (cit. nota 15), pp. 393 ss., 400 s.

(44) En este sentido, KINDHÄUSER, *Rechtsgüterschutz* (cit. nota 34), p. 6. Aunque no puede dejar de reconocerse que el modelo de delito de peligro no es nuevo ni privativo del Derecho penal actual, se establece esa relación directa entre e fenómeno de la ampliación de los espacios de riesgo no permitido a través de la tipificación creciente de delitos de peligro.

recientes. Se dice que estos delitos más que necesarios, resultan ineludibles como opción preferente o casi única de tipificación penal de comportamientos, en la medida en que en una sociedad industrial avanzada como la presente, crecen los contactos relativa o totalmente anónimos, en los cuales es también frecuente la realización de actividades o el empleo de instrumentos que pueden tener efectos potencialmente peligrosos. Desde la perspectiva de los fines de política criminal, el empleo preferente de la figura del delito de peligro abstracto pretende obtener una protección total y sin lagunas frente a nuevas situaciones de amenaza (45): no se quiere evitar sólo la producción de modo imprudente de resultados lesivos o de daños concretos, sino que se intenta adelantar la prevención para posibilitar y garantizar mejor la seguridad y la propia *sensación* de seguridad (46). La amplitud del que podría llamarse Derecho penal del peligro es

(45) Este es el diagnóstico de SCHNEIDER, en «Die Umwandlung des Strafrechts in ein Sicherheitsrecht», en *Aktuelles Verfassungsrecht und Strafverteidigung*, (20. Strafverteidigertag von 22-24 März 1996 in Essen), Köln 1996, p. 250. Sobre las razones o motivos que explican el mayor recurso a la anticipación de la tutela penal a través de técnicas como los delitos de peligro, entre otras, y la discusión sobre la legitimidad o no de las mismas, *vid.* la amplia discusión recogida en WEBER, «Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte», en JESCHECK, H. H. (ed.), *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte. Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20 September 1985 in Göttingen.* (Beiheft ZStW 1987), pp. 1 ss.; PLATZGUMMER, «Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte im österreichischen Strafrecht», en JESCHECK, H. H. (ed.), *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte. Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20 September 1985 in Göttingen* (Beiheft ZStW 1987), pp. 37 ss.; GRASSO, en JESCHECK, H. H. (ed.), *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs- und Unternehmensdelikte. Referate und Diskussionsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20 September 1985 in Göttingen* (Beiheft ZStW 1987), pp. 57 ss. (= *Riv. it. Dir. Proc. pen.* 1986, pp. 689 ss.); TIEDEMANN, *Poder económico y delito: Introducción al Derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona 1985 (A. Mantilla Villegas), pp. 33 ss.

(46) *Vid.*, MÜLLER-TÜCKFELD, «Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts», en Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.): *Vom Unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt a. M. 1995, pp. 461-481, p. 464 [= en *La insostenible situación del Derecho penal*. Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española), Granada 2000, pp. 507-530, traducción Elena Iñigo, Nuria Pastor y Ramón Ragués]. ; KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 228, cuya afirmación al respecto resulta de suma importancia en el

explicada como la *respuesta* a la complejidad y la inseguridad de la vida en la sociedad actual, que crea la necesidad de seguridad y la correspondiente demanda de la misma, reclamando la tipificación preferente de los tipos de peligro (47), ampliando así los márgenes de los riesgos penalmente relevantes y anticipando el umbral de la punibilidad.

Desde parámetros ya atinentes a su estructura dogmática, el hecho de que se sostenga que estos delitos fijan de manera general e indiscutible en el caso concreto el comportamiento prohibido *per se*, sin consideración a su capacidad individual de conducir al peligro temido (48), tiene implicaciones que van más allá de las repercusiones puramente dogmáticas. El establecimiento así de responsabilidad penal por la mera infracción de estándares de comportamiento, sin

contexto de la discusión de si nos encontramos o no ante un Derecho penal del riesgo y de la seguridad, teniendo en cuenta que la misma proviene, precisamente, de un defensor de tal modelo de Derecho penal. En este sentido, también, guarda una evidente significación el argumento, tantas veces esgrimido por los defensores de la previsión preferente de delitos de peligro abstracto, de que éstos evitan el componente de azar inherente a los delitos de resultado (incluidos los de peligro concreto), especialmente rechazado en los delitos imprudentes; *vid.* sobre ello, entre la amplia literatura, las aportaciones de WEBER, PLATZGUMMER y la discusión recogida por MAIER, Diskussionsbericht (coloquio de la «Arbeitsitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung am 20.9.1985 in Göttingen): en JESCHECK, H. H. (ed.), *Die Vorverlegung des Strafrechtsschutzes durch Gefährdungs und Unternehmensdelikte*, (Beiheft ZStW 1987). Se refiere también a la «irrefrenable» tendencia a la tipificación de delitos de peligro abstracto en este proceso expansivo de garantizar más seguridad, SILVA, *Expansión*, pp. 35-36 (cit. nota 6).

(47) Tal dirección está representada de modo paradigmático por la postura de HERZOG, *Unsicherheit*, (cit. nota 10), p. 54; el mismo, *ADPCP* 1993 (cit. nota 21), p. 317.

(48) *Vid.* en este sentido sólo SCHÜNEMANN, *ADPCP* 1996 (cit. nota 18), pp. 199 s; JAKOBS, «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», *Estudios de Derecho Judicial* 20, 1999, pp. 123 s. Para LAGODNY, *Strafrecht*, (cit. nota 8), p. 442, se debe a la estructura de los delitos de peligro abstracto el que éstos *necesariamente* abarquen también comportamientos concretamente no peligrosos (cursiva en el original; *vid.* también p. 245). Ampliamente sobre el tema y con ulteriores referencias, me remito a mi monografía: MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, ed. Comares, Granada, donde se adopta un punto de vista que, en cambio, partiendo de lo discutible que resulta aceptar que la estructura de los delitos de peligro abstracto *obligue ineludiblemente* a castigar también comportamientos en los que *ab initio* está ausente toda peligrosidad, analiza las distintas vías que permitan encontrar una solución para los problemas tanto dogmáticos como de legitimidad de los delitos de peligro abstracto.

consideración a criterios de lesividad en el caso concreto, ni atinentes a la culpabilidad del autor —que puede haber tomado todas las precauciones necesarias para evitar el peligro o puede actuar sabiendo que en su conducta está ausente toda peligrosidad típica desde un principio—, no sólo no parece tener suficientemente en cuenta los postulados en los que se ha basado la imputación de responsabilidad penal, sino que supone perder buena parte de los elementos que configuran la particularidad de la misma, acercándola a lo que es más propio del Derecho administrativo. La creciente utilización del modelo de tipificación del delito de peligro abstracto tiene la finalidad confesada de ampliar la capacidad de respuesta y afianzar la tendencia expansiva, puesto que desde el punto de vista de su estructura dogmática, al disminuir los requisitos de punibilidad facilitan enormemente la aplicación del tipo y, con ello, el alcance del instrumento penal (49). La presunción o generalización del peligro para el interés protegido entraña evidentes problemas de legitimidad (50), que se pueden sintetizar en la fricción con los principios de lesividad del hecho y de culpabilidad por falta de un injusto material, a la que daría lugar la imposición de una pena por hechos que individualmente no muestran una peligrosidad suficiente de la que poder hacer responsable al autor, pero que por ello también se pueden referir al principio de proporcionalidad. La aplicación estricta o automática de las normas que prevén delitos de peligro abstracto conforme a las interpretaciones «formales» tradicionales —teoría de la presunción y teoría del peligro general como «ratio» de la incriminación—, junto con su tipificación a través de delitos por acumulación, tipos penales en blanco que remiten el injusto a la nueva infracción administrativa, etc., hacen surgir el temor de estar haciendo un uso en buena medida ilegítimo del instrumento penal, especialmente cuando se afirma la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y, con ello, la plena punibilidad del hecho aunque

(49) Ello es así, si se sigue la interpretación habitual según la cual se atribuye usualmente a tal técnica la característica de anudar la punibilidad a la mera realización de la conducta descrita en el tipo, sin que normalmente se discuta en el momento de la aplicación de la norma, para afirmar la tipicidad del hecho concreto, si tal conducta es realmente peligrosa, sino que ello pretende ser únicamente elemento de la valoración realizada por el legislador en el momento de la creación de la norma; *vid.* a este respecto, HASSEMER, *Pena y Estado* 1991, (cit. nota 9), p. 35; el mismo, *StV* 1995 (cit. nota 30), p. 484; LAGODNY, *Strafrecht*, (cit. nota 8), pp. 186 ss., 240.

(50) Entiende sin embargo LAGODNY, *Strafrecht*, (cit. nota 8), p. 245, que con razón, el Tribunal Constitucional alemán se refiere a tal presunción como una de carácter irreatable y vinculante; *vid.* también *ibídem*, pp. 191 ss., 480 ss.

sea evidente la ausencia de peligrosidad de la conducta desde el momento de su realización, o a pesar de que el autor haya tomado medidas para evitar el surgimiento del peligro (51). Así, cuando se anuda una pena criminal a conductas que carecen de referencia lesiva evidente, resultan evidentes las tensiones con las características propias del concepto *material* de delito; ello comporta, como se ha señalado, una cierta confusión entre aquello que debe reputarse como injusto criminal y lo que no es más que mero control «socialtecnológico» (52) de comportamientos que se desvían de la regla, diluyéndose también así indudablemente las fronteras del Derecho penal con otras materias.

3. A la difuminación de la lesividad de las conductas incriminadas, es decir, de lo que se consideran caracteres necesarios de toda infracción penal, contribuyen también otros muchos factores, a veces añadidos y, en otras ocasiones, independientes de la tipificación de delitos de peligro abstracto. Así la anticipación visible en los más variados ámbitos de la punibilidad de comportamientos; la creación de tipos delictivos por acumulación; la determinación del injusto criminal sólo por referencia a la infracción administrativa, es decir, insuficiente carga de lesividad de la conducta individual desde parámetros estrictamente penales y no administrativos, a lo que frecuentemente se une la reducción o disminución de las exigencias de la prueba de la virtualidad causal de las conductas punibles. Es visible asimismo, el recurso a técnicas legislativas de difícil compatibilizaron con principios elementales vigentes en la definición de lo delictivo, al igual que la relativización de importantes categorías dogmáticas. En relación con todo ello, la crítica global del fenómeno se resume en una *flexibilización y desformalización* de las estructuras y categorías dogmáticas asentadas, que sería también objetable

(51) Vid., entre otros, sobre un planteamiento similar de los problemas de legitimidad de los tipos de peligro abstracto KINDHÄUSER, *Gefährdung*, (cit. nota 11), pp. 225 ss.; FRISCH, «An den Grenzen des Strafrechts», en *Festschrift für Stree und Wessels zum 70 Geburtstag*, Heidelberg 1993, pp. 91 ss.; HASSEMER, *Funktionalismus*, pp. 89 ss. (cit. nota 25); HERZOG, *Unsicherheit*, (cit. nota 10), *passim*. Cfr. también, LAGODNY, *Strafrecht*, (cit. nota 8) *passim*, especialmente, en conclusión, pp. 425 ss., 430 ss., 437 ss., 441 s., 480 ss.

(52) Por utilizar una expresión de FRISCH, en *Straftat* (cit. nota 41), p. 150, (con ejemplos del CP alemán y ulteriores referencias). Se destaca que las conductas se definen por su violación a un estándar, muchas veces fijado desde instancias extrapenales, y en muchas ocasiones también, no pasan de ser meros comportamientos inadecuados para el modelo de funcionamiento de determinado subsistema.

desde el punto de vista de las garantías propias de un Derecho penal del Estado de Derecho (53).

Analizando algunos de los más significativos factores señalados, un primer síntoma de este proceso se daría ya desde la propia ley con la *indeterminación* que provoca el incremento de ciertas técnicas legislativas, como la inclusión creciente de tipos en blanco, de cláusulas generales y de elementos típicos indeterminados, todo lo cual facilita la intervención penal. La pretensión de crear preceptos omni-comprendivos conduce a una redacción poco clara, con múltiples remisiones entre tipos, utilizando conceptos indeterminados, remisiones tremendamente generales a normas extrapenales, trasladando también a ésta muchas veces la determinación del injusto. Ello suele suponer que, en más ocasiones de las deseables, el comportamiento incriminado muestre una mínima lesividad, lo que en los no pocos casos de fijación de un marco penal elevado supone una amenaza para el principio de proporcionalidad (54). Junto a ello, se asiste también a la «difuminación» y «flexibilización» de ciertas categorías y principios dogmáticos de imputación objetiva y subjetiva, que afectan a la determinación de la relación de causalidad, cada vez más apoyada en una «causalidad general», a la carga de la prueba —cuyas escrupulosas exigencias no son siempre respetadas—, a la concreción individual del riesgo penalmente relevante, a la imputación individual, de responsabilidad, al concepto de dolo y su diferencia con la imprudencia —en la medida en que se identifica dolo con conciencia del riesgo y se diluye la distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente—, así como enturbiando la nítida diferenciación entre autores y meros partícipes y entre consumación y formas preparatorias o intentadas del delito (55) que, en algunos

(53) Sustentadores de esta crítica son en Alemania tanto HASSEMER, *AK StGB* (cit. nota 25), antes del § 1, como PRITZWITZ, *Strafrecht*, pp. 248 ss. (cit. nota 7); en la literatura española *vid.* HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia 1995, p. 122; SILVA, *Expansión*, pp. 83 ss. (cit. nota 6).

(54) Un ejemplo de estos dos últimos caracteres apuntados coinciden en mi opinión en el art. 380 CP, que tipifica el criticado delito de desobediencia consistente en la negativa a someterse a las pruebas tendentes a la determinación del índice de alcoholemia, castigado con una pena superior a la prevista para el delito cuya comisión se pretende probar. En contra de que tal precepto atente contra el principio de proporcionalidad, *vid.* STC 161/1997 de 2 de octubre.

(55) *Vid.* PRITZWITZ, *Strafrecht*, pp. 248 ss. (cit. nota 7); HERZOG, *ADPCP* 1993 (cit. nota 21), p. 319; HASSEMER, *ADPCP* 1992 (cit. nota 21), p. 244; el mismo, *AK StGB* (cit. nota 25), antes § 1, nm. 480 ss., 487 ss. 490; sólo a efectos de discutir la supuesta flexibilización de tales categorías o criterios, HILGENDORF, *Produzentenhaftung* (cit. nota 16), pp. 48 ss., 52 ss. *Vid.* también la referencia a esta

ámbitos (56), están perdiendo o han perdido ya el significado básico que tenían. Indudablemente, ello conlleva además de la clara disminución de los requisitos de punibilidad, la merma de las posibilidades de defensa y de control a través de criterios dogmáticos de la decisión del juez, que a su vez está muy supeditado por el legislador (57).

Bajo esta objeción se alude, por tanto, a una relativización o incluso la disminución de barreras o límites que, erigidos de manera sistemática en función de los principios de un Derecho penal respetuoso con el Estado de Derecho, parecen dificultar la prosecución de ciertos fines político-criminales (58) y verse como obstáculos a la consecución de los mismos. Uno de los sustentadores de esta crítica señala cómo en tiempos recientes se pueden apreciar señales de una disminución de los esfuerzos por hacer segura la aplicación de las leyes penales: en el proceso de modernización del sistema penal se observaría, tanto en la *praxis* como en la teoría, una tendencia a considerar los principios y garantías tradicionales del Derecho penal material como algo «pasado» cuando no una rémora que, por su carácter excesivamente conceptual o abstracto, formal y rígido, vienen a obstaculizar el logro de los intereses y el empleo de instrumentos de una política criminal efectiva (59).

flexibilización respecto a los supuestos de responsabilidad por el producto como uno de los «nuevos ámbitos» del moderno Derecho penal en RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, en *Estudios Prof. Casabó* (cit. nota 18), pp. 695, 707. Entre nuestra doctrina recoge también todos estos caracteres de lo que él prefiere llamar una «dogmática de globalización», SILVA, *Expansión*, pp. 18, 83 ss. (cit. nota 6).

(56) El de las conductas relativas a drogas es un ejemplo paradigmático de dicha flexibilización o incluso anulación de tales criterios diferenciadores, pero también el del medio ambiente o el del Derecho penal económico son terrenos abonados para propiciar dicho efecto.

(57) Así HASSEMER, *ADPCP* 1992 (cit. nota 21), pp. 244-245.

(58) Este es el pronunciamiento que recoge HASSEMER, *AK StGB* (cit. nota 25), antes del § 1, nm. 480-481, 487 ss.; *vid.* también PRITTWITZ, *Strafrecht*, pp. 248 ss. (cit. nota 7); HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Responsabilidad por el producto* (cit. nota 53), p. 122, refiriéndose a la desformalización de los presupuestos de imputación que tiene lugar para que el Derecho penal pueda ser un instrumento válido para prevenir los problemas que suscita la responsabilidad por el producto y cómo ello supone una disminución de las precisiones conceptuales, de las garantías del Derecho penal material y formal y una flexibilización de las estructuras dogmáticas asentadas. En la doctrina española, por todos, SILVA, *Expansión*, pp. 41, 51 ss. (cit. nota 6).

(59) *Vid.* HASSEMER, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª ed., München 1990, p. 274. Incluso se procede a la ridiculización de tales caracteres y principios propios de un Derecho penal garantista liberal desde posiciones ajenas al mundo jurídico, cuando se presentan las estructuras de la imputación como algo anticuado o pasado de moda; *vid.* BECK, *Gegengifte. Die organisierte Untverant-*

3. LOS PRINCIPIOS LIMITADORES IMPLICADOS POR LA EVOLUCIÓN ACTUAL

En lo que se refiere específicamente a los principios que resultan potencial y a veces efectivamente afectados o amenazados por el desarrollo actual del Derecho penal, el elenco resulta tan amplio como lo es el catálogo de los mismos; es decir, alcanza a todos, aunque seguramente en distinta medida. En un repaso muy sumario de los problemas que los elementos más polémicos señalados ocasionan para los principios de garantía, y sin pretensiones de exhaustividad, sino de dibujar el panorama global, cabría señalar lo siguiente:

1. En primer lugar, es innegable la existencia de un alto consenso en torno a la idea de que el principio de intervención mínima es uno de los más directamente cuestionados y contradichos por la política criminal imperante en nuestro país y aún en mayor medida en otros ordenamientos penales de nuestro entorno. A ello no sólo contribuye la incompatibilidad que la consecución de un control global sobre todo riesgo supone respecto del *carácter fragmentario* del Derecho penal, sino también, de modo muy especial, la puesta en cuestión de otro de los aspectos implicados en el principio de intervención mínima como es el principio de *subsidiariedad* o *ultima ratio*. En efecto, en directa relación con este principio, son constatables diversos factores que confluyen finalmente en un mismo punto: la inserción del instrumento penal en supuestos en los que no se puede sostener que éste constituya el *último recurso* de la política de control social. Entre tales factores, el más directamente relacionado con los caracteres propios de la sociedad del riesgo es el que supone que la demanda de control se dirige en primera instancia al Derecho penal en vez de prioritariamente a otros órdenes de control, jurídicos o no. La política criminal intervencionista es forzada indudablemente desde diversas instancias sociales y el Estado acepta recondu-

wortlichkeit, Frankfurt am Main, 1988, p. 214 (= *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*, Barcelona 1998, trad. de Martin Steinmetz). Vid. también ampliamente WOLF, en Beck, *Politik in der Risikogesellschaft. Essays und Analysen*, Frankfurt am Main, 1991, pp. 379 ss. Recoge también este rasgo de las demandas de protección y seguridad presentes en la esta evolución, SILVA, *Expansión*, pp. 30, 55 s. (cit. nota 6), que alude a la «animadversión» y «desprecio» frente a las formas y procedimientos que se acogen como «obstáculos» o «problemas» frente a la aspiración de eficacia en la consecución de seguridad.

cirilas al Derecho penal como si éste fuera el único instrumento a su alcance (60). Relacionado en parte con ello, pero también propiciado por otras razones, se alega la inexistencia de formas de control o protección no jurídica, así como la inadecuación o el mal funcionamiento de otros órdenes normativos (61) para acudir al control jurídico-penal, sin cuestionarse antes si efectivamente la respuesta penal es en sí la necesaria y la adecuada. Pero indudablemente también convergen aquí otras razones como la de pretender obtener y potenciar los efectos simbólicos atribuidos y atribuibles al Derecho penal, acudir a una solución aparentemente sencilla, contundente y eficaz, además de cómoda y comparativamente barata para los poderes públicos.

2. En segundo lugar, la tendencia a extender los límites del Derecho penal específicamente a través del adelantamiento de la punibilidad y de la configuración de bienes jurídicos de vagos contornos afecta de manera central al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos merecedores y necesitados de tutela penal y al conexo principio de necesaria lesividad de la conducta inculpada para aquellos. Ambos principios son vulnerados por preceptos de índole y sectores de tutela diversos a través de numerosos factores adicionales que van desde la elección de la concreta técnica de tutela entre las distintas clases de delitos, la utilización de diversos recursos de tipificación del hecho punible antes aludidos –ley penal en blanco, tipos indeterminados y cláusulas omnicomprendivas–, sólo compatibles con tales principios si se cumplen determinados requisi-

(60) Así pues, reconociendo que es cierto que se produce esta instrumentalización del Derecho penal para contrarrestar la inseguridad, no comparto la idea de que en un Estado de Derecho que intente asegurar «máximas prestaciones, máxima participación y máximas garantías» sólo sea posible un, llamémosle, «Derecho penal máximo» como parece pensar SILVA (*Expansión*, p. 40, nota 55 [cit. nota 6]) y que la pretensión de un Derecho penal limitado constituya una *contradictio in terminis* y sea, por tanto, incompatible con un Estado que garantice máximas prestaciones. Entiendo, en cambio, que las prestaciones y la protección de las mismas que debe ofrecer un Estado de Derecho democrático avanzado no han de ser necesariamente garantizadas a través del Derecho penal; precisamente el error de base es pretender o aceptar que sólo el Derecho penal brinda y garantiza seguridad: para ello se ofrecen otras vías y es también deber del Estado que estas existan, sean operativas y eficaces para la consecución de los fines que le son propios, en vez de deformar el instrumento penal. En definitiva, un «Estado de Derecho máximo» no presupone necesariamente un Derecho penal «máximo».

(61) Señala también este factor como explicación de la demanda de criminalización y la consiguiente expansión precisamente del Derecho penal, SILVA, *Expansión*, p. 44 (cit. nota 6).

tos que no siempre se dan. La proliferación de técnicas de tipificación poco escrupulosas con los mencionados principios produce a su vez otro efecto distinto: la afectación de otros postulados de relevancia constitucional como el principio de legalidad –a través de la posible vulneración de la reserva de ley, de la exigencia de certeza y suficiente salvaguarda de la función de garantía de los tipos que comporta cierto grado de inseguridad jurídica–, o también, del principio del hecho. Este último se ve asimismo claramente rebatido por la incriminación de conductas en sí no claramente lesivas, que se someten a pena simplemente porque se toman como conductas preparatorias o previas de otras que son las que atentan realmente contra el bien jurídico, y ello aunque no llegue a cometerse esta segunda acción. Igualmente la punición de lo que no son más que expresión de ideas, sin que pueda afirmarse una conducta de provocación o proposición al delito, resulta difícilmente compatible con este principio.

3. En lo que se refiere al principio de proporcionalidad, ni en su acepción amplia de intervención penal *necesaria y eficaz*, ni en sentido estricto como *respuesta proporcionada* al ataque que representa el hecho punible, resulta en todo caso suficientemente preservado. En cuanto a lo primero, ya se ha hecho referencia a la falta de constancia de la *necesidad* de la intervención estrictamente penal visible en la política criminal imperante. En lo que se refiere a la eficacia de la intervención penal hipertrofiada en cantidad o intensidad punitiva tampoco parece necesario insistir más allá de lo que se ha dicho y de la necesidad de apoyar suficientemente, a través de estudios empíricos, la afirmación de aquella. Sin infravalorar estos aspectos, adquiere dimensiones especialmente graves el que tiene que ver con la *proporcionalidad en sentido estricto*, esto es, con el imprescindible equilibrio entre el empleo del instrumento penal y la entidad y gravedad de la conducta incriminada (62). El panorama presente es, a este respecto y en mi opinión, demoledor en numerosos casos: la afirmación programática de que el Derecho penal se inserta como la *ultima ratio* en la cúspide de las reacciones normativas es clara-

(62) Sobre ello, *vid.* el interesante estudio de las diversas implicaciones de la cuestión de SILVA, «Eficiencia y Derecho penal», *ADPCP* 1996, pp. 93ss.; LASCURAÍN, «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho público* núm. 5, 1998, pp. 159 ss.; ampliamente con un estudio sobre contenido del principio de proporcionalidad y la compatibilidad con éste del supuesto de anticipación de la punibilidad constituido por los delitos de peligro abstracto, AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Madrid 1999, *passim* y especialmente, pp. 149 ss., 323 ss.

mente desmentida por los hechos (63). Por otro lado, la configuración de algunos de los bienes tutelados, así como la elección de las fórmulas de tipificación de conductas es muchas veces más propia del Derecho administrativo, lo que propicia un desdibujamiento de la distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador que ha supuesto de hecho una progresiva administrativización del Derecho penal (64) en lo que concierne a las técnicas y los objetos de protección, en definitiva la configuración de la materia de prohibición, sin por ello dejar de lado lo que es consustancial al Derecho penal, esto es, la utilización de la pena criminal y de la que lo es por excelencia: la pena privativa de libertad.

Finalmente, entiendo que la aplicación práctica de todo el sistema generado comporta, de hecho, una posible vulneración del principio de igualdad, en la medida en que la sanción penal alcanza frecuentemente, y a veces prácticamente en exclusiva, sólo a los casos de bagatela o de menor trascendencia entre los ataques al bien jurídico de que se trate (65). Ello resulta palmario en terrenos como el de la represión del tráfico de drogas, los atentados medioambientales y contra la flora y la fauna y parece que también entre los nuevos preceptos contra la ordenación del territorio. Esto último tiene, como se ha destacado, múltiples efectos, uno de los cuales es el de crear, en más ocasiones de las convenientes, una sensación de *desigualdad* y favorecer consecuencias en parte injustas en la aplicación de la ley (66).

La constatación de estos efectos perceptiblemente unidos a la

(63) Son numerosos los preceptos del CP de 1995 que no merecen por la conducta punible o la forma de tipificarla, estar donde están; tanto los que no deberían constituir una conducta penalmente relevante o, al menos, no de la forma en que está prevista, como en otros casos en los que se fijan, además, penas desproporcionadas a la gravedad atribuible al hecho incriminado, se plantea la eventual infracción del principio de proporcionalidad en el sentido de fragmentariedad y *ultima ratio*.

(64) Este es el diagnóstico de SILVA, *Expansión*, pp. 100 ss. (cit. nota 6).

(65) *Vid.* sobre la presencia de tal atentado, SCHÜNEMANN, *ADPCP* 1996 (cit. nota 18), p. 196; HERZOG, *Unsicherheit*, (cit. nota 10), pp. 142 s.; HOHMANN, *Rechtsgut* (cit. nota 38), p. 205; *vid.* también ALBRECHT, P. A., *KritV* 1988 (cit. nota 15), pp. 182, 188 ss.

(66) *Vid.* la ejemplificación de casos en los que se ha aplicado el rigor de la ley penal, frente a otros mucho más graves que no llegan a ser enjuiciados siquiera, en HEINE, «Derecho penal del medio ambiente. Especial referencia al Derecho penal alemán», *CPC* 1997, p. 62: pena por eliminación ilegal de desechos a quien permite que su perro deposite excrementos en un parque; pena por tortura de animales al cineasta que, para mostrar sus efectos, introduce en un acuario con peces la misma sustancia que produjo la grave contaminación en el Rin por vertidos de la multinacional Sandoz, mientras que el propio vertido industrial mencionado acabó en sobreesimamiento. Nuestra Jurisprudencia en materia de protección de fauna y flora —entre otros variados ámbitos— ofrece también ejemplos de cómo la represión penal alcanza básicamente a los hechos casi anecdóticos.

evolución presente del Derecho penal, no permite concluir, sin más, que los preceptos o las interpretaciones flexibles que se hacen de determinadas categorías o principios pueden ser considerados directamente inconstitucionales. El juicio ha de ser necesariamente más matizado, ya que como se ha puesto de manifiesto no sólo por diversas sentencias del TC, el margen del legislador a este respecto es considerablemente holgado, en cuanto que el marco constitucional también lo es. En lo que se refiere al intérprete, no cabe duda que también hay un amplio espacio de interpretación de lo que es abiertamente incompatible con las garantías constitucionales y lo que puede reputarse simplemente como una práctica no todo lo respetuosa que cabe con los principios y garantías mencionadas, o que fuerza algo su estricto respeto. Solo de manera aislada y excepcional, por tanto, las amenazas al pleno y escrupuloso cumplimiento de los mencionados principios, supondrá también la afirmación de la inconstitucionalidad del precepto o de la interpretación de que se trate. La cuestión afecta más a los límites y la configuración del modelo de Derecho penal que se está configurando, que a un problema de abierta inconstitucionalidad de todos los preceptos que puedan ser ejemplo de esta evolución.

4. EXAMEN DE ALGUNAS DE LAS MANIFESTACIONES EXPANSIVAS. ALGUNOS EJEMPLOS

El Derecho penal del riesgo no es sólo el que pretende hacer frente a los nuevos riesgos tecnológicos, sino también aquel que quiere controlar e incluso conjurar antes de su surgimiento todo riesgo en los más variados terrenos; por ello resulta prototípico del mismo la búsqueda y aseguramiento del máximo de seguridad también en todos ellos. La presión a la que la consecución de seguridad somete al Derecho penal no opera o se limita sólo a los que podríamos denominar «nuevos ámbitos» donde son más visibles los embates de los nuevos riesgos típicos del presente, sino que se «contagia» a todo el conjunto, surgiendo en los más diversos sectores síntomas típicos del afán preventivo de control total. Los supuestos que pueden ejemplificar los caracteres de la evolución señalada pueden encontrarse efectivamente por doquier y no sólo en lo que constituyen los sectores de intervención creciente inducidos por los cambios que conllevan nuevas tecnologías y las novedosas formas de agresión a intereses o bienes tutelados penalmente —significativamente, delitos

contra el medio ambiente, contra la seguridad colectiva, incluyendo especialmente los de riesgo catastrófico, y contra la salud pública, delitos de manipulación genética—. Así, en terrenos en principio alejados de tales novedades, se ha podido desarrollar toda una serie de preceptos o incluso de leyes penales especiales que en algún país como Italia se ha denominado *legislación de emergencia* o, también, lo que en Alemania Jakobs ha denominado «*Derecho penal del enemigo*» (67).

En lo que se sigue trataré de ilustrar a través de algunos ejemplos extraídos de sectores diferentes e incluso en algunos casos distantes entre sí, lo que a mi modo de ver constituyen incriminaciones que suponen una evidente puesta en cuestión de lo que hasta ahora vienen siendo considerados como principios limitadores básicos de un Derecho penal «clásico» garantista, y que, en mi opinión, deben seguir constituyendo principios estructurales legitimadores de toda intervención penal presente y futura.

1. En primer lugar me referiré a un supuesto que prácticamente contiene todos los problemas antes aludidos; se trata de algunos de los tipos contenidos dentro del Capítulo IV del Título XVI de los delitos relativos a la protección de la flora y la fauna. En concreto fijaré ahora la atención en el artículo 335, que reprime el comportamiento de quien cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior (referido a especies amenazadas así como a las que se encuentren en peligro de extinción), no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia, con la pena de multa de cuatro a ocho meses. Se trata en mi opinión, atendiendo al bien jurídico tutelado en estos preceptos —el medio ambiente y la biodiversidad— de delitos de peligro y, más concretamente, de tipos acumulativos o delitos por acumulación, pues salvo casos de acciones masivas de caza o pesca, lo habitual es que acciones aisladas como las descritas no sean aptas para afectar de modo

(67) Expresión acuñada en su trabajo sobre anticipación de la tutela penal en *Estudios*, pp. 293 ss. (cit. nota 43), del que constituirían ejemplos, la apología del delito del § 140 del CP alemán o la instigación del § 130, la exaltación de la violencia del 131 del mismo cuerpo legal, la fundación de asociaciones de carácter delictivo §§ 129 y 129 a, § 30 todos ellos del CP alemán; la producción de narcóticos por bandas organizadas § 30 I 1 de la Ley de Narcóticos o Estupefacientes, etc. Sobre el desarrollo del Derecho penal político, además de las obras citadas en nota 15, *vid. DENCKER, DAS «Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus», StV 1987, pp. 117 ss.*; el mismo, «Gefährlichkeitsvermutung statt Tatschuld?», *StV 1988, pp. 262 ss.*, en el que vislumbra el peligro de crear un Derecho penal de intención, en el sentido denunciado también por Jakobs.

relevante a los bienes protegidos. El principio de *intervención mínima*, tanto en su aspecto de intervención subsidiaria, como de *última ratio* se ven absolutamente puestos en entredicho por un tipo que ni en la delimitación del objeto contra el que se ha de dirigir la acción, ni en la propia descripción de la conducta típica y de su relación con una afectación relevante del bien jurídico tutelado, se mantiene dentro del mínimo exigible para merecer respuesta penal. La definición de la conducta típica queda íntegramente relegada a normativa administrativa que no se limita a complementar o delimitar el tipo delictivo, de manera que éste no contiene el «núcleo esencial de la prohibición», como ha exigido el TC (68) que ocurra en los casos de leyes penales en blanco que realizan remisiones a normas administrativas. Pero también el principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos*, así como el de necesaria *lesividad del hecho* se ven afectados, ya que no ha de recaer la acción sobre especies amenazadas ni en peligro de extinción sino, por eliminación, en cualquiera cuya caza o pesca «no esté expresamente autorizada», por lo que no se evidencia la necesidad de tutela penal, ni se exige una peligrosidad de la acción que dote al hecho de una relevante antijuridicidad material o contenido de injusto material.

Junto a ello, la redacción del tipo con una anómala técnica de tipificación que supone considerar como delictivo todo lo que no esté expresamente permitido, creando así un margen de inseguridad incompatible con la exigencia de *certeza* de la norma penal que asegure suficientemente la función de garantía de la tipicidad, además de la posible infracción de la reserva de ley por la incorrecta remisión a normativa administrativa, hace el precepto difícilmente compatible con el principio de legalidad y plantea en este caso razonables dudas de constitucionalidad, como acertadamente señala la STS de 8.2.2000 (69). Efectivamente, como refiere la misma Sentencia, cabría entender que resulta delictiva la captura de un solo ejemplar de cualquier especie animal aunque no esté amenazada ni en peligro de extinción, en el caso de que la correspondiente Comunidad Autónoma de Murcia no

(68) Vid. SsTC 127/1990; 118/1992; 111/1993; 62/1994; 24/1996 y 120/1998.

(69) (Ponente Conde-Pumpido Tourón). Dudas que no supusieron la formulación de la correspondiente cuestión de constitucionalidad debido a su improcedencia por considerar la STS que el precepto cuestionado no era finalmente de aplicación al caso por no quedar en su opinión subsumido el hecho juzgado en el referido art. 335 CP –se trataba de la captura de dos jilgueros por una persona autorizada a la caza de dichas aves para canto y cría por un permiso otorgado por la CA de Murcia, que no era extensible a la provincia limítrofe de Almería, donde tuvo lugar la captura.

haya dictado una norma que autorice expresamente su caza o pesca, con absoluta independencia de que la acción en el caso concreto resulte totalmente inofensiva para el bien jurídico tutelado en el precepto y en el Capítulo en el que éste se integra. La inconveniencia del precepto se pone aún más en evidencia cuando incluso acciones banales como la eliminación de roedores o de insectos o la pesca deportiva de costa estaría abarcada por el tenor del tipo, aunque evidentemente sean posibles interpretaciones restrictivas como las que de manera encomiable suelen hacer las Audiencias Provinciales. Pero lo cierto es que ninguna de ellas resulta directamente deducible de la literalidad del precepto y, por tanto, queda finalmente en manos de la discrecionalidad del juzgador.

Prácticamente lo mismo se puede decir de la norma contenida en el artículo 332 que sanciona con una pena de prisión de seis meses a dos años al que corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos. En esta modalidad del inciso primero –no extensible al inciso segundo referido a la destrucción o alteración grave del hábitat de estas especies–, y salvo la importante diferencia de que el objeto de protección se limita convenientemente a las especies de flora protegidas, la mera recolección de una mata de una planta perteneciente a una especie protegida puede subsumirse en la descripción típica y constituir materia delictiva (70) castigada con una pena de prisión cuyo límite máximo la hace no susceptible de suspensión (71). El castigo de tales supuestos de bagatela a través de preceptos tan defectuosos provoca graves fricciones con los mencionados principios, lo cual hace totalmente rechazable su previsión.

2. Un segundo campo donde resultan manifiestos al menos algunos de los caracteres del Derecho penal de la sociedad del riesgo viene constituido por los tipos delictivos que se podrían incardinar en el lo que con una expresión gráfica se ha denominado «*Derecho penal del enemigo*», que se singularizan básicamente, aunque no sólo, por la nota común de la contradicción que pueden entrañar con el princi-

(70) Como efectivamente se consideró en el caso de un pastor que, pastando con su ganado, cogió una mata silvestre de lo que le pareció manzanilla común, cuando en realidad se trataba de una especie de manzanilla protegida.

(71) Si se interpreta que sólo se pueden dejar en suspenso las penas privativas de libertad inferiores a dos años (art. 80 CP), aunque el art. 81, 2.º permitiría interpretar que también los son las que tengan una duración hasta dos años de privación de libertad.

pio del hecho y con el de lesividad, en aquellos casos en que no queda clara la peligrosidad del hecho que se castiga sin tomar en cuenta la eventual realización de hechos futuros, del propio autor o de un tercero (72). Entre los caracteres típicos de tal Derecho penal del enemigo ha resaltado Jakobs los siguientes: en primer lugar, el *amplio adelantamiento de la punibilidad*, con un cambio de la perspectiva desde el hecho ya producido al del hecho que se supone que se va a realizar en el futuro –así en la tipificación de la mera creación de una organización con fines criminales o la mera tenencia de droga con la supuesta finalidad de destino al tráfico–. En segundo lugar, es característico el elevado marco penal de estos preceptos, en la medida en que no se procede a una reducción de la pena en proporción al adelantamiento de la punibilidad que se produce; es decir, se produce la *desatención del principio de proporcionalidad* al fijar las penas de estos supuestos de anticipación frente a tipos consumados. Además, se señala la tendencia en este campo a pasar en buena medida de la legislación a través de preceptos integrados en el CP a la previsión de leyes penales especiales –caso evidente en Alemania y prototípico en Italia a través de la llamada legislación de emergencia, aunque menos evidente entre nosotros–. Finalmente, resulta también característica distintiva la *supresión o reducción de las garantías procesales*, por ejemplo a través de la incomunicación del procesado (73) o prácticas poco rigurosas con las garantías que deben rodear la prueba. En definitiva, en muchos de los tipos se pueden apreciar de manera inequívoca tanto los síntomas característicos de la política criminal apuntada, como indicios de afectación de garantías que tal vez algunos puedan calificar como «viejas», pero que en mi opinión siguen siendo de necesaria actualidad. Este tipo de incriminaciones serían expresión inequívoca de un pensamiento defensorista que quiere optimizar la seguridad de bienes, aun antes de que estén incluso planificadas o comenzadas las actividades que puedan ponerlos en peligro. Resultan claramente perceptibles en este terreno los caracteres apun-

(72) El problema en muchos de estos delitos es que el comportamiento verdaderamente peligroso no es el que se castiga, sino que la realización del peligro depende de un hecho que todavía no ha sido realizado ni tal vez siquiera planeado, lo cual supone una invasión en el ámbito interno del autor que no es correcta desde el punto de vista de las garantías de un Estado de Derecho. Sobre ello, ampliamente *vid.* JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Berlín 1991, § 6/86 a., así como *Estudios*, pp. 293 ss. (cit. nota 43).

(73) *Vid.* JAKOBS, en *Estudios de Derecho judicial* 20, 1999 (cit. nota 48), pp. 138 s.

tados en el sentido de una política criminal preventiva que aspira a un mayor control anticipando extraordinariamente y agudizando la intervención penal, así como el recurso al principio de protección de bienes jurídicos como criterio desde el que reclamar la criminalización de comportamientos a costa de invadir esferas de libertad del potencial autor.

Los argumentos sugeridos por Jakobs en el sentido de que algunos comportamientos sancionados no constituirían todavía un comportamiento externo perturbador, así como de que la pena se estaría aplicando en estos casos sobre la base de lo planeado por el autor, es de gran utilidad para rechazar la legitimidad de algunos delitos asignados a este grupo, pero también de otros como la tenencia de drogas con el supuesto fin de traficar con ellas, antes de que tal intención aparezca evidentemente reflejada en hechos externos. El contrapunto a esta evidencia de optimización de la seguridad vendría a ser la maximización de la garantía de la libertad de los ciudadanos, no concebidos como enemigos. Es decir, que en la contraposición entre libertad o seguridad, la opción preferente no sea en todo caso la seguridad a toda costa. A esta conclusión se puede llegar por un camino o desde un punto de vista que difiere del de Jakobs, partiendo de la defensa de un Derecho penal concebido de modo fragmentario y como *ultima ratio* en el que el principio de protección de bienes jurídicos no es necesariamente un aliado de la construcción de un Derecho penal máximo ni de un Derecho penal del enemigo. Por el contrario, si este principio se pone en conexión con los valores y la jerarquía de bienes que se desprende del modelo de Estado configurado por la Constitución, las intromisiones en la esfera privada del potencial autor no pueden considerarse legítimas para proteger bienes de menor importancia –y frente a ataques de escasa envergadura– que la libertad de acción y la esfera privada de todo ciudadano: en este sentido, el *status* del potencial autor como ciudadano es un valor más a proteger, que por ello ha de ser tomado en cuenta en el proceso de criminalización y tipificación de conductas.

En todo caso y en relación no con el Derecho penal del enemigo, sino con la tendencia apuntada de la estandarización de los criterios para determinar el carácter perturbador de las conductas hay que resaltar que, del mismo modo, debería considerarse impropio de un «Derecho penal del ciudadano» determinar el carácter lesivo de las conductas penalmente relevantes mediante criterios generalizadores, fijados de modo centralizado y a través de meras infracciones al estándar precisado con pautas no estrictamente penales.

En lo que se refiere a nuestra legislación, y dejando aparte la legislación antiterrorista (74), entre los preceptos recogidos en la Sección primera del Capítulo IV, atinente a los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución, —que han sufrido un notable incremento en el CP de 1995—, sobresale la norma contenida en el artículo 510 CP que tipifica una conducta de instigación a la discriminación, al odio o la violencia contra determinados sectores de la población, así como la difusión de informaciones injuriosas sobre determinados grupos raciales, religiosos, etc. Se trata de un precepto que, en consonancia con lo que se ha dicho de paralelos preceptos del CP alemán, parece que pretenden propiciar lo que se podría denominar cierto clima de paz social. En él no se reprimen, al contrario que en los artículos 511 y 512, conductas de efectiva discriminación, sino meras manifestaciones o expresión de ideas, por lo que no resulta manifiesto que se sancione un comportamiento externo que muestre suficiente contenido de lesividad (75). Por otra parte, el contenido altamente simbólico de la tipificación de este tipo de conductas resulta evidente, como lo es también que el legislador introduce este tipo de delitos con otra finalidad ajena a lo que debe guiar la labor legislativa, esto es, reprimir la expresión de valores indeseables para propiciar los valores deseables entre la población, es decir, en definitiva, utilizar el instrumento penal para funciones formativas y ejemplarizantes que desvirtúan su verdadera función. Por lo demás, nadie puede negar que aunque lo simbólico pueda tener su importancia, nunca puede constituir la única o exclusiva fundamentación o justificación de una determinada norma: aunque se le quieran reconocer funciones positivamente valoradas por algunos, como su connotación pedagógica, de promoción de determinados valores entre la población,

(74) Recientemente reformada a través de la LO 7/2000 de 22 de diciembre.

(75) *Vid.* sobre la necesidad de que se dé un comportamiento externo perturbador para hacer responsable al sujeto y distinguirlo de lo que todavía es interno, JAKOBS, *Estudios*, p. 313 (cit. nota 43). En relación a ello y al *principio del hecho* parece, en otro ámbito de regulación, difícilmente justificable la punición —además con las mismas penas que para el tráfico— de las conductas de *tenencia* de estupefacientes «con fines» de promoción, facilitación, etc. de los mismos en el art. 368 CP español; en este subtipo de tenencia ni siquiera ha comenzado la conducta reputada como peligrosa de favorecer el consumo de otros, sino que la Jurisprudencia entiende que basta con la tenencia de las sustancias y su destino a ser transmitidas a terceros, finalidad que se deduce por indicios como la cantidad y otros (*vid.* sSTS 25.3.1993; 25.4.1996; 26.3.1999; 20.9.1999; SAN 4.º 24.11.1999). En este caso se está basando la antijuridicidad de la conducta únicamente en la intención (supuesta) del sujeto de realizar algo en el futuro, deducida además de datos indiciarios y no incontestables.

o de integración, ello no puede agotar por sí solo la justificación instrumental que requiere toda intervención punitiva.

Ante este panorama, no parece infundada la preocupación, presente entre muchos penalistas –no sólo entre los representantes de la llamada Escuela de Frankfurt– de que se acabe atribuyendo al Derecho penal la tarea de *recomponer* de manera *forzada* aquello que en la organización social básica se desmorona, de que se le exija, más allá de lo razonable, una tarea de «reparación social» general (76). Hay que resaltar que esto no ocurre sólo en los llamados «nuevos ámbitos», o en lo que se designa como «nuevos riesgos», sino que se *generaliza* en todos los terrenos en los que la percepción social del problema como grave dispara la demanda de una «solución penal», como si ésta fuera la única posible o la más indicada. En un primer momento se cede a la presión de recurrir al Derecho penal como instancia desde la que conseguir la «solución» adecuada al problema; posteriormente, ante la *ineficacia* e *inadecuación* del instrumento penal para ofrecer una solución completa, se hacen llamadas a la necesidad de una mayor eficacia, que se pretende lograr con más intervención y de mayor intensidad. Ello puede implicar forzar y desvirtuar el propio instrumento al que se recurre, con la consiguiente amenaza a su propia esencia y a su verdadera efectividad a largo plazo.

3. Por último y muy brevemente, entre los delitos contra la ordenación del territorio el artículo 319 CP castiga en su párrafo primero con prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio durante seis meses a tres años, al promotor, constructor o técnico director que lleve a cabo la construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección. En su núm. segundo se impone una pena de prisión algo inferior –hasta 2 años de prisión–, la misma multa y la inhabilitación especial con la misma duración, también a los promotores, constructores o técnicos directores que realizaren una edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

(76) Así, en cuanto a lo primero, *vid.* KÖHLER, «Intervención en VITT, Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1993 in Basel)», en *ZStW* 105 (1993), p. 806; respecto a lo último, *vid.* NAUCKE, Intervención en VITT, Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1993 in Basel), *ZStW* 105 (1993), p. 807.

Aparte de que en el número primero se define la infracción penal sólo por referencia a la falta de autorización administrativa, constituyendo así un claro ejemplo de inadmisibles ley penal en blanco, que incumple además la exigencia de necesaria lesividad de la conducta penalmente relevante, el problema aplicativo principal de este precepto es que a pesar de que parece clara la voluntad del legislador de tipificar un *delito especial propio*, la Jurisprudencia menor lo está aplicando, en algún caso, a *particulares* que realizan la conducta descrita en el tipo (77). Con ello se produce una ampliación de la intervención penal no sólo contraria al principio de fragmentariedad e intervención mínima –ya que lo que antes sólo era objeto de tutela administrativa pasa a recibir protección penal sin limitar ésta siquiera a los atentados más graves– (78), sino además en clara violación del principio de legalidad.

(77) Con lo que nos encontramos con que la conducta de un particular que amplía la terraza o patio de su casa sobre una vía pública, como venían haciendo todos sus vecinos, sea castigado con una pena de prisión, además de la multa correspondiente (SAP Jaén, 1.ª, 4.9.2000).

(78) *Vid.*, sin embargo, las atinadas precisiones que se realizan en las siguientes sentencias:

«(...) debe realizarse la interpretación finalista del tipo contenido en el artículo 319.2 del nuevo Código Penal, que obviamente protege un bien jurídico que antes sólo lo estaba por normas administrativas, como es la ordenación del territorio, tipificando acciones que perjudican gravemente la idónea regulación del suelo, con efectos perturbadores y nocivos para la naturaleza, y difícilmente esos objetivos pueden ser vulnerados por la acción aislada de una persona que no se dedique profesional y habitualmente a la función de construcción». (SAP Cádiz 3.ª, de 18.11.1999, f. D. 2). [En el mismo sentido, SAP Cádiz 3.ª, 18.11.1999 y SAP Cádiz 3.ª, 11.11.1999].

« (...) la alusión expresa a ciertos sujetos convierte el tipo en un delito especial propio y supone una voluntad político-criminal de restricción del ámbito de los sujetos punibles a través del Código Penal a quienes se dediquen profesionalmente a actividades de promoción, construcción, etc., apoyando igualmente su criterio tanto en la previsión expresa de la pena de inhabilitación especial, como en que la sanción penal debe reservarse para las acciones más graves y dañosas para la Ordenación Territorial que coinciden con aquellas actividades urbanísticas.

c) El propio Consejo General del Poder judicial en el informe sobre el Anteproyecto de la LO 10/95 vino a recomendar la necesidad de volverse a la redacción de los artículos 307 a 309 de la PANCP 83, pues "si no se acota el círculo de los sujetos activos al ámbito de los empresarios y profesionales y se prescinde del grave daños a los intereses protegidos por el planteamiento urbanístico, la esfera de conductas punibles resulta desmesurada. Sería actor del delito el particular que por sus propios medios se construye en suelo no urbanizable una chabola de segunda residencia» .

De admitirse la interpretación extensiva que se pretende se llegaría a criminalizar conductas nimias cuyos efectos pueden ser fácilmente corregidos por las autoridades administrativas sin la conminación de una pena». (SAP Málaga 1.ª, 12/2000 de 19.1, f. D. 1).

5. PERSPECTIVAS ANTE LA PRESENTE EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL

Sin pretender con lo que sigue cerrar una discusión que se mueve forzosamente en un campo ajeno al Derecho penal, parece una tesis sostenible que la presencia de ciertos riesgos y su difusión con caracteres en muchos casos de globalización, así como la proliferación de otras situaciones ya conocidas, pero que se dan en una escala –cuantitativa y a veces también cualitativamente– mucho mayor, han supuesto una *crisis profunda* –y algunos creen que irreversible– del modelo de intervención penal (79).

«(...) la limitación realizada por el precepto en orden a la limitación de los posibles autores, convierte el tipo en un delito especial propio y supone una voluntad del legislador de restringir el ámbito de los posibles sujetos activos a quienes se dediquen profesionalmente a actividades de construcción, promoción, etc., criterio que se refuerza en el principios de intervención mínima, informador del Derecho Penal y una interpretación finalista del propio tipo penal, que, como afirma la Sentencia de la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial de 4 de enero de 1999 protege un bien jurídico, que antes sólo lo estaba por normas administrativas, como es la ordenación del territorio, tipificando acciones que perjudican gravemente la idónea regulación del suelo, con efectos perturbadores y nocivos para la naturaleza, y difícilmente esos objetivos pueden ser vulnerados por la acción aislada de una persona que no se dedique profesional y habitualmente a la función de construcción (en el mismo sentido la Sentencia de dicha Sección de 22 de diciembre de 1998 y de esta misma Sala de 4 de enero, 13 de mayo y 9 de diciembre de 1999); es decir, la sanción penal está reservada a las acciones graves y dañosas para la Ordenación Territorial que coincide con aquellas actividades urbanísticas que, incluso en su promoción, requieren una habitualidad o cierta dedicación profesional. Por otra parte, la pena prevista para estos delitos, inhabilitación especial para profesión u oficio, unido a la filosofía de castigar penalmente las conductas objetivamente más graves, abonan la tesis de que las conductas punibles solo pueden afectar a los sujetos cuya profesión se encuentra relacionada directamente con el delito cometido, es decir, profesionales de la construcción; pues carecería de sentido su imposición a un particular cuya ocupación habitual, (...) no esté relacionada con la construcción (...)).» (SAP Cádiz 1.ª, 10.1.2000, f. D. 2).

(79) En este sentido de poner en relación la crisis del modelo «clásico» de intervención penal con la sociedad del riesgo y la calificación de aquella como «forzosamente irreversible», *vid.* CASTALDO, «La concreción del “riesgo jurídicamente relevante”», en SILVA, *Política criminal y nuevo Derecho Penal, Libro homenaje a C. Roxin*, Barcelona 1997, (traducción de E. Ruiz de Erenchun) p. 234. Ampliamente sobre el problema, PRITTWITZ, *Strafrecht*, pp. 38 ss., 43 s. (cit. nota 7). En relación con la reforma operada en nuestro CP en 1983, por la que se introdujo, entre otras novedades, la protección penal del medio ambiente, se dijo que «se hace patente una línea evolutiva que *necesariamente habrá de ir recorriendo el Derecho penal de nuestra época*» (BOIX/ORTS/VIVES, *La reforma penal de 1989*, Valencia 1989, p. 81, cursiva añadida).

La objeción esgrimida por quienes defienden la consolidación de la tendencia actual, en el sentido de que con conceptos como el de la sociedad del riesgo o el del «Derecho penal del riesgo» no se designa un campo homogéneo de problemas y que las dificultades propias del moderno Derecho penal se refieren a muy variadas cuestiones con poca unidad entre sí, puede ser, sólo en principio y en parte, aceptable. Por tanto, aunque sea posible e incluso obligado llevar a cabo el enjuiciamiento crítico de la evolución presente de modo diferenciado, como sugiere el propio análisis y crítica del Derecho penal del riesgo, ello no debería suponer la negación de plano de la problemática aludida, es decir, por una parte, de la existencia de una creciente orientación jurídico penal a la prevención de riesgos antes incluso de que surjan y a su minimización a través del Derecho penal y, por otra, de la transformación que ello está implicando para éste.

Tampoco parece digna de adhesión la actitud de quienes, reconociendo la presencia de estos caracteres, niegan que den lugar a una «moderna dogmática penal» merecedora de crítica. Es posible, pues, que un análisis global crítico de «la» moderna evolución jurídico-penal sea demasiado ambicioso para que pueda tener éxito sin recurrir a un estudio sectorial de los distintos problemas y cuestiones implicadas. Pero ello no permite, en mi opinión, negar la presencia de un problema común a diversos sectores del Derecho penal, que tiene efectos en variados aspectos del modelo político criminal y dogmático constituido por el ideal garantista —nunca totalmente consolidado—: la exacerbación de una orientación del sistema a la prevención, cada vez más anticipada, más amplia en ciertos ámbitos y presidida por la consecución de eficacia, aunque sea mediante procedimientos que fuerzan el sistema y afectan a caracteres básicos conformadores de aquel modelo.

La ineficacia que se reprocha a ciertos sectores de la normativa penal es un hecho incuestionable, pero la demanda de una mayor intervención penal para llegar a *más* casos, llegar *antes* y reprimirlos *más duramente* con la finalidad de lograr así más eficacia en el control y una mayor aplicación de normas penales en los sectores problemáticos, no parece claramente que sea el mejor camino para conseguir el fin propuesto, puesto que no está en absoluto probado —más bien lo contrario— que una intervención más enérgica consiga esa mayor eficacia (80). Pero además de ello, tal fin tampoco puede ser conseguido

(80) Muestra igualmente reservas SILVA, *Expansión*, pp. 45 s. (cit. nota 6), resaltando que la expansión que someta a fracturas que desnaturalicen el modelo garantista de Derecho penal no tiene por qué ser más eficaz o útil, aludiendo a los fenómenos de carácter macroscópico que no pueden ser reducidos ni menos aún combatidos solo ni prioritariamente a través del Derecho penal.

a toda costa, olvidando los principios que constituyen la base misma del sistema (81).

Resulta necesario recordar que los principios de legalidad, y de taxatividad, en definitiva, la precisión de las definiciones contenidas en la Ley penal, tienen una importancia capital para el funcionamiento legítimo del Derecho penal; sin principios o con principios flexibilizados, sin definiciones taxativas a las que se atenga escrupulosamente el Juez no hay Derecho penal legítimo. Hoy, como siempre, es ineludible atenerse a los principios que permiten utilizar el Derecho penal como instrumento legítimo en un Estado de Derecho, pero igualmente éstos son necesarios si pretendemos que el Derecho penal sirva lo más eficazmente posible a la función que se le encomienda. Si, en cambio, se fuerza y se desvirtúa el instrumento penal, crece el peligro de que pierda legitimidad y también fuerza y poder de convicción, de modo que no sirva ni para las nuevas tareas que se le quieren encomendar ni para las que tradicionalmente se le han atribuido. Hay que resaltar, por tanto, la importancia de mantener y exigir a este respecto coherencia en el sistema, de manera que los criterios de imputación penales han de corresponderse con las consecuencias jurídicas propias del Derecho penal y viceversa (82). Las transformaciones o cambios en las condiciones de imputación en el ámbito penal que algunos alientan no deben ni pueden dejar de tener en cuenta la *naturaleza* de las *consecuencias jurídicas* de nuestro actual Derecho penal; deben hacerse cargo de que las mismas, las más graves en su contenido y en su carga de desaprobación ético-social, sólo son aplicables cuando el Derecho penal atribuya una responsabilidad individual al sujeto activo por un hecho gravemente lesivo de intereses dignos de protección penal. En este sentido, la importancia y la gravedad de la pena como *ultima ratio* requiere su aplicación bajo estrictos límites y sólo para los ataques

(81) *Vid.* sobre los efectos indeseables de la ineffectividad de ciertas normas, especialmente la discriminación o desigualdad que supone en la aplicación de la ley, PALIERO, *Riv. it. Dir. Proc. pen.* 1990 (cit. nota 29), pp. 471 ss. y en contra de la búsqueda de efectividad a cualquier precio, pp. 475 ss. *Vid.* entre nosotros, SILVA, *Aproximación* (cit. nota 27), pp. 306 s.; el mismo, *Expansión*, pp. 41, 45 (cit. nota 6), llamando la atención sobre lo criticable y peligroso de la tendencia expansiva que conlleve una relativización de los principios de garantía para poder así llegar a más casos y recordando la necesidad de respetar estrictamente las garantías propias del Derecho penal propio del Estado de Derecho, así como sus reglas de imputación (*ibidem*, p. 54).

(82) Así lo recuerda SEELMANN, «Verantwortungszuweisung, Gefahrensteuerung und Verteilungsgerechtigkeit. Zielkonflikte bei der Akzesorietät des Strafrechts gegenüber anderen Rechtsgebieten», en Orsi/Seelmann/Smid/Steinvorh (ed.), *Gerechtigkeit. Rechtsphilosophische Hefte* núm. 2, Frankfurt a. M. 1993, p. 119.

más graves a los intereses más importantes, si no queremos que su utilización desmedida le prive de significación y eficacia allí donde sea absolutamente imprescindible (83).

Aun en el caso de que estuviera claro el elevado efecto preventivo y la consiguiente mayor eficacia de una intervención penal con las características ya señaladas, y sin restar importancia al argumento de la necesidad de *efectividad* (84), resultan necesarios, e incluso más decisivos y más sólidamente fundamentados, otros argumentos que no tienen que ver tanto con la consecución de eficacia a toda costa del instrumento penal, sino con los principios y límites que rigen en su utilización legítima. La idea de la eficacia en la prevención no puede ser el fin primordial de una política jurídica en un Estado democrático, sino que la consecución de ésta debe encontrar su límite en los principios de garantía. A este respecto, incluso algún partidario de la corriente «intervencionista», ha recordado que la utilización del Derecho penal, y en especial la tendencia al aumento del Derecho penal de la seguridad, se encuentra bajo una fuerte presión de legitimación (85), lo cual, a pesar de su evidencia, parece necesitar hoy ser resaltado. La justificación del recurso a la pena criminal requiere algo más que la apelación a su utilidad preventiva, aunque ésta estuviera absolutamente demostrada (86). La decisión sobre la intervención o no del Derecho penal, o la forma y medida de la misma en un determinado ámbito no puede tomarse sólo en atención a criterios de obtención de mayor eficacia, sino que debe tener en cuenta que la intervención penal está y debe estar sometida a numerosos requisitos y límites propios de un Estado de Derecho, que han de ser necesariamente respetados, aunque ello pueda suponer una cierta disminución o entorpecimiento de la *efectividad total* del Derecho penal. Resulta

(83) Comparto plenamente la posición que en este sentido ha desarrollado FRISCH, *Stree/Wessels FS* (cit. nota 51), pp. 85 ss., 95 s.

(84) A este respecto, conviene distinguir entre la eficacia como objetivo de la política criminal intervencionista —la idea de consecución de eficacia en el control global de los riesgos— de la idea de la eficacia de la pena, es decir, de la propia efectividad del instrumento penal una vez que se acude a éste. *Vid.* ampliamente sobre la problemática aquí implicada, PALIERO, en *Riv. it. dir. e Proc. pen.* 1990 (cit. nota 29), pp. 430 ss., que concibe la efectividad como requisito para la legitimidad de la pena (op. ult. cit. p. 471), con múltiples referencias.

(85) Así, KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, (cit. nota 11), p. 230.

(86) *Vid.*, por todos, SCHÜNEMANN, «La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo», en: Schünemann (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (traducción, introducción y notas de J. Silva Sánchez), Madrid 1991, p. 162 (= *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín 1984, pp. 153 ss.).

importante que no se avance de forma algo solapada pero inexorable hacia la difuminación o incluso el desmantelamiento de aquellos principios y categorías esenciales que, sin embargo, son percibidos por algunos como impedimentos de una mayor idoneidad del Derecho penal como eficaz medio de prevención para la protección de bienes jurídicos. Del mismo modo, no parece conveniente que el afán de eficacia nos lleve a transitar por caminos que supongan dificultar la consolidación o la plena vigencia de otros principios que, aunque se reconocen en el terreno de las declaraciones programáticas o generales, no se respetan plenamente en la concreta regulación o aplicación de los preceptos (87).

Por otra parte, los principios de garantía incorporados a un sistema o plasmados en el Derecho positivo no están ni han estado nunca plenamente realizados; en este sentido, se trata de claramente de un *ideal* a perseguir y no de una propuesta de «vuelta» a un «viejo» Derecho penal liberal (88), como algunos parecen plantear y otros rechazan como algo anacrónico o fuera de lugar.

En conclusión, el problema común a toda política de intervención penal para la consecución de seguridad es que puede incurrir en un irreflexivo aumento de la incriminación, tanto en el aspecto cualitativo como en el cuantitativo, de manera que se puede operar una transformación del Derecho penal entendido como un Derecho protector del ciudadano en un instrumento flexible de intervención del Estado, lo cual no deja de ser una respuesta inadecuada a la cuestión de cómo prevenir razonablemente las situaciones de conflicto, cuestión que, desde la perspectiva de la Constitución, sólo puede responderse de manera acertada a través de la protección y consolidación del Derecho penal del Estado de Derecho (89).

El dilema que surge entre la necesidad de responder a los retos planteados por nuevas necesidades sociales y el indiscutible mantenimiento de principios consustanciales al Estado de Derecho sólo puede solucionarse analizando sectorialmente lo fundamentado de la exigen-

(87) Cfr. JAKOBS, *Estudios* (cit. nota 43), p. 294, quien hace la importante precisión de que las consecuencias del desarrollo de la criminalidad anticipada «no consisten tanto en un abandono de principios acrisolados como en la continuidad en un estado de carencia de principios».

(88) Vid. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens?* Frankfurt a. M. 1995, pp. 381 ss. Vid. a este respecto el planteamiento de SILVA, *Expansión*, pp. 115 ss. (cit. nota 6), que destaca el carácter ucrónico de tal pretendido retorno.

(89) Vid. defendiendo esta idea que considera estrechamente ligada a la función que se atribuya a la pena, CALLIES, *NJW* 1989, (cit. nota 10), p. 1338.

cia de intervención penal así como la posibilidad de un eficaz empleo de su instrumental y de sus categorías sistemáticas, teniendo siempre presente la función que cabe atribuir al Derecho penal por su propia naturaleza y por su imprescindible sujeción a las funciones que legítimamente puede asumir en un Estado de Derecho avanzado.

Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Doctor en Derecho
Profesor colaborador del Departamento de Derecho penal
de la Universidad de Alcalá
Jurista de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias

Ο ιπνος αδελφος του θανατου εστι
(*El dormirse es hermanarse con la muerte*)
ORÁCULO DE DELFOS

I. INTRODUCCIÓN

No hace mucho uno de los grandes del Derecho penitenciario contemporáneo nos recordaba la importancia de tener conciencia de que la prisión no es algo consustancial al ser humano sino que, antes al contrario, hubo un tiempo en la que no existió y probablemente llegue un momento en el que desaparezca (1). Lo que no es contingente a cualquier sociedad es el tener establecido un sistema de recompensas y castigos, pero estos últimos no han de estar necesariamente representados por la privación de la libertad ambulatoria. Y es que si los siglos XVI a XIX representan el período de nacimiento y consolidación de la fórmula punitiva que la prisión representa, el siglo XX ha sido el

(1) BUENO ARÚS, Francisco, Prólogo a TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*, Madrid, 1998, pp. 11 ss.

del comienzo de su crisis, y la centuria a cuyas puertas nos encontramos va a representar, mentes eclépticas, el inicio de su desmoronamiento, al menos de la forma como hoy la conocemos.

En efecto, desde que a finales del siglo XIX Ferri (2) comenzara la primera campaña contra la prisión, en su manifestación de sistema celular, y la calificase como una de las mayores aberraciones de aquel siglo, la prisión se ha ido convirtiendo en un blanco predilecto para las formulaciones críticas que se le lanzaban desde diversas direcciones. Como ya he tenido la oportunidad de escribir en otro lugar (3) varios fueron los elementos que conformaron un caldo de cultivo donde fácilmente germinaría el virus mortal que, sin duda alguna, provocará en un futuro, tarde o temprano, la transformación de esta penalidad: el abuso que de la misma se realizó desde el poder político del Estado Absoluto (*lettres de cachet*), la masificación carcelaria fruto del monopolio que esta pena ha tenido en todos los Códigos penales, el reconocimiento de su intrínseca nocividad... y, lo que ahora nos interesa por lo que luego diremos, el estrepitoso fracaso de los fines reinsertadores que tanto la doctrina como la legislación han atribuido a la pena privativa de libertad. A ello hay que añadir los importantes postulados ideológicos que, desde diversas orientaciones, han servido para aldabonar esta crisis: desde los anhelos de buscar no un Derecho penal mejor sino algo mejor que el Derecho penal de Gustavo Radbruch (4), hasta las posiciones del moderno garantismo penal (5), existen numerosas pruebas de ello.

Centrémonos pues, en estos dos aspectos: en el fracaso de la idea de la reinserción social y en los postulados ideológicos que sustentan la actual crisis de la idea de que el sistema penitenciario debe seguir llevando el pulso de la reacción punitiva de los Estados.

(2) FERRI ENRICO, *Sociología criminal*, traducción de Antonio Soto y Fernández, Prólogo de Primitivo González Alba, tomo II, Madrid, s.f., pág. 315. Hemos, no obstante, de recordar que el citado calificativo lo enunció por primera vez Ferri en 1886, en una conferencia pronunciada bajo el título *Lavoro e celle dei condannati*.

(3) TÉLLEZ AGUILERA, Abel, «La crisis de la prisión: aproximación práctica a las nuevas fórmulas penológicas», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. VI, años 1996-1997, pp. 99 ss.

(4) RADBRUCH, Gustav, *Rechtsphilosophie*, 6.ª ed., Stuttgart, 1963, pág. 269.

(5) Así Ferrajoli, pese a no renunciar a la desaparición de la pena privativa de libertad a largo plazo apuesta por una reforma inmediata que suponga la reducción de la duración de la misma a un límite máximo de diez años. *Vid.* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Prólogo de NORBERTO BOBBIO. Traducción al castellano por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Valladolid, 1995, pp. 412 ss.

II. EL FRACASO DEL TRATAMIENTO Y LA IRRUPCIÓN DE LA IDEOLOGÍA ANTIPENITENCIARIA

La idea del tratamiento penitenciario tuvo su década gloriosa en los años setenta, curiosamente cuando en Europa, y por diversos motivos en cada país, se produce una reforma de la legislación penitenciaria que lleva a que en diversos países se promulguen Leyes penitenciarias inspiradas en la idea del tratamiento penitenciario (6). En concreto, en nuestro país, estas ideas reinsertadoras conectaban con una centenaria tradición cuyo culmen lo representó el Correccionalismo, y dentro de él, y muy particularmente, el Correccionalismo de corte cristiano enarbolado por Concepción Arenal. No es el momento de pararme a profundizar sobre lo que el pensamiento de esta gallega universal supuso para el penitenciario posterior, pero simplemente hay que resaltar que tuvo sus luces y sus sombras. Sin duda alguna, su mayor logro (¡y ahí es nada!) fue el cimentar las bases de un sistema penitenciario que tuviera en cuenta, de forma prioritaria, a la persona y a su corrección, lo que sirvió para que cuando nuestra legislación (a partir de 1967) se alinease en la ideología tratamental nadie (7), o mejor dicho, casi nadie (8), se rasgara las vestiduras. Que

(6) *Vid.*, ampliamente, TÉLLEZ AGUILERA, Abel, «Aproximación al Derecho penitenciario de algunos países europeos», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1818, 1 de abril de 1998, pp. 5 ss.

(7) Durante todo el siglo XX se ha observado en el panorama doctrinal español un progresivo aumento de los que se posicionaban por una disciplina penitenciaria reformadora que hundía sus raíces en los postulados filosóficos del Correccionalismo de Concepción Arenal, si bien allende de nuestras fronteras también encontramos referentes importantes que apuntan en esta dirección; así por ejemplo en «A manual of correctional standars» (New York, 1954) se entiende a la disciplina como el medio de desarrollar en el recluso el sentimiento de responsabilidad personal dentro de la estructura social de la que forma parte (*Vid. Ob. cit.*, p. 347). Esta tendencia aperturista es patente en la doctrina española a partir de los años sesenta, pudiendo citarse en tal sentido trabajos como: CURA ARGÜESO, Federico, «Cómo debe aplicarse la disciplina en las prisiones», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 153, julio-agosto 1961, pp. 3181 ss.; FRANCO DE BLAS, Francisco, «Teoría y práctica de la disciplina en las prisiones», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 158, julio-septiembre 1962, pp. 57 ss., o RODRÍGUEZ SUÁREZ, Joaquín, «El orden de las prisiones como instrumento para una mejor reinserción social de los delincuentes», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 161, abril-junio 1963, pp. 341 ss. (esp. 344 ss). Como vemos, estos trabajos se enmarcan en una revista, que pese a ser criticada por su sentido oficialista y panfletario (*Vid. ROLDÁN BARBERO, Horacio, Historia de la prisión en España, Barcelona, 1988, p. 207*) nos sirve para poder testar el pensamiento reformista que comenzaba a germinar. Véase, ampliamente, mi *Seguridad y Disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Madrid, 1998, pp. 170 ss.

(8) Todavía en los años sesenta se dejaba oír alguna voz recalcitrante. Así

hoy tengamos el sistema penitenciario más humano de Europa no es sino fruto de una herencia secular. Pero el cariz mojigatero que el Correccionalismo cristiano, y su exaltación por la «política criminal» franquista durante casi media década también pasaron su factura: el desafortunado eslogan penitenciario de «odia el delito y compadece al delincuente», desde el frontispicio arqueado de las viejas prisiones españolas, ha ejemplificado una filosofía de doble moral en la que el delincuente mientras está en la calle cometiendo delitos es un ser desalmado que las Fuerzas de Seguridad deben de reprimir sin tregua, pero cuando traspasa el umbral de la prisión, el delito queda en la calle y el hombre entra en el «mundo de la reinserción», donde todos lo tratarán para lograr que vuelva felizmente a la libertad y pueda llevar una vida sin delitos. Idílica idea que sólo pueden creer las mentes más ingenuas y que, en el fondo, convierte al interno en un ser minusválido y necesitado de ayuda; una pobre criatura de Dios sobre la que el Estado debe intervenir misericordemente. Por eso, a diferencia de la acogida de la idea de tratamiento, la de que el delincuente es un ciudadano que no se encuentra excluido de la sociedad, un sujeto activo dotado de derechos que puede ejercitar ante la Administración y los Tribunales, sí que ya no fue acogida en nuestro país con tanto agrado.

Decíamos que la idea del tratamiento encontró su reflejo normativo en la Europa de los setenta. Sin embargo pronto, quizás demasiado pronto, esta ideología entró en declive y los países nórdicos, sus máximos representantes, comenzaron a abandonarla. El incremento de la criminalidad de los años ochenta hizo que en toda Europa proliferaran políticas represivas que, poco a poco, acabaron por superpo-

CASTELLANO, Pablo, «La disciplina en las prisiones», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 156, enero-marzo 1962, pp. 89 ss, señala: «Lo primero es el orden, la disciplina; lograr el sometimiento, la obediencia y la colaboración personal, más o menos pasiva, de la materia prima que habremos de moldear. Sin disciplina nada se puede hacer. El desorden y la rebeldía, aunque sorda o latente, implican paralización del tratamiento y suponen el fracaso más rotundo» (p. 90) ... «El tratamiento debe de ser—como el régimen que tenemos implantado en España (*léase, dictadura de Franco*)— lo más amplio posible, generoso, caritativo e impregnado de un inconfundible espíritu cristiano; pero con la exigencia de una indiscutible disciplina y sometimiento por parte de los reclusos, y dentro de los límites que marca la seriedad reglamentaria. Y para esto basta con aplicar estrictamente el Reglamento. Porque si el recluso ve que se mima con exceso y se accede a todas las peticiones y deseos, empieza a crecerse y termina por hacerse ingobernable. No concibe tampoco la bondad desinteresada de sus jefes y por todas partes ve derechos imaginarios que exigirá con despotismo. Lo conocemos por larga experiencia. Aún recordamos con horror aquellos tiempos de la República. Cualquier delincuente habitual, tan pronto como ingresaba en prisión, se convertía—según frase de aquella época—, en Su majestad el Recluso, ente ingobernable e insaciable de unos derechos y prerrogativas que él mismo se inventaba. Aquello fue fruto de una descabellada demagogia gubernamental» (pp. 93 ss).

nerse al tratamiento penitenciario. Aunque en la letra legal la prisión está para corregir, lo realmente importante es contener: se potencian los servicios de interior, las circulares e instrucciones versan sobre medidas regimentales, los profesionales del tratamiento se aparcan ocupándolos en tareas propias de un burócrata del mínimo nivel administrativo y el peso de la prisión se descarga en las Subdirecciones de Seguridad. Y ¿por qué se llega a ello?

En la crisis del tratamiento como ideología han influido varios elementos. En primer lugar, los fines que el tratamiento penitenciario persigue han sido de tal inconcreción que era difícil encontrar a dos profesionales que se pusieran de acuerdo en hacia donde trabajaban: frente a los programas de máximos que apostaban por la inculcación de los valores morales mayoritariamente vividos, los de mínimos se restringen a evitar la reincidencia delictiva; frente a los que postulan una auténtica reinserción moral se argumenta que la barrera infranqueable es la reinserción legal; frente a los que creen necesario y legítimo sólo intervenir en el sujeto se alzan los que quieren «reinsertar a la sociedad». Junto a esta desorientación en los fines, no menos caótico ha sido el panorama en cuanto a los medios: la falta de altura científica y el infantilismo de algunos programas tratamentales ha llevado a que cualquier cosa sea tratamiento y que, como consecuencia natural, cualquiera, sin titulación ni pertenencia a Cuerpo profesional alguno, pudiera realizar tratamiento (¡cuánto pseudotratamiento penitenciario han llevado en nuestro país bienintencionados estudiantes de instituto pertenecientes a tal o cual ONG!). A todo ello habría que añadir otros factores como el no saber evaluar realmente los resultados obtenidos, con el convencimiento, muy cómodo y útil para los no aficionados al trabajo, de que los resultados tratamentales son siempre nulos, que la reincidencia está asegurada... visión exportada desde la prisión a la sociedad, en donde se ha asentado, espero que no indeleblemente, esta demagógica idea y sobre la que fácilmente germina la aceptación de cualquier política represiva y de mera contención.

Junto a la crisis de la ideología del tratamiento, pero en íntima conexión con ella, no hay que olvidar los movimientos ideológicos que se enfrentan abiertamente al sistema penitenciario. Algunos especialmente peligrosos no han llegado a nuestro país, como la llamada cultura de la ilegalidad o crisis de la cultura de la legalidad que, desde Italia, propugna que la ley sólo está para que la cumplan quien no puede hacer otra cosa, puesto que quien puede no la cumple (9). Las

(9) *Vid.*, ampliamente, BERIA DI ARGENTINE, Adolfo, «La crise de la culture de la légalité en Italie: les causes», en *Revue de Science Criminologique et Droit pénal*

circunstancias concretas del sistema de Justicia italiano y los acontecimientos en aquel país ocurridos explican el germen de esta ideología que difícilmente pueda exportarse a otros países como el nuestro. Menos peligrosas, pero más difundidas, son las posiciones de quienes arremeten contra «el Secuestro Institucional» que la prisión les representa. Hijos de Foucault, sus ataques no son sino fruto de una ideología mucho más amplia (anticapitalismo radical) que nunca saldrá de la marginalidad. Sin embargo, lo que no tiene nada de marginal es el neoconservadurismo penal que recorre en los últimos años nuestro continente (10). Junto a las alas que les ofrece el abandono de la ideología tratamental hay que señalar un factor determinante: la dramatización que del fenómeno delictivo realizan cotidianamente los medios de comunicación, con la consiguiente alarma social y afloramiento de una sentida necesidad de un incremento y endurecimiento de la represión penal. La promulgación del Código Penal de 1995 y las bochornosas conjeturas sobre la excarcelación masiva de internos fue una buena muestra; el pase de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia al de Interior una lógica consecuencia.

Y es que la historia de la dependencia orgánica de las prisiones ha sido un constante peregrinar por diversos ministerios. En 1832 las prisiones dependen del Ministerio de Fomento. Por la Ley de 26 de julio de 1849 las prisiones civiles pasan a depender del Ministerio de Gobernación (hoy Interior) y las militares del de Guerra (hoy Defensa). Por la Ley de Presupuesto de 1887 las prisiones civiles se convierten en competencia del Ministerio de Gracia y Justicia (hoy Justicia) en donde permanecerán hasta que en 1996 (RD 758/1996, de 5 de mayo) pasen a su actual ubicación en el Ministerio del Interior (tras la segregación del macroministerio de Justicia e Interior creado por Real Decreto 907/1994, de 5 de mayo). Este último tránsito fue criticado por entender que contravenía lo dispuesto en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria según el cual «Corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia...», pero en verdad dicho precepto no realiza una adscripción

comparé, enero-marzo 1993, pp. 150 ss. Sobre el asunto, puede consultarse el último número de la revista *Dei Delitti e delle pene* (núm. 1/1998) en donde se encuentran interesantes trabajos: BARATTA, Alessandro y PAVARINI, Massimo, *La frontiera mobile della penality nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo* (pp. 7 ss.), MOCCIA, Sergio, *L'illusione repressiva. La politica criminale e giudiziaria nell'Italia degli anni Novanta* (pp. 91 ss).

(10) Al respecto, véase, SEMERARO, Pietro, «Le tendenze della política criminale negli stati dell'Unione Europea», en *Dei delitti e delle pene*, 1/1998, pp. 141 ss.

orgánica sino que, para describir cuáles son las funciones del Centro Directivo, se limita a transcribir la dependencia que en el momento de la redacción la citada Dirección General tenía. Una interpretación que entendiéndose que en tal precepto se congela orgánicamente la dependencia de la Dirección General supondría poner freno, sin fundamento jurídico alguno, a la natural capacidad autoorganizativa de todo Poder Ejecutivo, máxime cuando en una materia como ésta no existe reserva legal alguna (11). En cualquier caso, lo que no cabe duda es que con el tránsito de las prisiones del Ministerio de Justicia al de Interior se ha venido a remarcar el carácter preponderante que la contención tiene frente al tratamiento y a la concepción de la ejecución penal como una fase más del proceso penal.

Hemos planeado hasta ahora desde las alturas sobre cuáles han sido los motivos por los que la ideología del tratamiento ha ido paulatinamente decreciendo en importancia y correlativamente una política criminal de marcado carácter represivo ha ido ocupando su lugar. Llega el momento de descender para analizar desde estos parámetros la situación actual de nuestro sistema penal-penitenciario para, luego, poder vislumbrar cuáles serán los lineamientos a seguir en el siglo XXI.

III. EL SISTEMA PENITENCIARIO ESPAÑOL EN LA ENCRUCIJADA

La situación de nuestro sistema es heredera de lo hasta ahora descrito. Pero no sólo. Hay importantes factores que han influido decididamente en que el sistema penitenciario actual pueda calificarse de errante, esto es, que vague sin rumbo cierto, al socaire del empuje que le impriman factores externos: presión de la opinión pública (12),

(11) El artículo 8.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, dispone: «La determinación del número, la denominación y el ámbito de competencias respectivo de los Ministerios y las Secretarías de Estado se establece mediante Real Decreto del Presidente del Gobierno» (véase, asimismo, el artículo 2 apartado j de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre de Organización, competencia y funcionamiento del Gobierno, concordante del transcripto de la LOFAGE).

(12) Desde un punto de vista más amplio, analizando la incidencia de la opinión pública en la política criminal, véase, MOSCONI, Giuseppe y TOLLER, Annalia, «Criminalità, pena e opinione pubblica. La ricerca in Europa», en *Dei delitti e delle pene*, 1/1998, pp. 149 ss.

requerimientos de tal o cual institución (Defensor del Pueblo, Parlamento...).

Una de no escasa importancia es el haber perdido la memoria histórica, luctuoso hecho que tuvo su máximo exponente con la fulminante desaparición en 1992 (Real Decreto 266/1992, de 20 de marzo) de la venerada Escuela de Estudios Penitenciarios (13). Las pseudopolíticas penitenciarias «de futuro» creyeron que habían que partir por desterrar todo lo que según ellos representaban «políticas del pasado», olvidando que difícilmente una institución puede saber a dónde va si no conoce de donde viene; y si bien es verdad, parafraseando a Cronwell, que «nadie llega tan lejos como aquel que anda sin saber a donde ir», el problema estriba en que quizás hallamos andado mucho, pero en una dirección equivocada. Muchos de los problemas que se han afrontado en estos años no son sino réplica de los que ya a finales de la pasada centuria el sistema penitenciario español tuvo que afrontar. El diseño de construcción de cárceles podría ser un buen ejemplo. Muy poco se ha aprendido al respecto, y los mismos errores que se cometieron vuelven a cometerse, los mismos intereses que informaron aquellas (nunca penitenciarios y más económicos y políticos) vuelven a surgir. Y es que si algo ha caracterizado durante los dos últimos siglos al sistema penitenciario ha sido el actuar movido, ante la falta de una dirección clara, por la única fuerza de la inercia, una inercia representada por la torpe e irreflexionada repetición de la rutina. Un ejemplo significativo: el 5 de septiembre de 1844 se aprobó, junto a otros reglamentos, el Reglamento para un día en común dentro de un establecimiento (14), que desarrollaba determinados aspectos de la Ordenanza General de presidios del Reino de 1834. En él, y al objeto de evitarse la reventa del pan, bien escaso en aquellos tiempos, se establecía que «esto se corrige haciendo que a la hora del rancho se presenten con él (pan), y que el que no le traiga no coma». Pues bien, ciento veinte años después, cuando aquel reglamento llevaba varias décadas derogado, y pese a que la no escasez de alimentos hacia imprevisible las «rutinas» de pena, los internos de las prisiones españolas seguían siendo obligados a acudir a las comidas pan en mano. Los ejemplos podrían multiplicarse.

Este «laissez faire laissez passer» de quien debe dirigir una política tan importante como la penitenciaria se ha patentizado con los impor-

(13) Vid. SERRANO GÓMEZ, Alfonso, «Réquiem por la Escuela de Estudios Penitenciarios», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2, 1992, pp. 1045 ss.

(14) Vid. TELÓN, Víctor, *Colección legislativa sobre cárceles, presidios y arsenales y demás establecimientos penitenciarios*, Madrid, 1886, p. 547.

tantes cambios normativos acaecidos en 1996. Las respuestas a muchos de los interrogantes que el nuevo marco jurídico planteaba, y que lógicamente imponía un cambio en la práctica prisional del día a día, ha sido dejado en manos de los directores de las prisiones bajo el «aparente» argumento de que hay que respetar los criterios de los diversos Jueces de Vigilancia, perfecto pretexto para no establecer cuáles han de ser las directrices por las que el sistema penitenciario debe discurrir. A ello hay que añadir la posición que en ocasiones ha mantenido la Administración penitenciaria frente a determinadas resoluciones judiciales que, pese a ser claramente usurpadoras de competencias propiamente administrativas, cuando no flagrantemente contrarias al Ordenamiento jurídico, han sido cumplidas. Un ejemplo: El 25 de octubre de 1995, esto es, trece días antes de que el nuevo Código Penal se aprobase en Cortes, treinta días antes de que apareciese publicado en el *BOE* y siete meses antes de que entrara en vigor, José F. G. fue condenado por la Jueza sustituta del Juzgado de Instrucción núm. 2 de La Orotava a la pena de once fines de semana impuestos por el Juicio de Faltas 329/95-07. No hace falta ser un gran jurista de para fácilmente apreciar que estamos a presencia de una pena ilegal, por no estar contemplada en el Ordenamiento jurídico en el momento de su imposición, y por tanto atentar de plano contra el principio de legalidad penal. Pues bien, nadie le hizo saber a la citada Jueza que la pena impuesta era inejecutable porque la Administración no puede ejecutar una pena inventada por un Juez. Decir esto, y negarse a que el interno cumpliera dicha pena, no hubiese sido desobedecer una orden legítima sino mantener un criterio de justicia que nos enseñaron nuestros mayores; que autoridad que se aparta de la Ley no merece consideración de autoridad. Y es que, frente a las resoluciones judiciales: respeto y acatamiento; pero sin dejarse llevar por un miedo reverencial que nos impida discernir las claras ilegalidades o usurpaciones de competencias de la Administración; y, cuando se entienda que esto último acontece (recuérdense las resoluciones judiciales que imponían a la Administración el Centro penitenciario en que debería ingresar un interno) la enervación del conflicto de jurisdicción debe ser entendida como un instrumento normalizado dentro del Estado de Derecho cuya utilización, en ningún caso, debe concebirse como un arma arrojadiza en una guerra entre la Administración y el Poder Judicial.

La trayectoria errante descrita, no obstante, ha encontrado en nuestra historia honrosísimas excepciones, que sin embargo quedaron sepultadas en poco tiempo, bien por la testarudez de los hechos, como dijera Ortega (caso de las incipientes reformas realizadas por Victoria

Kent durante la II República), o por la inoperancia de sus sucesores, en el caso de las importantes reformas efectuadas por García Valdés con la promulgación, hace ahora veinte años, de la Ley Penitenciaria (15). En este sentido se ha de resaltar que la citada Ley representa el clímax de una evolución normativa que el Reglamento de 1981 truncó, resurgiendo una filosofía neoconservadora que cerró el portillo de vientos progresistas; filosofía que, con el correr de los años, determinado sector la ha teñido con tintes cuasi-reaccionarios. Desde esta óptica se explica que el nuevo Reglamento de 1996 sea criticado por ser excesivamente garantista con los derechos del interno, o que «siga en exceso» a la Ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Quienes esto afirman desvelan su íntima concepción de lo que debe ser un sistema penitenciario: un sistema especial, alejado del procedimiento administrativo común, «servido» por funcionarios especiales (¿estatutarios?) y destinado a «ciudadanos peculiares» (¿de segunda categoría?). No es la primera vez que me manifiesto en contra de esta concepción, y a otros trabajos míos me remito. Tan sólo ahora subrayar la inexorable apuesta porque las leyes y el Estado están hechas para el hombre, también para el delincuente, y no al revés; que el sistema penitenciario debe venir informado por los principios generales de cualquier actuar administrativo; que especialidad nunca puede significar excepcionalidad; que reconocer derecho y garantías, y por consiguiente el necesario respeto a las formas y formalismos jurídicos, pese a que ello suponga un incremento de la labor burocrática, es una sacrosanta regla del Estado de Derecho, porque detrás de la forma está la seguridad jurídica. Al hilo de esto nos hemos manifestado ya reiteradamente en otros trabajos (16), sobre todo al criticar la catalogación de la relación jurídica que une al interno con la Administración como una «relación de sujeción especial» («besonderes Gewaltverhältnis», o literalmente, relación especial de poder en la lengua germana, país donde nació esta funesta y oscura teoría), etiqueta que nuestra doctrina y jurisprudencia asumieron en la década de los setenta, y muy particularmente en los ochenta, de una forma acrítica, cuando en Alemania, su país de origen, había quedado denostada desde la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 12 de marzo de 1972. Como acertadamente se ha

(15) Vid. GARCÍA VALDÉS, Carlos, «La reforma del Derecho penitenciario español», en *Estudios de Derecho penitenciario*, Madrid, 1982, pp. 153 ss.

(16) Véase, ampliamente, mi libro *Seguridad y Disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Madrid, 1998, pp. 24 ss.

señalado (17), tras la teoría de la relación especial de sujeción subyace la idea del Estado absoluto según la cual los intereses del mismo no son sólo autónomos respecto de los intereses de los ciudadanos sino incluso antagonistas, lo que abiertamente contradice el criterio actualmente asumido de que el Estado carece de intereses propios, al tratarse de un mero instrumento al servicio de los intereses de la sociedad. Con esta teoría se coloca a los ciudadanos en dos grupos o categorías, según se unan al poder mediante una relación general o especial, limitando los derechos de los de este segundo grupo a través no de una ley, sino mediante el protagonismo del reglamento ejecutivo. Por supuesto que el estatus jurídico de un recluso no es el mismo que el de un ciudadano libre, pero la limitación de derechos de aquél no ha de producirse por la aplicación de una caducada teoría, sino que será el propio contenido de la relación jurídica la que establezca los derechos y obligaciones que asisten a ambas partes. Los miedos a las consecuencias del abandono de la teoría de las relaciones especiales de sujeción son de todo punto infundados, pues el contenido de las relaciones jurídicas concretas y los principios constitucionales ofrecen soluciones para reconducir la reserva de Ley y la limitación de derechos fundamentales a sus justos términos, en aquellos casos en los que la funcionalidad de las instituciones así lo requieran.

Hemos visto hasta aquí los factores que han coadyuvado a la concepción del errante sistema penitenciario que sufrimos, monotemáticamente imbuido en una identificación entre política penitenciaria y política antiterrorista que ahoga cualquier iniciativa de otros vuelos. ¿Será este mal un mal endémico al sistema?, ¿existen posibles soluciones y cambio de un rumbo perdido o nunca encontrado? ¿Cuáles son los retos que la nueva centuria nos puede deparar?

IV. LA DESEADA Y ESPERADA METAMORFOSIS

Después de todo lo dicho está claro que entendemos que el sistema penitenciario actual debe sufrir, o mejor dicho, gozar, en el siglo XXI, de una profunda metamorfosis. Las bases de las misma deben estar cimentadas por la superación de algunos de los endogámicos defectos que tradicionalmente ha caracterizado a nuestro sistema penitenciario, y que hemos expuesto en líneas anteriores. En tal sentido:

(17) Vid. MAPELLI CAFFARENA, Borja, «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario», en *Estudios Penales y Criminológicos*, tomo XVI, 1992-1993, Santiago de Compostela, 1993, pp. 291 ss.

1.º Se hace patente la necesidad de partir de una concepción del delincuente ajena a la doble moral antes criticada. La apuesta porque el interno es un ciudadano como otro cualquiera, sujeto a la Administración por una relación jurídica cuyo marco jurídico viene encabezado por el artículo 25.2 del texto constitucional e integrado por una serie de derechos que no pueden ser limitados por una vetusta teoría decimonónica, permitirá desterrar esa tan arraigada como errónea creencia de que el recluso es un ser inerte, sometido a la Administración, la cual, siguiendo un «mandato del legislador» dirige su actuación desde parámetros reinsertadores. Reconocer la existencia de un auténtico derecho a la reinserción social del delincuente, sin miedos infundados ni ambages, se torna una asignatura pendiente, que una vez superada permitiría concebirlo como un sujeto activo que exige la realización de sus derechos y no un mero sujeto pasivo de la bondad y misericordia de la Administración.

Como es bien sabido, el Tribunal Constitucional, en reiteradas ocasiones (18), ha entendido que el artículo 25.2 no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, y, por tanto, sin desconocer la importancia que tal principio supone, este precepto no confiere como tal un derecho amparable que condicione la posibilidad y la existencia misma de la pena a esa orientación. Sin embargo, creemos que con ello nuestro Alto Tribunal ha realizado una devaluación del artículo 25.2, el cual, dada su ubicación sistemática, viene a consagrar un auténtico derecho a la reinserción social y no un mero principio programático que hubiera tenido cabida en otro capítulo (el III) del Título I de la Constitución. El temor del Tribunal Constitucional a que la consagración de la reinserción como derecho fundamental propiciara la petición de no cumplimiento de la pena privativa de libertad de aquellos penados que en el momento de tener que ingresar en prisión ya se encontrasen reinsertados en la sociedad, o de quienes estando en prisión la alcanzasen, es fruto de la confusión entre los fines de la pena, por una parte, y los derechos que el condenado tiene, por otra, los cuales, según la propia letra del precepto, le son reconocidos en cuanto «estuviere cumpliendo la misma», y en plena compatibilidad con los fines retributivos y preventivo-generales.

2.º Derivado de lo anterior se deduce la necesaria potenciación del tratamiento penitenciario frente a las políticas penitenciarias de

(18) Así en Autos 15/1984, de 11 de enero, 486/1985, de 10 de julio y 1112/1988, de 10 de octubre; y en Sentencias 2/1987, de 21 de enero; 19/1988, de 16 de febrero y 28/1988, de 23 de febrero.

mera contención. Y es que el derecho a la reinserción social debe de ser entendido como el derecho del condenado a que durante la ejecución penitenciaria se pongan a su disposición aquellos medios que le permitan llevar una futura vida en libertad sin delitos. Atentaría, por tanto, a tal derecho una ejecución penitenciaria inerte, que redujera al interno a un mero sujeto pasivo del tiempo de condena. Frente a esta actitud de la Administración penitenciaria el interno podría acudir en amparo al Tribunal Constitucional. Se trata, pues, de un derecho que se desenvuelve exclusivamente en el ámbito penitenciario, mientras que se es «condenado» y que implica, en última instancia, que el sujeto sea un sujeto activo del sistema penitenciario, si bien, el contenido del derecho variará en función de las necesidades concretas de cada penado, que se plasmarán en su programa individualizado de tratamiento: de la necesaria intervención psicológica en los casos en que ésta se requiera a la atenuación de los factores criminógenos del encarcelamiento en aquellos casos en los que la subcultura del delito está arraigada.

Esta configuración de la reinserción social como un derecho y no como un principio etéreo, supondría un revulsivo para la actuación de la Administración penitenciaria que se vería compelida a poner en funcionamiento verdaderos programas de tratamiento, superándose con ello las carencias de programas individualizados para las necesidades de cada interno. Y es que el tenor del artículo 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (principio de individualización científica), se da de bruces con la instauración de macroprogramas que son diseñados más para dar la impresión ante terceros (Defensor del Pueblo, Parlamento, Consejo General del Poder Judicial, opinión pública...) de que se está haciendo tratamiento que realmente estar pensados en sus destinatarios.

Ello acarrearía un notable incremento del protagonismo y consideración de los profesionales penitenciarios encargados del tratamiento (19), recuperando lo que desde hace tiempo se ha cedido a manos foráneas.

(19) Entre los cuales el Jurista tiene poco que decir, más allá del simple encuadramiento del marco jurídico en donde ningún programa debe traspasar. No es el momento de detenerme en las peculiaridades de este profesional, pero entiendo que su labor, como su nombre indica, debe estar en conocer el Ordenamiento jurídico y asesorar al Centro penitenciario sobre sus actuaciones administrativas y no en quedar convertido en un mero reproductor de datos o colaborador secundario en tal o cual actividad terapéutica. Potenciar su actuación en la esfera que le es propia se entiende imprescindible para no desdibujar sus funciones y, claro es, exige el esfuerzo del estudio normativo, mucho más incómodo y costoso que las pseudofunciones que muchos se autoimponen a la sombra del amplio concepto del tratamiento penitenciario.

Hace ya años que escribí contra lo que de dejación de funciones propias en personal ajeno suponía la cesión automática de determinadas intervenciones tratamentales a favor de las Comunidades extrapenitenciarias (20). Hay que reconocer que con el tiempo la intervención penitenciaria en materia de drogas ha mejorado sustancialmente. Ese será el camino que debemos seguir en el futuro, sin negar lógicamente la colaboración exterior, pero siempre desde el nivel de colaboración.

3.º Todo lo anterior supone un reto de singular trascendencia para la Administración, que debe colocar a la política tratamental como eje nuclear de la política penitenciaria, estableciendo unas directrices que no supongan maquillar de tratamiento lo que en realidad no es sino voluntarismo político, anteponiendo los intereses penitenciarios frente a los de otro tipo, y, en definitiva diseñando una línea de actuación coherente, regida por los parámetros descritos, y sin sucumbir al socaire de las intervenciones de otras Instituciones o miedos a la opinión publicada. Y es que replegarse a éstos tiene un alto precio; el desvirtuar los propios cimientos de la Institución. Un ejemplo. Entiendo un error de primer orden clasificar a un interno en primer grado por haber participado en la execrable violación, asesinato y mutilación de tres chicas levantinas por el mero hecho de evitar un titular de prensa en el que se dijese que la Administración penitenciaria coloca al conocido delincuente en un grado en el que puede salir de permiso. Si la adaptación del interno al régimen es total (ausencia de sanciones) y la potencial peligrosidad del interno no tiene manifestaciones exteriores objetivables su clasificación es en régimen ordinario, y así habrá que explicársele a la opinión publica para desmentir a quienes, confundiéndola, lanzan mensajes alarmantes identificando el régimen ordinario de cumplimiento con la automática salida de permiso.

V. CONCLUSIÓN

Comenzábamos este trabajo augurando que el siglo XXI será el siglo que vea los albores del desmoronamiento del sistema penitencia-

(20) Vid. TÉLLEZ AGUILERA, Abel, «El toxicómano y su rehabilitación en prisión: un estudio de Derecho comparado», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 246, 1995, p. 27

rio que hoy conocemos, lo que necesariamente traerá consigo una crisis y transformación de la función penitenciaria (21) y un necesario replanteamiento del sistema penal y ejecutivo que debe regir en un nuevo siglo.

No obstante, que los peligrosos vientos neoconservadores se tornen en huracanes reaccionarios es un peligro que no debemos olvidar, pues navegando con ellos se corre el riesgo de que nuevas penalidades que, *a priori*, se nos presenten como superadoras de las que actualmente conocemos, sean aún más atentatorias a la dignidad humana que a las que vienen a sustituir (22), y de que el tratamiento penitenciario se convierta en una quimera que vague por los módulos de unas «prisiones inteligentes».

Para evitar todo ello no queda sino profundizar en la dirección descrita en el epígrafe anterior, amén de tomar conciencia de que el problema de la criminalidad y de su control (que no desaparición) pasa, necesariamente, por un auge de la intervención preventiva en detrimento de la represiva (23) y, mientras tanto, pues parafraseando al maestro Gimbernat, tenemos todavía Código Penal

(21) Véase, al respecto, KROMMENACKER, R. Nicolás, «Surveillant pénitentiaire. Un consultant pour une possible métamorphose », en *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, año 116, núm. 2 abril-junio 1992, pp. 141 ss.; SYR, Juan-Hervé, «Surveillant de prison: une profession en devenir», en *Revue de Scienza criminologiques et Droit pénal comparé*, núm. 2, abril-junio 1992, pp. 277 ss.

(22) Tal es el caso del control electrónico de delincuentes, del que se ha dicho, acertadamente que: «Cuando se vulneren los contenidos de la mínima dignidad de la persona, estaremos ante penas o tratos inhumanos o degradantes, expresamente prohibidos por el artículo 15 de la Constitución así como por los convenios internacionales, contra los que cabe recurso de amparo al margen del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad. Y no se olvide que el anillo, eslabón, pulsera o collar electrónicos, si no se someten a los límites como los que acabo de indicar, pueden sustituir con ventaja en eficiencia tecnológica, pero también igualarse casi en degradación e indignidad, a las viejas cadenas y grilletes que entorpecían los movimientos físicos del penado o le unían al muro de la cárcel o a su bola de hierro» (LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, «Control electrónico y sanciones alternativas a la prisión», en *VIII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1993, p. 64). Sobre el tema puede verse la bibliografía señalada en las páginas 64 a 67 del citado trabajo de Luzón y el de GONZÁLEZ RUS, Juan José, «Control electrónico y sistema penitenciario», en la misma revista, pp. 69 ss. Recientemente son de interés los trabajos de FROMENT, Jean-Charles, «L'assignation à domicile sous surveillance électronique, l'exécution de la peine et les libertés publiques», en *Revue pénitentiaire et de Droit pénal*, núm. 2/1996, pp. 121 ss., y BÉLIVEAU, Pierre, «La surveillance électronique au Canada de 1974 à 1993: une révolution juridique», en misma revista y número, pp. 101 ss.

(23) Vid, ampliamente, GARRIDO GENOVÉS, Vicente, STANGELAND, Per, y REDONDO, Santiago, *Principios de Criminología*, Valencia, 1997, pp. 787 ss.

y cárcel para rato (24), establecer un sistema penitenciario fundado en el racional diseño de una política penitenciaria basada en una auténtica y no maquillada orientación reinsertadora. El tiempo lo dirá.

(24) GIMBERNAT ORDEIG; Enrique, Prólogo a GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2.^a ed., Madrid, 1982, p. 11.

El momento procesal para plantear las cuestiones previas en el procedimiento penal: un estudio crítico

JUAN RAMÓN MEDINA

Doctor en Derecho procesal
Profesor de la Universidad Internacional de Cataluña

1. PRECISIONES PREVIAS

El objeto de estas líneas es analizar críticamente el momento procesal que eligió nuestro viejo legislador procesal penal para resolver sobre las llamadas *cuestiones de previo pronunciamiento* recogidas en los artículos 666 a 678 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Como es de sobra conocido, la Ley de Enjuiciamiento Criminal diseña un régimen procesal que mantiene, a efectos prácticos, el principio inquisitorio en la fase instructoria, abriendo tan sólo la causa a la parte acusada una vez que se llega al juicio. Este concepto que la Ley procesal de 1882 tiene sobre el sumario, lleva al legislador a trasladar estos artículos de previo pronunciamiento al juicio. Es decir, retrasa el momento procesal de los artículos de previo pronunciamiento a un momento posterior al de haberse dictado el auto que pone fin a la fase sumarial y que no es otro que el auto de apertura del juicio. En el diseño del sumario que presenta la Ley de 1882, el Juez instructor no está facultado para resolver por sí mismo aquellas cuestiones que pudiesen hacer referencia al fondo de la causa y que hicieran imposible el ejercicio de la acción penal. Ello hace inviable que el Juez instructor pueda resolver sobre estas cuestiones previas articuladas como artículos de previo pronunciamiento porque el legislador entiende que hacen referencia a cuestiones de fondo y si conociese de las mismas se

produciría una merma de las garantías procesales. La razón: el poco desarrollo del Derecho procesal penal en 1882 que hace que el legislador se guíe por el proceso civil a la hora de regular el proceso penal.

Repasando un poco nuestra historia procesal, debe señalarse que en el procedimiento de la Ley procesal de 1872 y de la Compilación de 1879, una vez que se terminaba la práctica de las diligencias sumariales acordadas por el Juez o Tribunal que instruía la causa, se remitía ésta al Ministerio fiscal y al acusador privado, sin declaración previa alguna sobre la conclusión del sumario, para que sin fundar su juicio, expusieran las conclusiones siguientes: 1.º la calificación que, a su juicio, merecía el delito, examinados los hechos justiciables; 2.º los distintos grados de participación que cupiese atribuir, a su juicio, al procesado o a cada uno de los procesados si fueran más de uno; 3.º si en su opinión había razones fundadas para pedir la responsabilidad civil subsidiaria contra alguna o algunas personas, o el resarcimiento a todas aquellas personas que se hubiesen aprovechado económicamente de la comisión del delito objeto de la causa; 4.º si era procedente elevar la causa al plenario o bien debía sobreseerse y en qué términos debía hacerse; 5.º si en caso de que estimase procedente elevar la causa al plenario, renunciaba a la prueba y la ratificación de los testigos del sumario, o si, por el contrario, pretendía el recibimiento de la causa al trámite de la prueba y la ratificación de todos o de algunos de los testigos indicados en el sumario. En este último caso debía proponer, a través de otrosíes, la prueba que fuese a utilizar en el juicio y la lista de testigos expresando en qué calidad eran presentados.

Una vez que el Juez recibía este escrito, que venía a ser algo parecido a lo que entendemos en la Ley procesal de 1882 por escrito de calificación de los hechos justiciables y que es entendido como una demanda judicial o un acta de acusación, se decretaba en una vista previa el sobreseimiento o bien la elevación de la causa al plenario, según lo que estimase conveniente a la vista del escrito elaborado por el Ministerio fiscal y el acusador privado y de las diligencias practicadas durante el sumario. Si el Juez instructor determinaba que la causa penal debía elevarse al plenario a través del llamado auto de apertura del juicio, mandaba que se comunicase la causa al procesado o procesados y a las personas que hubiesen sido designadas como responsables civiles, para que manifestaran, a tenor de lo prevenido en el artículo 834 de la Compilación general, que quedaban enterados de la calificación hecha por el Ministerio fiscal y el acusador privado y si se mostraban o no conformes con las declaraciones de los testigos. En caso de que se manifestasen de acuerdo con las declaraciones de los testigos, debían manifestar si omitían el trámite de su ratificación y si

renunciaban al trámite de la prueba. En caso de que no estuviesen en desacuerdo con las declaraciones de los testigos, debían manifestarlo para que se procediese a la ratificación de uno o varios testigos y para que se recibiera a prueba.

Ya durante el juicio, se recibía la causa a prueba si alguna de las partes lo solicitaba; y una vez que había sido practicada toda la propuesta que hubiese sido admitida, la causa entraba dentro de los períodos fijados para la acusación y la defensa. Finalmente, recaía la sentencia, que debía ser consultada, en todo caso, con la Audiencia correspondiente.

Pero lo verdaderamente interesante para la materia objeto de nuestra investigación, es que los artículos de previo pronunciamiento debían proponerse en el término de tres días a contar desde el de la entrega de la causa para calificación de los hechos, tal y como se preveía en el artículo 581 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y en el artículo 818 de la Compilación general. Estos artículos de previo pronunciamiento podían ser propuestos y resueltos antes de que la causa se elevase a juicio.

Sin embargo, ello no significaba, en absoluto, que estas cuestiones previas tuviesen un tratamiento más adecuado que el que se desprende de la legislación procesal de 1882. Y ello porque al permanecer el sumario cerrado para la parte acusada, ésta no podía expresar procesalmente la existencia de cuestión previa alguna. En realidad, era el fiscal el dueño del proceso penal y el que decidía si el juicio debía ser abierto o no en vista de las acusaciones formuladas. Como, además, las cuestiones previas no podían ser manifestadas tampoco en el juicio puesto que los artículos de previo pronunciamiento, único trámite procesal previsto para tal fin, habían de resolverse durante la fase sumarial, la parte acusada no tenía posibilidad alguna de alegarlas en momento alguno. No es extraño que el legislador de 1882 se enorgullezca de haber acabado con el esquema inquisitorio predominante en nuestra Ley procesal penal, al diseñar un juicio contradictorio en que estas cuestiones previas pudiesen ser planteadas por todas las partes intervinientes en el proceso penal, incluyendo también a la parte acusada.

En efecto, en la LECrim de 1882 el trámite de calificación, que en la legislación anterior era el que determinaba el sobreseimiento libre de la causa, o bien su elevación al plenario, es aplazado a un momento procesal posterior al auto de apertura del juicio, si bien es anterior a la apertura del juicio oral o plenario. Los artículos de previo pronunciamiento quedan situados, asimismo, en esta fase del proceso penal, que no tienen carácter necesario, sino contingente.

Tal fase judicial entre instrucción y juicio oral suele denominarse «fase intermedia». Si bien parece claro que el legislador no quiso dar carta de naturaleza a la llamada fase intermedia, es indudable que tiene caracteres y finalidades propias que le diferencian tanto del sumario como del juicio.

Para nuestro legislador, todo lo que no es sumario, es juicio verbal, aunque hay que advertir ya aquí que ello no quiere decir que todos los actos que se realicen en este juicio oral tengan carácter verbal, sino que en él predomina el principio de oralidad.

Recordemos que las fases procesales están constituidas por actuaciones procesales que tienen una misma finalidad y generalmente poseen una misma naturaleza. Así, podemos decir que el proceso civil declarativo consta de tres fases: expositiva o de alegaciones, probatoria y de decisión, que, en realidad, pueden reducirse a dos: instructoria y decisoria. Por su parte, el proceso penal ordinario por delitos, según la doctrina mayoritaria, como veremos, se halla integrado por tres fases fundamentales: sumario o fase de instrucción, fase intermedia y juicio oral, sesiones, debates o plenario.

A nuestro modo de ver, la regla fundamental para encuadrar los actos procesales en una u otra fase es, sin duda, el de la finalidad que persiguen dichos actos. Sin embargo, y es de advertir, que esta regla no es la panacea porque hay actos procesales, como por ejemplo, los actos adicionales de hechos nuevos o desconocidos (*nova et reperta*) o la prueba anticipada que siempre desbaratan todo esquema fijo que se quiera hacer del proceso penal y es que los actos humanos siempre han sido difícilmente encuadrables. Pero, al menos, esta regla fundamental puede ser un criterio de gran utilidad en muchas ocasiones.

Ante la posición mayoritaria de la doctrina procesal que incluye los artículos de previo pronunciamiento en la llamada fase intermedia del proceso penal, Viada (1) considera que los artículos de previo pronunciamiento no pueden ser incluidos dentro de la fase intermedia. Este autor considera que la fase intermedia tiene una función delimitada y concreta, que es la de servir de tamiz, para evitar que pasen a juicio aquellos procesos en los que no existan motivos suficientes en cuanto a la responsabilidad criminal, bien por ausencia de requisitos objetivos, bien por ausencia de requisitos subjetivos. Esta fase, para este autor, se reduce a la petición por parte de los acusadores del sobreseimiento o de apertura de juicio y a la resolución por el Tribunal sobre dicho particular, con arreglo a las normas prescritas por la Ley. Por tanto, una vez acordada, en el caso de la existencia de acusador, la

(1) Vid. VIADA, *Lecciones de Derecho Procesal penal*, Madrid, 1950, p. 478.

apertura del juicio, concluye totalmente la fase intermedia. Al concluir ésta, afirma Viada, se da traslado para los escritos de calificación, con lo que se entra en el juicio, al dar a las partes el momento procesal oportuno para hacer sus primeras alegaciones en dicho juicio oral. Es en los primeros días de evacuar este traslado del escrito de calificación, cuando se pueden presentar los artículos de previo pronunciamiento.

Viada afirma que siguiendo el legislador el criterio de considerar el escrito de calificaciones como análogo a los de demanda y contestación del proceso civil (como afirma en la Exposición de Motivos), concede a semejanza del proceso civil, dentro del plazo total, un primer plazo para la oportuna alegación, en el que pueden plantearse estas excepciones o artículos de previo pronunciamiento. La misma ley, sin darle de una manera bien concreta y detallada la naturaleza de excepciones, en su artículo 666, al referirse a los artículos de previo pronunciamiento, dice que sólo serán objeto de los mismos las «cuestiones o excepciones siguientes». Se ve, pues, a juicio de este autor, que el legislador, pensando en el trámite del escrito de calificación, como análogo a los de demanda y contestación, estableció un primer momento para la alegación de las oportunas excepciones. Sin embargo, la alegación de estas excepciones no quiere decir que no se esté ya en plena fase del juicio, pues desde que el Tribunal decretó la apertura del mismo, se entra en él, siendo ésta una fase previa, sí, pero ya del juicio.

Sin embargo, y a pesar de estas consideraciones de Viada, la fase intermedia, según lo acepta la mayoría de la doctrina, comienza con la llegada de las actuaciones sumariales al Tribunal competente. Tanto Hercé Quemada como Fenech (2) afirman con rotundidad que deben ser situadas en esta fase intermedia. Estiman dichos autores que la fase intermedia es divisible en la fase intermedia necesaria y la fase intermedia contingente. La primera está compuesta por los trámites de estudio de la procedencia de la conclusión del sumario, del sobreseimiento o apertura del juicio oral. La segunda está integrada, como puede suponerse, por la existencia de los artículos de previo pronunciamiento porque no se dan en todos los procesos penales.

Esta fase intermedia tiene dos finalidades: examinar y, en su caso, ampliar o rectificar las diligencias sumariales y, en consecuencia rati-

(2) Vid. GÓMEZ ORBANEJA-HERCÉ QUEMADA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, I, 1947, pp. 143 y FENECH, *El proceso penal*, AGESA, Madrid, 1986, p. 990.

ficar o revocar el auto, que la práctica forense denomina «de conclusión del sumario» (finalidad retrospectiva); y, por otra parte, analizar si, en virtud de las actuaciones del sumario, procede la petición y decisión de la apertura del juicio o si, por el contrario, lo procedente en virtud de la ley, es pedir y decretar judicialmente el sobreseimiento (finalidad previsor) (3).

Con el objeto de cumplir la primera finalidad, las partes y el Tribunal comprueban las actuaciones que han sido practicadas en la fase sumarial y, como consecuencia de este examen, o se revoca el auto de conclusión del sumario y se mandan practicar nuevas diligencias, tal como señalan los artículos 627-631 de la LECrim, o bien se ratifica y confirma dicha resolución, en cuyo caso y, mediante resolución independiente, el Tribunal decreta la apertura del juicio oral o el sobreseimiento definitivo o provisional de la causa penal.

Según indica Gómez Orbaneja (4) la solicitud de apertura del juicio oral viene a significar una petición dirigida al Tribunal para que reconozca el derecho de acción penal. Si el Tribunal decreta la apertura del mismo, ello equivale a confirmar la existencia del derecho a perseguir judicialmente el hecho y al procesado por ese mismo hecho. En sentido contrario, si se pide y se dicta el auto de sobreseimiento, ello equivale a una renuncia o denegación, ya sea definitiva o provisional al objeto del proceso, de forma similar a la *datio denegatio actionis* del Derecho romano clásico (5).

Por tanto, este sistema desempeña una función parecida a la que en los sistemas procesales más modernos se asigna al llamado «juicio sobre la acusación» para la *datio o denegatio actionis* en el proceso penal, es decir, para la concesión o denegación definitiva del derecho de acusar. Esta función es la que venía tradicionalmente atribuida en Inglaterra al «Gran Jurado» hasta que fue suprimido en 1933, pasando a ejercer sus funciones el Magistrado, unipersonalmente o en órgano colegiado, y la que todavía tiene este órgano judicial en algunos de los Estados Unidos de Norteamérica donde sigue vigente (6), y la que se

(3) PIETRO-CASTRO y G. DE CABIEDES, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1976, pp. 285 ss; FENECH, *El proceso penal*, cit. edición 1978, pp. 303 ss. núms. 278 ss. al 291, que propone la doctrina de los diversos «enjuiciamientos» que se realizan en el curso del proceso penal, singularmente del llamado «proceso instructorio» y del «proceso decisorio».

(4) Vid. GÓMEZ ORBANEJA-HERCÉ QUEMADA, *Comentarios*, ob. cit., p. 1.985 ss.

(5) Vid. COSTA, *Perfil storico del processo civile romano*, Roma, 1918, pp. 365 ss.; SCIALOJA: *Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos.*, Traducción de Sentis, Buenos Aires, 1954, p. 214.

(6) Vid. sobre esta interesante materia MORENILLA RODRÍGUEZ, *La organización de los Tribunales y la reforma judicial en los Estados Unidos de América*, Madrid,

otorga a la moderna «Cámara de acusación» del nuevo Código procedimental francés de 1958 (7).

El legislador de 1882 estimó, sin duda, que era un adecuado planteamiento del proceso penal el que el Tribunal de juicio se enfrentase con el caso por primera vez, habiéndose situado hasta ese momento al margen de la causa para que nada pudiese influirle psicológicamente a la hora de juzgar. Para que ello fuese así, era indispensable que las decisiones que hasta ese momento se hubiesen tomado durante el curso de la causa, correspondiesen a un órgano jurisdiccional diferente. De esta forma, entendía el legislador de 1882 que se aseguraba la imparcialidad del Tribunal que, a fin de cuentas, era el que verdaderamente iba a juzgar sobre los hechos justiciables y las responsabilidades que de los mismos pudiesen derivarse (8).

2. DOCTRINA CLÁSICA

2.1 Procedimiento ordinario

De todo lo expuesto, se desprende con claridad que el legislador entienda como el criterio más correcto para proponer las llamadas «cuestiones previas» el establecido en la LECrim. En ésta, una vez abierto el juicio, que no el juicio oral o plenario, el Juez o Tribunal que conozca de la causa penal tras la elevación de la misma a su conocimiento por el Juez instructor, comunica la causa a las partes acusadoras y al actor civil para que califiquen los hechos en el plazo de cinco días. A continuación y una vez recibida la calificación hecha por dichas partes, debe dar traslado del escrito de calificaciones por el mismo plazo de tiempo a los acusados y a las terceras personas civilmente responsables para que manifiesten por conclusiones numeradas, correlativas a las de la acusación, si están o no conformes con las con-

1968, p. 71, nota 126; RADBRUCH, *El espíritu del Derecho inglés*, Madrid, 1958, p. 105. Una descripción del procedimiento inglés puede seguirse en GILES, *The criminal law* (traducida al castellano con el título de «El Derecho Penal inglés y su procedimiento», Barcelona, 1957) y en PASTOR LÓPEZ, *El proceso penal inglés*, *Revista de Derecho Procesal*, 1967, 1, pp. 67-124 y 2, pp. 43-100.

(7) Vid. STEFANI y LEVASSEUR, *Procédure Pénale*, París, Dalloz, 1971.

(8) En este sentido, la Exposición de Motivos señala, refiriéndose al sistema de la anterior Ley procesal de 1872 que «el proceso llegaba al plenario y cuando quiere defenderse (el acusado) no hace más que forcejear inútilmente, porque entra en el palenque ya vencido o por lo menos desarmado».

clusiones que se hacían en el escrito de calificación elaborado por la contraparte y, en su caso, expresen los puntos en los que difieren.

Estos escritos de calificación provisional constituyen actos procesales preparatorios de las sesiones, debates, plenario o juicio oral, en sentido estricto, que no tendrá lugar si se produce, por las partes acusadas, la conformidad a que se refiere el artículo 655 de la LECrim.

Pero, tampoco tendrá lugar el juicio oral, en sentido estricto, si, propuestos en tiempo y forma, se formulan por las partes alguno o algunos de los artículos de previo pronunciamiento recogidos en el artículo 666 de la LECrim y son estimados por el Tribunal que debiese conocer de ellos.

Por tanto, este es el momento que la LECrim asigna a la proposición de los artículos de previo pronunciamiento. Así pues, las cuestiones o excepciones que pueden ser objeto de artículos de previo pronunciamiento, principal objeto de nuestra investigación, sólo pueden ser propuestas en el término de tres días a contar desde el de la entrega de los autos para su calificación, tal y como expresa el artículo 667 de la LECrim. La proposición de los artículos de previo pronunciamiento en este trámite procesal es absolutamente imprescindible, ya que si se promoviesen después, debería denegarse su admisión (9).

En efecto, el Tribunal Supremo, expresaba de forma taxativa, que «se debe estimar como ineficaz, en cuanto a sus efectos, como cuestión previa, la interposición de las excepciones, que se citan en el recurso de casación que a este Tribunal se eleva, en el acto del juicio, ya que no han sido objeto de las conclusiones definitivas» (10) e insiste en que no habiéndose deducido los artículos de previo pronunciamiento dentro del término fijado por el expresado artículo 667, y no siendo reproducibles en el juicio en el caso de que se resolvieran negativamente, no pueden ser discutidas en casación las excepciones que hubieran podido motivarlos (11).

De lo que se expresa en los preceptos de la LECrim y de la práctica judicial más cercana a su publicación, se deduce claramente lo que la doctrina clásica ha venido expresando hasta aquí sobre el momento procesal en que caben alegar estas excepciones como artículos de previo pronunciamiento. Es decir, que éstos sólo pueden ser

(9) Con claridad se expresa la STS de 19 de febrero de 1986 al señalar al respecto que «deben ser desestimadas las cuestiones de declinatoria de jurisdicción y de cosa juzgada propuestas como artículo de previo pronunciamiento con arreglo al artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando se deducen fuera del término de los tres días que fija el artículo 667 de la misma.»

(10) SSTS de 16 de junio de 1909 y de 25 de noviembre de 1911.

(11) STS del 20 de enero de 1906 y de 12 de febrero de 1908.

propuestos en tal concepto en el trámite referido de la calificación de los hechos justiciables. Por ello, se estima que cuando se propusieran por primera vez dentro del juicio oral, o cuando, promovidos en su debido tiempo, los desestimara el Juez o Tribunal que conociese de la causa y fuesen propuestos posteriormente en ese juicio oral, no podrán dar lugar a incidentes previos, sino que constituirán una cuestión de fondo o de defensa para oponerse a la acusación o a las razones jurídicas que en esa acusación se contemplan. Hay que advertir, además, señala Aguilera de Paz (12), que esta cuestión de fondo no resultaría estimada en la mayoría de los casos si en la causa no obrasen las debidas razones que justificaran los hechos por los que se había reservado la cuestión previa para este momento procesal tan tardío cuando podría haber constituido un artículo de previo pronunciamiento y haber evitado el juicio oral.

Los motivos que llevan a este autor a afirmar lo anterior se basan, como venimos diciendo, en la naturaleza atribuida a estas cuestiones previas. Como puede fácilmente comprenderse, si se dejara su planteamiento para después del trámite de calificación, no podrían ser planteadas en el juicio oral porque, así lo entiende, es la calificación hecha por todas las partes intervinientes en la causa penal la que plantea la *litis* del juicio. En este escrito de calificaciones es donde se realizan las conclusiones provisionales que deberán ser refrendadas posteriormente en el plenario o juicio oral y es éste el momento adecuado para oponerse mediante las oportunas excepciones a estas conclusiones provisionales. Esperar para excepcionar en el juicio oral no es posible porque no hay términos hábiles para ello dentro del juicio oral.

Como vemos, en realidad, la tramitación de estas cuestiones previas como artículos de previo pronunciamiento en la llamada fase intermedia, trasluce que para el legislador de nuestra vigente LECrim, el sumario presenta una importancia, finalidad y naturaleza jurídica muy distinta a la admisible actualmente, algo ya sospechado por leyes más recientes como el Código de Justicia Militar de 1945 (13).

(12) Vid. AGUILERA DE PAZ, *Tratado, cit.*, p. 463.

(13) El Código de Justicia Militar de 1945, a diferencia de la LECrim, regula el sobreseimiento libre, definitivo le denomina el artículo 719, II del Código de Justicia Militar, incluyendo entre sus motivos, además de los recogidos en el artículo 637 LECrim, la cosa juzgada, la muerte del procesado y las causas de la extinción de la acción penal. La estimación judicial de estos motivos dan lugar al sobreseimiento «definitivo» y, por consiguiente, a la exclusión del plenario. El Auditor, a la vista de la causa propondrá al Tribunal una de las resoluciones siguientes: 1.º la conclusión del sumario y la elevación al plenario, si hubiese motivos para ello; 2.º el sobreseimiento de las actuaciones en cualquier de sus formas y por los motivos que establece el CJM. En el plenario, a tenor del artículo 738 del CJM, el fiscal o el defensor pue-

2.2 Juicios de faltas

A juicio de Aguilera de Paz, el artículo 969 de la LECrim no deja lugar a dudas sobre el momento en que deben proponerse estas cuestiones previas en el juicio de faltas. El procedimiento por faltas, subraya este autor, tiene la clara intención de no desviarse del procedimiento seguido en los juicios por delitos. Así se establece que «el juicio será público, dando principio por la lectura de la querrela o de la denuncia, si las hubiere, siguiendo a esto el examen de los testigos convocados y practicándose las demás pruebas que propongan el querrellante, el denunciante y el Fiscal, si asistiere, siempre que el Juez las considere admisibles. La querrela habrá de reunir los requisitos del artículo 277, salvo que no necesite firma de Abogado ni Procurador. Seguidamente se oirá al acusado, se examinarán los testigos que presente en su descargo y se practicarán las demás pruebas que ofrezca y fueren pertinentes, observándose las prescripciones de esta Ley en cuanto sean aplicables». Como puede verse, afirma, el proceso penal por faltas tiene su modelo en el proceso penal por delitos. La remisión al artículo 277 y el carácter supletorio que se da a las demás prescripciones de la Ley en cuanto sean aplicables muestra bien a las claras esta intención (14).

Por tales razones, entiende que no hay razón jurídica alguna que pueda llevar a pensar que en los juicios de faltas no son aplicables los

den alegar incompetencia de jurisdicción, excepción de cosa juzgada, prescripción, amnistía, indulto o cualquier otra causa de exención de la responsabilidad o artículo de previo pronunciamiento y, en este caso, se abstendrá de formular el escrito de «conclusiones provisionales» hasta que se resuelva el incidente. Anteriormente, en el período sumarial, artículo 556 CJM, el encartado y su defensor podrán promover escrito al Juez instructor en petición de pruebas conducentes al descargo de las responsabilidades imputadas o con alegación de excepciones de que se crea asistido el primero. El instructor resolverá de arbitrio sobre la admisión y práctica de la prueba. Si se tratara de excepciones, cual las de cosa juzgada, prescripción, incompetencia jurisdiccional, amnistía e indulto, el Juez instructor elevará consulta sobre ellas a la autoridad judicial, sin paralizar el curso del procedimiento. Como vemos, la tramitación de estos artículos de previo pronunciamiento en el juicio en la LECrim de 1882 es diferente a este regulación posterior del Código de Justicia Militar. En éste, los artículos de previo pronunciamiento pueden alegarse por las dos partes contendientes en el proceso durante la fase sumarial y deberán ser resueltos antes de que se abra el juicio, sin perjuicio de que las excepciones propuestas durante el sumario, sean luego reproducidas como cuestiones o excepciones de fondo en el juicio oral. Ciertamente son tratadas como «excepciones» y conservan los defectos de su concepción privacista, pero al menos pueden ser planteadas y resueltas antes de la apertura del juicio.

(14) Vid. AGUILERA DE PAZ, *Ibidem.*, p. 465.

artículos de previo pronunciamiento. Le parece que en estos juicios pueden aplicarse, sin restricciones, todo lo prevenido respecto a estos incidentes procesales siempre y cuando se acomoden a las especiales características que poseen los juicios por faltas, es decir, a su carácter verbal. La única diferencia contemplable entre los juicios por delitos y los juicios por faltas es que en éstos el procedimiento es oral. No le parece que haya dificultad alguna en que los artículos de previo pronunciamiento puedan respetar este requisito esencial que se da en los juicios de faltas.

Así pues, entiende el referido autor que si en algún juicio por faltas, las partes que intervienen en él consideraran que puede alegar excepciones procesales utilizando este trámite procesal que son los artículos de previo pronunciamiento por alguno de los motivos que se relacionan en el artículo 666 de la LECrim, la parte a quien interese hacerlo podrá promoverla sin dificultad alguna. Tan sólo deberán respetar, a la hora de ser alegadas, el carácter oral e inmediato que deben observar en su alegación, es decir, que deben ser alegadas en el mismo acto del juicio oral y de forma verbal, para respetar la naturaleza propia de estos juicios de faltas. Los efectos que la alegación de estos artículos de previo pronunciamiento en un juicio de faltas son los mismos que respecto a la alegación de éstos en un juicio por delitos: la suspensión del procedimiento penal mientras no sean resueltas las cuestiones que, con carácter previo, se hayan alegado. Por tanto, tendrán el mismo carácter de excepciones y, por consiguiente, los mismos efectos que se derivan de la interposición de éstas (15).

Todo ello es, en efecto, avalado por la práctica judicial en antiguas sentencias del Tribunal Supremo y en la misma práctica judicial. No es precisamente escasa la jurisprudencia que hay sobre casos en que estas excepciones procesales fueron propuestas como artículos de previo pronunciamiento en juicios de faltas, especialmente la excepción por prescripción de delito. Las resoluciones del Tribunal Supremo son diáfanos y van todas en la misma dirección y sostienen, de forma taxativa, que las excepciones mencionadas en el artículo 666 de la LECrim son aplicables a los juicios de faltas, aunque con las modificaciones a la hora de tramitarse que exige la naturaleza de estos juicios, «por cuanto en ellos cabe que se susciten las mismas cuestiones que se ventilan en los que se celebran ante las Audiencias Provinciales, y, una vez planteadas, es forzoso resolverlas con sujeción a las reglas generales establecidas en la propia ley» (16).

(15) Vid. AGUILERA DE PAZ, *Ibidem.*, p. 466.

(16) Vid. por todas, la STS de 21 de diciembre de 1904.

2.3 Procedimiento por jurados

La doctrina clásica se planteó el problema de si las cuestiones de previo pronunciamiento podían o no ser propuestas ante el Tribunal del Jurado.

Afirma Aguilera de Paz que algún autor sostuvo que sí era posible, basándose en artículos generales que establecían la posibilidad genérica de que estos artículos de previo pronunciamiento pudiesen ser propuestos en el proceso por jurados. Sin embargo, la doctrina tradicional mayoritaria, entre la que el referido autor se incluye, sostiene que una cosa era permitir que estos artículos de previo pronunciamiento sean propuestos en el proceso por jurados, y otra muy distinta que puedan ser propuestos ante el Tribunal del Jurado.

En efecto, la Ley del Jurado remitía siempre al Título II del Libro III de la LECrim, es decir, que debían ser propuestos en el término de tres días a contar desde la entrega de los autos para la calificación de los hechos. Por tanto, estos artículos de previo pronunciamiento debían ser propuestos antes de presentarse el escrito de calificaciones por la parte que los promoviera. Resulta evidente, que en ese estado de la causa, aún no ha podido conocer de la misma el Tribunal del Jurado y, por tanto, es del todo imposible que tales cuestiones pudiesen suscitarse ante este Tribunal, ya que éste no asume sus funciones hasta el momento del juicio oral.

Sin embargo, Aguilera de Paz admite que estas cuestiones previas alegadas como artículos de previo pronunciamiento en el procedimiento por jurados, pudiesen ser alegadas ante el Tribunal del Jurado como cuestiones de fondo o medios de defensa, como expresaba el artículo 678 de la LECrim (17).

Por tanto, y en conclusión, para la doctrina tradicional no es posible que ante el Tribunal del Jurado puedan suscitarse cuestiones previas, independientemente de que ante él puedan reproducirse como cuestiones de fondo o medios de defensa.

3. ANÁLISIS CRÍTICO

3.1 Procedimiento ordinario

Debe afirmarse con fuerza que las cuestiones previas no son excepciones procesales, sino presupuestos procesales de carácter público,

(17) Vid. AGUILERA DE PAZ, *Tratado*, cit., pp. 467-468.

que afectan de raíz al proceso. En consecuencia, deben poder ser propuestas o estimadas de oficio en cualquier momento del procedimiento. No se trata de ejercitar un «derecho particular privado», sino de poner de manifiesto un óbice de procedibilidad que, en caso de apreciarse, provocaría que los actos judiciales fuesen nulos.

Por tanto, si el Juez o Tribunal advirtiese en cualquier momento del procedimiento que éste se halla viciado por la ausencia de algún presupuesto procesal debe investigarlo de oficio y en el momento en que tuviese constancia fehaciente de su existencia, suspender el proceso penal para, según sea el óbice procesal, subsanarlo si es posible o sobreseer provisional o definitivamente la causa, en función del momento procesal en que fuese apreciado, si tal subsanación no es posible. Si la ausencia de presupuestos procesales se pone de manifiesto tras la sentencia definitiva el camino procesal a seguir es el del recuperado incidente de nulidad de actuaciones.

Se ha venido sosteniendo tradicionalmente que si la inexistencia de un presupuesto procesal se produce o advierte en la llamada fase intermedia, los artículos de previo pronunciamiento son un trámite procesal válido para poner de manifiesto este vicio procedimental. Asimismo, se ha subrayado que si la ausencia de este presupuesto procesal se origina o conoce durante el juicio oral, la sentencia definitiva al final del mismo es el momento más adecuado para resolverlo.

Por supuesto, no somos de la misma opinión. Los artículos de previo pronunciamiento adolecen de defectos excesivamente graves para que puedan estimarse hoy un trámite legal adecuado. No pensamos que el clásico trámite de los artículos de previo pronunciamiento sea, en modo alguno necesario ni conveniente ni siquiera para resolver cuestiones planteadas una vez abierto el juicio, ya que estimamos que en el seno del mismo, el «sistema de nulidades», diseñado por los artículos 238 a 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es el cauce adecuado para ello.

Asimismo, no consideramos que una vez abierto el juicio oral, esperar a la sentencia sea lo más correcto para apreciar un presupuesto procesal. No se entiende por qué ha de practicarse, por ejemplo, toda la prueba y formularse la calificación definitiva si se produce o tiene conocimiento, con anterioridad o durante estos trámites procesales, de la ausencia de un presupuesto procesal. Resulta claro que si consta fehacientemente esta circunstancia y no es subsanable el sobreseimiento libre de la causa debería ser inmediato sin llegar a una sentencia definitiva. Por otra parte, si el óbice procesal es tan sólo un defecto formal subsanable debe procederse a la sanación del proceso desde el presente, es decir, observando siempre el principio de conservación de lo actuado.

Respecto a los motivos históricos que llevaron al legislador de 1882 a incluir los artículos de previo pronunciamiento, esta original figura de nuestro Derecho procesal, tras la apertura del juicio debe afirmarse una vez más que proviene de un diseño anacrónico del proceso penal en el que la fase instructoria estaba cerrada a las defensas.

Tras las modificaciones constitucionales y procedimentales, debe admitirse que las cuestiones previas, presupuestos y no excepciones procesales, podrán estimarse en cualquier momento del procedimiento, aun sin alegación previa de parte y deberán ser resueltas mediante auto de sobreseimiento si son apreciadas o auto de desestimación si son rechazadas.

Por tanto, a nuestro juicio no deberían asignárseles un momento procesal concreto ni para su alegación, ni para su resolución, ya que al tratarse de cuestiones de carácter público han de ser planteables en cualquier momento del proceso, ya sea a instancia de parte o de oficio, y resueltas por la autoridad judicial competente con la prioridad y diligencia que tal carácter necesariamente impone.

3.2 Juicios de faltas

Como hemos visto, la doctrina clásica sólo se planteaba el problema de si podían o no utilizarse estos artículos de previo pronunciamiento y resolvía positivamente al respecto, aduciendo algunos preceptos legales y alguna sentencia del Tribunal Supremo.

Sin embargo, estas cuestiones previas tienen singular relieve en estos juicios de faltas, especialmente respecto a la cosa juzgada y a la prescripción de delito, ya que no existe fase de instrucción, ni fase intermedia ni se establece un momento específico antes del juicio oral o al inicio del mismo para que se puedan plantear de oficio estos presupuestos especiales, que la LECrim concibe como excepciones. Ello se debe fundamentalmente a que el juicio de faltas está concebido como un procedimiento acelerado y rápido, con concentración de las actuaciones en la vista oral. Por esta razón, el legislador se ha limitado a establecer en el artículo 962 de la LECrim, que tan pronto el Juez tenga noticias de haberse cometido un hecho que pueda ser calificado como falta, mandará convocar al Ministerio fiscal y a las demás partes, testigos y peritos al juicio oral, fase única de este juicio por faltas.

La LECrim no dice nada al respecto, pero la práctica jurisprudencial es muy clarificadora y muestra múltiples supuestos en que las partes alegan presupuestos procesales como la prescripción y la cosa juzgada, en momentos procesales diferentes.

Así, antes de la celebración del juicio oral, es decir, en fechas ante-

rios al día señalado para la celebración de la vista oral, e incluso antes de que se haya realizado el señalamiento de la vista oral, puede ser planteada la cosa juzgada o la prescripción de delito, mediante escrito dirigido al Juez de Instrucción el cual deberá resolver mediante auto motivado estimando o no esta cuestión.

Por tanto, y como puede verse, la práctica judicial, esta vez sin las limitaciones que le impone las normas del juicio ordinario, considera estas cuestiones previas como presupuestos procesales de carácter público y, por tanto, alegables en cualquier momento del procedimiento. Cuando hablamos de alegación por las partes, entendemos que ello no es óbice para que el órgano judicial pueda intervenir de oficio en caso de conocer la posible existencia de uno de estos presupuestos procesales.

Contra la resolución estimatoria cabe interponer recurso de reforma por aplicación de las disposiciones generales de los Títulos IX a X del Libro I de la LECrim supletoriamente de los artículos 780 a 787. Contra la desestimación de este recurso de reforma cabe interponer el de apelación por aplicación analógica de los artículos 789.5 y 790.6 y 7 de la LECrim, teniendo en cuenta que dicha resolución produce además los mismos efectos de cosa juzgada que la sentencia contra la cual se establece el recurso de apelación puede interponerse sin previa interposición del de reforma.

Contra la resolución desestimatoria podría sostenerse que no puede admitirse recurso alguno, por aplicación supletoria del artículo 676.3 de la LECrim, sin perjuicio de la posibilidad de reproducir la petición en la misma vista oral (art. 678 de la LECrim). Sin embargo, entendemos que cabe recurso de reforma y contra el auto desestimatorio del mismo recurso de queja, careciendo este último de efectos suspensivos, por aplicación de las disposiciones generales del Libro I de la LECrim y de los artículos 780 a 787.

En el juicio oral, una vez abierto y con carácter previo, el Ministerio fiscal o el denunciado suelen plantear ante el Juez la cuestión previa. Las actuaciones del mismo pueden ser diversas, como apuntamos. Puede no admitir el planteamiento de esta cuestión previa con carácter previo al interrogatorio de las partes y la práctica de la prueba por estimar que, al no estar específicamente previsto este trámite en el juicio de faltas, debe ser alegada como cuestión de fondo en el informe final de las partes. Esta es la postura sostenida recientemente por la Audiencia Provincial de Bilbao al señalar, en un caso de alegación de prescripción, que «a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario (arts. 666 y 667 de la LECrim) y en el procedimiento abreviado (art. 793.2 de la LECrim) no se prevé en el juicio de faltas un

momento procesal concreto de resolución previa de la prescripción alegada y ello ha de llevarnos a la conclusión procedimental [artículos 962 y 973 de la LECrim y 245 c) de la LOPJ] de que la alegación de la prescripción en el acto de juicio de faltas no debe resolverse con carácter previo por medio de auto, sino que debería continuar el Juicio con la práctica de las pruebas, y resolverse, eso sí, con carácter previo en la propia Sentencia que ponga fin al pleito» (18). Como vemos, se estima que es en la sentencia y previamente a la resolución objeto del juicio donde deberá resolverse sobre estas cuestiones previas, siendo susceptible la decisión de estimación o no de éstas, en cuanto se incorporan a la sentencia, de recurso de apelación en ambos efectos (art. 976 de la LECrim). Sin embargo, esta sentencia, cuando en ella se absuelve al denunciado por estimar la causa extintiva de la responsabilidad criminal, conlleva un serio problema en cuanto a la redacción de la misma, en relación con los hechos que el juzgador debe estimar probados. También suele sostenerse que el Juez debe recoger como hechos probados los relativos al fondo del asunto en cuanto hayan quedado acreditados a través de las pruebas practicadas en el juicio, sin perjuicio de que en los fundamentos jurídicos de la sentencia se contengan los razonamientos por los que el Juez estima este presupuesto procesal.

Como cabe deducir de lo que venimos exponiendo en estas páginas, consideramos preferible resolver la cuestión previa planteada en un auto se sobreseimiento libre, y no en una sentencia. En dicho auto deben recogerse aquellos hechos probados que permitan al Juzgador estimar la prescripción sin aludir a los del fondo del asunto que hayan motivado el juicio de faltas.

Asimismo, puede que el Juez admita el planteamiento de la cuestión con carácter previo, abriendo a tal efecto un turno de intervenciones a modo y semejanza de lo que ocurre en el debate preliminar de la vista oral del procedimiento abreviado, pudiendo el Juzgador diferir su resolución al momento de dictar sentencia, en cuyo caso tendrían plena validez las consideraciones expuestas o resolver en el mismo acto de la vista oral, documentando brevemente su resolución en el acta del juicio. Esta resolución puede considerar que no ha lugar a la cuestión previa planteada, sin perjuicio de que los fundamentos expuestos en Sala se recojan debidamente precisados en sentencia, pudiendo entonces recurrirse dicha resolución al recurrirse la sentencia en apelación o, por el contrario, que sí ha lugar a la cuestión previa planteada, por lo que se procede a la suspensión del juicio al objeto de

(18) Auto de 13 de julio de 1992.

dictar un auto motivado contra el que cabría interponer directamente el recurso de apelación, al producir este auto los mismos efectos de cosa juzgada que la sentencia, sin perjuicio de que previamente interpusiere el recurso de reforma. También podría suspender el juicio al objeto de estudiar la cuestión planteada y resolver sobre la misma mediante auto motivado contra el que cabrían los recursos que acabamos de mencionar si esta resolución fuera estimatoria de la cuestión previa; si, por el contrario, el auto desestima la cuestión previa estimamos que no cabría recurso alguno por aplicación supletoria del artículo 767.3 de la LECrim, sin perjuicio de interponer en su día el recurso de apelación contra la sentencia que se dicte.

Por tanto, según la LECrim, el auto de sobreseimiento que estime una cuestión previa es una resolución firme, mientras que el auto de sobreseimiento que la desestime sería tan sólo una resolución definitiva ante la que caben los recursos pertinentes.

3.3 Procedimiento por jurados

Como es conocido, la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, pone en funcionamiento de nuevo este discutido cauce procedimental. En esta Ley Orgánica se regulan las cuestiones previas en el artículo 36. En él se especifica que al tiempo de personarse las partes ante el Tribunal competente para el enjuiciamiento y antes de que se constituya el Tribunal del jurado podrán «plantear alguna de las cuestiones o excepciones previstas en el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o alegar lo que estimen oportuno sobre la competencia o inadecuación del procedimiento». En su párrafo 2.º el referido artículo 36 señala que «si se plantease alguno de estos incidentes se le dará la tramitación establecida en los artículos 688 a 677 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Por tanto, parece que lo que verdaderamente ha interesado al legislador de la Ley del Jurado ha sido simplemente dejar fuera del juicio oral estas cuestiones previas que podrían entorpecer la labor encomendada a los jueces legos.

Esto parece confirmarse al leer el contenido de la disposición final segunda que modifica algunos aspectos de la LECrim y que en su disposición octava establece que el tercer párrafo del artículo 676 quede redactado de la siguiente forma: «contra el auto resolutorio de la declinatoria y contra el que admita las excepciones 2, 3 y 4 del artículo 666, procede el recurso de apelación. Contra el que las desestime, no se da recurso alguno salvo el que proceda contra la sentencia sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 678» para añadir en el siguiente punto que este artículo queda modificado añadiéndosele lo siguiente: «lo

anterior (es decir, la posibilidad que tienen las partes de reproducir en el juicio oral, como medios de defensa, las cuestiones previas que se hubiesen desestimado, excepto la de declinatoria) no será de aplicación en las causas competencia del Tribunal del Jurado, sin perjuicio de lo que pueda alegarse al recurrir contra la sentencia».

El procedimiento por jurados deja abierta en la fase de instrucción la posibilidad de que intervengan todas las partes en ella. Por tanto, entendemos que si se observara cualquier ausencia de presupuestos procesales podrán todas las partes ponerlo de manifiesto. La misma Ley del Jurado, como apuntamos, establece que en fase sumarial debe darse una «oportunidad de debate entre las partes». Pero, no sólo esto, sino que señala que «sea este Juez (el de instrucción) así preservado en una cierta imparcialidad, el que controle la procedencia de la apertura del juicio oral, de manera positiva y no sólo negativa, con precisión del objeto del juicio y decisión de la información necesaria a remitir al Tribunal del Jurado».

Resumiendo, la Ley del Jurado no concreta en absoluto la forma de tramitación y apreciación de estos presupuestos procesales. La situación es parecida a la del juicio de faltas: una indeterminación hasta cierto punto beneficiosa por la libertad de acción que deja a los órganos judiciales.

Sin embargo, lo que resulta claro es que las cuestiones previas deberían ser resueltas antes de entrarse en el juicio. En este procedimiento por jurados las cuestiones previas, a causa de la constitución del propio jurado, nunca van a ser tratadas con posterioridad a la apertura del juicio, es decir, siempre van a ser previas. No obstante, esta sensible mejora dimanante de las peculiaridades del propio procedimiento por jurados, resulta insuficiente, puesto que las cuestiones previas siguen siendo tratadas como meras excepciones procesales con todo lo que ello conlleva.

3.4 Procedimiento abreviado

La regulación legal de estos artículos de previo pronunciamiento en el llamado procedimiento abreviado introducido en nuestra legislación procesal por la Ley Orgánica 7/1988 de 28 de diciembre, es sustancialmente mejor a la que la LECrim presenta en el procedimiento ordinario.

El artículo 793.2. ha regulado una audiencia saneadora, que debe celebrarse al inicio del acto de la vista, después que el Secretario haya dado lectura a los escritos de acusación y de defensa. Este acto es muy similar al que la LEC regula en sus artículos 691, 692 y 693 en los jui-

cios civiles de menor cuantía concediendo una audiencia preliminar a las partes.

Esta audiencia saneadora establece que las partes puedan «exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto».

Debe observarse que esta audiencia saneadora previa al juicio oral, no revisa, en absoluto, la naturaleza de las cuestiones previas que siguen tratadas como meras excepciones procesales. Se alegan con anterioridad al juicio oral por el mismo carácter de celeridad que se le quiere conferir a dicho procedimiento, pero ni siquiera está claro que deban resolverse con anterioridad a la entrada en el plenario.

En efecto, así como en el procedimiento por jurados el tratamiento y resolución de las cuestiones previas se sitúan en un momento procesal anterior al juicio oral o plenario por la poca preparación de los jueces legos para abordar estas materias y no son reproducibles en el plenario por esa misma razón, en el procedimiento abreviado la celeridad con que se ha querido dotar este nuevo cauce procesal ni ha variado su situación procesal respecto al procedimiento ordinario, ni impide su planteamiento en el juicio oral. Por otra parte, el concepto y naturaleza de estas cuestiones previas sigue siendo el mismo, así como sus consecuencias sobre las partes que pueden alegarlas, su apreciación de oficio, sus efectos principales y el *onus probandi*, que recae sobre el «excepcionante».

En resumen, en el procedimiento abreviado, estas cuestiones previas siguen situadas en el mismo momento procesal previsto en el procedimiento ordinario: una vez cerrada la instrucción y antes de abrirse el juicio oral o plenario. Asimismo, su resolución en la sentencia definitiva no va a ser una mera posibilidad concedida al Juez o Tribunal, sino la práctica habitual, con la consiguiente desvirtuación de su carácter previo.

4. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA AUDIENCIA SANEADORA COMO MOMENTO CONCENTRADO Y PRECLUSIVO PARA FISCALIZAR LA LABOR INSTRUCTORA

La LO 7/1988, recogiendo la herencia histórica del procedimiento ordinario, diseñó una audiencia saneadora como momento concen-

trado y preclusivo para fiscalizar la labor instructora. Sistema que se perpetúa, asimismo, en nuestra reciente Ley del Jurado de 1995 y que, en definitiva, no hace sino reproducir el viejo esquema que para el procedimiento ordinario diseñó la LECrim de 1882.

Consideramos que es imprescindible en estas páginas, analizar la actual vigencia de esta audiencia saneadora, camino procesal elegido tradicionalmente por nuestro legislador para resolver las cuestiones previas, a la luz del sistema de nulidades diseñado por la LOPJ.

Para ello hemos intentado una somera revisión a sistemas procesales de Derecho comparado que ofrezcan alguna vía alternativa al sistema preclusivo y cerrado que ofrecen nuestras normas procesales.

A nuestro entender, es de gran importancia determinar la verdadera naturaleza y el ámbito específico que deba atribuirse a esta audiencia saneadora. De admitir una dimensión preclusiva del trámite concebido por el legislador en nuestras normas procesales, podría deducirse la existencia de momentos hábiles e inhábiles para resolver acerca de la inobservancia de un presupuesto procesal, algo que, como ya hemos dicho, cabe situar en la órbita de la vulneración de derechos fundamentales, puesto que el derecho a un proceso debido lo es. Ello lleva a considerar la preclusión en su dimensión clásica: acumulativa (operatividad del principio de acumulación eventual) y consuntiva (extintiva de una oportunidad procesal).

Como ha señalado Gimeno Sendra, las preclusiones procesales reflejan la voluntad del Estado de vertebrar, ordenar y determinar el desarrollo del proceso de acuerdo con criterios de mínimo dispendio y celeridad procesal (19). Ya señalaban autores clásicos que «las preclusiones consisten esencialmente en impedimentos puestos por la ley al libre desenvolvimiento de actividades procesales por parte de los sujetos del proceso después de un cierto momento o en ciertas condiciones, y determinados por la inactividad anterior de los sujetos o por la irregularidad de su acción o de su conducta» (20). Esta forma de entender la preclusión no cabe, a nuestro entender, ser trasladada al proceso penal. En efecto, la actividad de los sujetos en orden a la aportación probatoria debe ir orientada hacia la búsqueda de la verdad real que debe presidir la labor instructora. Ello va a provocar una necesaria intervención de oficio por parte del órgano judicial en la indagación

(19) Cfr. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal*, Tomo I, vol. I, Parte General, Proceso Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 345.

(20) Cfr. MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal* (trad. de Sentís, Tomo I, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, p. 278.

del hecho imponible, lo que conlleva el no poder rodear a la aportación probatoria de ninguna limitación preclusiva (21).

Podemos decir que nos parece distinto el efecto preclusivo cuando no va referido a la prueba, sino a otras actividades del proceso penal, como las consecuencias de las decadencias asociables a la inobservancia de los plazos para formular un recurso, pero tratándose de la alegación de óbices de procedibilidad, tales como la prescripción, la cosa juzgada o la competencia material, no puede sostenerse ninguna consecuencia preclusiva, si ello implica admitir que la reclamación sólo conoce un período hábil, fuera del cual se agota la posibilidad de alegación (22).

No obstante, y con respecto al momento adecuado para la alegación de una vulneración de derechos fundamentales, el Tribunal Su-

(21) «La idea de preclusión es algo consustancial a todos los sistemas procesales modernos (operando en forma más o menos atemperada), sin que esté ligada necesariamente a la escritura; de la misma manera que tampoco los principios de unidad de vista o causa, de secuencia discrecional, de libertad o inarticulación, lo están, de forma definitiva y excluyente, al sistema oral». Cfr. MILLAR, *Los principios formativos del Procedimiento Civil*, trad. de Grossmann, prólogo de Couture, Buenos Aires, 1945, p. 96, donde la describe como idea ineludible y que, como tal, está presente en todos los sistemas. «El prescindir totalmente de la preclusividad produce incertidumbre acerca del momento en que se podrá decir que la causa se halla del todo instruida; sabemos que los sistemas de oralidad toman medidas para impedir las aportaciones dolosamente extemporáneas, que no pueden ser ni son tan drásticas que nieguen el principio en su raíz, de suerte que, fundamentalmente, las contrariedades de esta clase no se eliminan». Cfr. PIETRO CASTRO, «Informe General sobre los principios políticos y técnicos para una ley procesal civil uniforme en la comunidad hispánica de naciones», en *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964, p. 696. Lo que es inconciliable con un sistema oral es el efecto acumulativo de la preclusión, máxime cuando «una consecuencia inmediata del principio de oralidad es la falta de toda disposición rígida de la materia procesal en el debate oral (...). La libertad natural del debate oral no puede amoldarse a la regla fija y mecánica de un principio de eventualidad». Cfr. WACH, *Conferencia sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana*, trad. KROTOSCHIN, Buenos Aires, 1958, p. 7.

(22) Sobre el significado del término sentencia definitiva como límite preclusivo a la invocación y declaración de las nulidades procesales puede verse MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, *La nulidad de actuaciones en el proceso civil (análisis constitucional de la nulidad en la Ley Orgánica del Poder Judicial)*. Edit. Colex. 1991, pp. 230 ss. Recuérdese, sin embargo, que la sentencia 110/1988, calificada por MORENO CATENA en *Derecho Procesal*, AA.VV., Tomo I, Vol. I, Madrid, 1990, p. 217 de «heterodoxa y descabellada», no llegó a servir de punto de arranque para la consolidación de la doctrina que la misma proclamaba. Al contrario, sentencias posteriores del mismo Alto Tribunal, como vimos en su momento, han revisado la interpretación que dicha sentencia auspiciaba, situando las facultades rescisorias del órgano sentenciador en sus justos términos (STC 212/89, de 19 de diciembre, 45/90, de 15 de marzo, 8/91, de 17 de enero o 91/90, de 15 de noviembre).

premo, en auto de 3 de febrero de 1993 y refiriéndose de forma especial a la audiencia saneadora del denominado procedimiento abreviado, ha reiterado la naturaleza de ésta como momento hábil ideado por el legislador para resolver determinadas quejas acerca de la violación de derechos fundamentales que haya podido ocasionar la investigación judicial. Puede ser interesante recorrer los racionamientos de la Sala Segunda para admitir la referenciada preclusividad (23).

Señala dicha Sala Segunda que «respecto a la denunciada vulneración de normas esenciales del procedimiento en el desarrollo y obtención de pruebas practicadas (...) cualquier decisión que en este momento pudiera tomarse carecería, en principio de la suficiente apoyatura o justificación. El tema de la nulidad de la prueba (que, a su vez, ofrece, como es bien sabido, categorías distintas; nulidades absolutas, relativas, irregularidades procesales, etc.), con diferentes efectos, según las circunstancias, no puede ser resuelto en este momento procesal. En principio, y existe ya jurisprudencia de la Sala en este sentido, la decisión a este respecto tiene su ubicación en el mismo acto del juicio oral. Cuando el artículo 793.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula específicamente un turno de intervenciones para que las partes puedan exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento (ver artículo 666), causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicar en el acto, está exteriorizando y fijando el camino más idóneo y general para depurar una serie de cuestiones que, de no resolverse previamente, enturbiarían, y a veces gravemente, el posterior desarrollo del proceso y una pérdida no razonable de tiempo y esfuerzos. Este camino no es, desde luego, el único, pero es el ordinario. En efecto, si el Juez o Tribunal, no verifica, por unas u otras razones, esa audiencia preliminar, constata después la nulidad radical de la prueba o la incompetencia, tendrá así que declararlo en cualquier otro momento posterior, siempre que al hacerlo se cumpla la exigencia de contradicción, uno de los principios esenciales del proceso. Es decir, este trámite no

(23) La resolución transcrita sistematiza la doctrina ya proclamada con anterioridad por el auto del Tribunal Supremo de fecha 18 de junio de 1992 (causa especial 610/90, Caso Naseiro) en el que, en la línea argumental defendida por el Instructor de aquella causa —auto de 24 de julio de 1990—, se sostuvo la idoneidad del turno de intervenciones para pronunciarse sobre las peticiones de nulidad que deduzcan algunas de las partes. Tal criterio ha sido ratificado por resoluciones posteriores dictadas en la causa especial núm. 880/91 (Asunto Filesa), tales como los autos de fecha 25 de marzo de 1993 o 18 de diciembre de 1992.

es preclusivo. En cambio, antes de ese momento, salvo circunstancias muy excepcionales, que desde luego no son del caso, tales como los supuestos de infracciones procesales y constitucionales que impliquen efectiva indefensión (art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), relativas a diligencias no reproducibles o no subsanables en el juicio oral, es decir, en los supuestos de las llamadas pruebas preconstituidas (*vid.* arts. 448, 467, 471, etc.), no es procedente pronunciarse (...). Por otra parte, que no se estudie la pretendida nulidad de la actividad investigadora en este momento procesal, no significa indefensión alguna, que es lo que proscribe nuestra Constitución. Las impugnaciones y recursos entablados demuestran que las partes han estado constante y perfectamente defendidas».

A nuestro modo de ver, cabe mantener una posición crítica ante esta doctrina del Tribunal Supremo y el efecto aplazatorio de la decisión sobre la alegación de presupuestos procesales que vulneran claramente el derecho fundamental al proceso debido (24).

Como vemos, las resoluciones del Tribunal Supremo que proclaman la concentración –mejor acumulación– en el turno de intervenciones o audiencia saneadora de cualquier alegación sobre la inobservancia de presupuestos procesales, descansan, en esencia, sobre tres razonamientos. A saber:

- a) El tema de la nulidad de la prueba (que, a su vez, ofrece categorías distintas: nulidades absolutas, relativas, irregularidades procesales, etc.), con diferentes efectos, según las circunstancias, no puede ser resuelto durante la instrucción.
- b) Si falta la instancia de parte para verificar esa audiencia saneadora, es decir, si el turno de intervenciones no llegara a motivar debate acerca de ello, pero el órgano judicial constata después la nulidad radical de la prueba o la incompetencia, tendrá que

(24) Esta posición crítica ya fue puesta de manifiesto en el Voto Particular que en los autos de fecha 18 de diciembre de 1992 y 3 de febrero de 1993 formuló el Magistrado DE VEGA RUIZ, al señalar que «la audiencia de proporcionalidad en la investigación procesal significa la posibilidad de causar indefensión a la parte (...). La determinación de su existencia ha de tener en cuenta la influencia que haya podido tener en el acto resolutorio la omisión que se denuncia, esto es, si hubiere variado o no el curso del proceso como consecuencia de la inobservancia de aquello que la parte está exigiendo. Con base en todo lo anteriormente expuesto creemos imprescindible estudiar ahora, en este momento procesal, las cuestiones de nulidad denunciada, para estimarlas o para desestimarlas. En ambos supuestos se aclarará el procedimiento y se afianzará su credibilidad, porque en cualquier caso –cualquiera que fuere la resolución a recaer– no cabe entonces hablar de indefensión si se ha posibilitado el ejercicio legítimo de cuantas excepciones sean de alegar por los presuntos acusados».

declararlo así en cualquier otro momento posterior, siempre que al hacerlo se cumpla la exigencia de contradicción. Se sostiene la no preclusividad de este trámite.

- c) Con anterioridad al turno de intervenciones, salvo circunstancias muy excepcionales, tales como los supuestos de infracciones procesales y constitucionales que impliquen efectiva indefensión (art. 238.3 de la LOPJ) relativas a diligencias no reproducibles o no subsanables en el juicio oral, es decir, en las llamadas pruebas preconstituidas (*vid.* arts. 448,471, etc.) no es procedente pronunciarse.

Resulta claro, pues, que determinadas cuestiones relativas a la alegación de derechos fundamentales van a merecer la atención fiscalizadora del órgano judicial, mientras que otras habrán de esperar la llegada de la audiencia saneadora. Podemos seguir buceando en otras resoluciones para intentar delimitar con precisión cuáles son unas y otras.

El Auto de 25 de marzo de 1993 (25) aporta importantes matices al respecto. Con ocasión de la alegación por parte de los recurrentes de una posible vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, con origen en el acuerdo del Instructor para la práctica de diligencia de investigación que, según se argumentaba, no tenían conexión con

(25) Este auto fue dictado por la Sala transitoriamente actuante hasta la resolución del incidente de recusación formulado contra el Tribunal originario. Estaba integrada por los Magistrados MONTERO FERNÁNDEZ-CID (ponente), MONER MUÑOZ y GRANADOS PÉREZ. En auto de la misma fecha puede leerse «esta Sala (...) distingue en cuanto a las facultades de fiscalización de la Sala a través de los recursos jerárquicos la existencia de dos supuestos: a) los de ostensible y patente falta de relevancia y, desde luego, de nulidad por afectar ya *ab initio* a la esfera prevista en el artículo 11.1 de la LOPJ; b) aquellos que no presentando en su formulación una ostensibilidad de signo contrario, es decir, no pareciendo en principio útiles o pertinentes para los fines de la instrucción que es, se insiste una vez más, una simple preparación del proceso propiamente dicho y, también ello se reitera, una mera aportación de líneas de investigación tendientes a posibilitar en su caso la acusación y casi nunca constitutivas de diligencias de prueba valorables con arreglo a lo dispuesto en el artículo 741 de la LECrim; estimándose (...) que las actuaciones situables en el primero de dichos supuestos eran absolutamente revisables y anulables en esta fase procesal por estimación del recurso jerárquico, en tanto que las encuadrables en la segunda de tales hipótesis no lo eran, sin perjuicio de que en el momento procesal oportuno el órgano jurisdiccional competente, que no es otro en definitiva que el encargado del enjuiciamiento, adoptase la decisión de otorgarles absoluta irrelevancia en los supuestos del artículo 793.2 de la LECrim o, en cualquier caso, añadiese a la hora y trance de valorar la prueba conforme al artículo 741 de la referida Ley un plus a la ya inicial carencia de consideración de prueba a las diligencias de investigación practicadas en la fase instructoria: el consistente en la invalorabilidad como actividad probatoria de la obtenida en la fase previa de forma que violentase directa o indirectamente los derechos fundamentales conforme a lo establecido en el citado artículo 11 de la LOPJ.»

el objeto de la investigación, este Auto señala que «puede y debe el Tribunal que conozca de un recurso de apelación o queja dejar sin efecto el acuerdo del Instructor de practicar determinadas diligencias de investigación (que no, en principio, de prueba, no se olvide) cuando tal acuerdo sea *ex se ipso*, es decir, de modo patente y notorio desde el acuerdo mismo, inútil o irrelevante para los fines y objeto de la concreta instrucción de que se trate y, desde luego, cuando lo acordado incida en la zona de inflexión directa o indirecta sobre derechos fundamentales cuya interdicción se establezca en el artículo 11 de la LOPJ. Contrariamente, cuando lo acordado no ostente tales características, el acuerdo tomado por el órgano encargado de la instrucción, desde su propia responsabilidad, es irreversible mientras subsista la instrucción; sin perjuicio obviamente de que en su día el Tribunal encargado de enjuiciar pueda declarar nulas tales diligencias o inapropiadas para enervar la presunción de inocencia».

Puede apreciarse que la resolución funde en un solo razonamiento problemas tan dispares como el juicio de pertinencia y relevancia acerca de un determinado acuerdo probatorio del Instructor, el significado procesal de actos de investigación a la hora de enervar la presunción de inocencia y, como no, el momento de apreciación de las nulidades en que haya podido incurrir el órgano instructor. El Auto respalda su razonamiento con una fundamentación no conciliable con el Auto de 3 de febrero del mismo año. Por un lado, no orienta su lógica hacia el régimen de nulidad de los actos procesales (art. 238.3 LOPJ), sino hacia la proscripción de cualquier validez probatoria de toda prueba obtenida violentando, directa o indirectamente, los derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ). De otra parte, parece sugerir una atípica clasificación, de singulares efectos, procesales en orden al momento de evidenciarse, diferenciando aquellas nulidades notorias o patentes y aquellas otras que no lo son.

Si seguimos repasando la historia jurisprudencial, podemos señalar que la concepción que concentra en el trámite del artículo 793.2 el análisis y, en su caso, atendimiento de la alegación sobre vulneración de derechos fundamentales, entre los que cabe situar la inobservancia de presupuestos procesales básicos, ha forjado un cuerpo de doctrina rápidamente asimilado por otros órganos judiciales inferiores.

A él se adscribe incondicionalmente el auto de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 1993 (26). Esta resolución declara la

(26) Sala de lo Penal, Sección Segunda, el procedimiento abreviado 14/1993, rollo 25/1993 (caso «Gorostiza»), tramitado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2.

nulidad de la intervención de las comunicaciones orales que uno de los reclusos, condenado por su pertenencia a una banda terrorista, mantiene con su Abogado. El contenido del auto, intachable desde el punto de vista de su rigor jurídico en su resolución sobre el fondo, patentiza las poco deseables consecuencias que la tesis jurisprudencial puede traer consigo respecto a la efectiva tutela de los derechos fundamentales.

Así, en el Fundamento Jurídico Primero, la Audiencia Nacional afirma que «es de tener en cuenta, que al dar una nueva redacción al Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la articulación del denominado “Procedimiento Abreviado para determinados delitos”, se instauró siguiendo precedentes del Derecho comparado, una audiencia preliminar al inicio de la vista y antes del comienzo de la práctica de la prueba, en la que a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones, para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental (...), puntualizándose que “el Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas” (art. 793.2 LECrim)».

La intachabilidad técnica en la solución interpretativa que la Audiencia Nacional proclama del artículo 51.5 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se convierte en confusión cuando el órgano judicial se ocupa del análisis de los principios que informan el procedimiento abreviado y de la naturaleza a que responde la llamada «audiencia preliminar». Señala la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que «conforme a los principios inspiradores de la regulación del predicho proceso, a saber: oralidad, intermediación, concentración, preclusión y publicidad, muy vario es el contenido de las posibles cuestiones a plantear, lo que lógicamente incidirá en la manera y efectos de su resolución. Se ha establecido, pues, un trámite o espacio procesal, previo a la práctica de la prueba, en el que el órgano jurisdiccional ha de pronunciarse sobre las cuestiones que se le plantean, referidas a la misma, decidiendo de forma definitiva sobre su admisión, y a ello se refiere la Ley Rituarial al decir que se resolverá en el mismo acto, es decir, en el trámite procesal, y no en el instante de su planteamiento. Interpretación ésta que resulta fundada de la articulación lógica del propio precepto y de los principios a los que responde, (concentración y no de sucesión, como acontece en el proceso ordinario), sino también del precedente que representa el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, en la Causa Especial 610/90 –Caso Naseiro–, tramitada conforme al Procedimiento Abreviado».

El razonamiento jurídico refleja, a nuestro modo de ver, una incorrecta intelección de los principios que han de inspirar una solución

que respalde el atendimiento de la queja por vulneración de un derecho fundamental que, según la solución jurisprudencial apuntada, no debe hacerse «en el instante de su planteamiento», sino en el espacio procesal especialmente habilitado para ello por el artículo 793.2 de la LECrim.

Su restrictiva visión de los principios inspiradores del procedimiento abreviado se confirma cuando afirma que «así como de las cuestiones hoy planteadas y sometidas a nuestro enjuiciamiento, que por afectar a derechos fundamentales en la obtención de unas pruebas a practicar, requieren un reflexionado estudio que, de por sí, precisa un tiempo ponderado para una resolución a insertar procedimentalmente en el trámite establecido, sin que ello suponga ruptura alguna en la continuidad procedimental del juicio oral, interpretación ésta que, en el sentir de la Sala, es la más conforme al precepto transcrito, de redacción poco feliz, que propicia las encontradas opiniones existentes en la doctrina científica».

Si ya nos parece que no es sostenible una argumentación basada en principios supuestamente inspiradores del procedimiento abreviado, menos aún podemos considerar acertada una justificación basada en la necesidad de un tiempo para la reflexión.

La declaración de nulidad de las pruebas obtenidas mediante la intervención de las conversaciones entre el recluso y su Abogado, se produce después de una medida cautelar privativa de libertad sufrida por éste de más de medio año de duración. ¿Cómo se puede justificar la prolongación de una medida restrictiva del derecho a la libertad en función de la interpretación suscrita acerca de determinados principios procesales o de la exigencia de un tiempo de estudio para responder a la queja? ¿Puede sostenerse cabalmente que el procedimiento abreviado impedía sanear su mismo decurso en el momento en el que la nulidad de las pruebas fue peticionada? ¡*Vae victis!*

Y el Tribunal Constitucional ¿ha respaldado dicha interpretación particular? Aunque de la lectura del Auto 13 de diciembre de 1993, parezca deducirse una respuesta afirmativa, nos parece que no es así.

En efecto, el Auto de 13 de diciembre de 1993 –registro 597/93–, dictado por la Sala Primera del Tribunal Constitucional puede ser mantenido como un ejemplo confirmatorio de la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En el caso sometido a la consideración del Alto Tribunal, el demandante de amparo, que es miembro electo del Congreso de los Diputados, se dirige al Tribunal poniendo de manifiesto que, desde la fecha de admisión a trámite de la querrela interpuesta contra él y otros, la instrucción de la causa especial 880/91 se había venido desarrollando ininterrumpidamente sin que, cons-

tando su condición de Diputado, el Magistrado Instructor hubiera creído oportuno solicitar de la Cámara el suplicatorio. Y ello pese a haberle reiterado diversas peticiones en tal sentido al entender que tenía la condición de imputado en el proceso en cuestión. En concreto, el recurrente, al acceder a lo practicado por el Magistrado Instructor durante el período comprendido entre el 21 de septiembre y el 25 de noviembre de 1992 –período en el que fue declarada secreta la investigación y se practicaron diversos registros domiciliarios y acopio de material documental –interesó del Instructor mediante la interposición del pertinente recurso de reforma, la declaración de nulidad de todo lo actuado, por considerar, en esencia, que aquél había obviado el mandato constitucional y legal referente a su inmunidad parlamentaria y, además, había traspasado el umbral de lo que representa un proceso con todas las garantías.

Ante la desestimación del recurso de reforma, por Auto de 30 de diciembre de 1992, el demandante de amparo interpuso recurso de queja ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el cual corrió una suerte desestimatoria al confirmar la resolución impugnada.

El Tribunal Supremo, mediante el Auto de 3 de febrero de 1993 rechazó la petición de nulidad al estimar que el momento procesal oportuno para esos fines era el acto del juicio oral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 793.2 de la LECrim. De otra parte, y por lo que se refiere a la alegada necesidad de pedir el suplicatorio, la Sala entendió conveniente interesar del Magistrado Instructor un informe acerca de los indicios racionales de criminalidad existentes en la causa contra los querrelados aforados y, en consecuencia, que propusiera razonadamente a la Sala lo procedente en orden a la solicitud de suplicatorio, sobre todo, teniendo en cuenta que a los aforados «se les ha recibido declaración, diligencia esencialísima (por lo que) es indudable que el Excmo. Sr. Magistrado Instructor puede contar o estará a punto de hacerlo (...) con un material suficiente para resolver sobre el suplicatorio en los términos que pide la Defensa».

La discrepancia del recurrente respecto de la solución aplazatoria del Tribunal Supremo lleva a aquél a acudir en amparo al entender que el Auto de la Sala Segunda de 3 de febrero de 1992 había incurrido en infracción de los derechos a obtener una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 CE).

La alegada vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2) se invoca por el recurrente partiendo del análisis jurídico del artículo 71.2 de la CE. En él se sienta un supuesto espe-

cial de aforamiento *ratione personae* que contiene un claro mandato para Jueces y Magistrados: los Diputados y Senadores no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva. El instante de amparo alega que, pese a su condición de inculcado o imputado, el Magistrado Instructor no ha solicitado el correspondiente suplicatorio, razón por la cual se está produciendo una clara vulneración del artículo 71.2 de la CE y, con él, del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. En apoyo de su línea argumental, el recurrente sostiene que el *status* de imputado, como situación desencadenante de la solicitud de suplicatorio, se adquiere «desde el mismo momento de la admisión a trámite de una querrela por la autoridad judicial, pues ello implica una evaluación de los hechos a que se refiere y de las personas supuestamente protagonistas».

A juicio del recurrente no es admisible la identificación que ha hecho la Sala Segunda entre procesamiento e inculpación pues, de una parte, para adquirir el *status* de inculcado no es necesaria la existencia de «indicios de criminalidad» y, de otra, es voluntad y sentido teleológico del precepto constitucional –art. 71.2– que la decisión sobre la autorización y la obtención del presupuesto de perseguibilidad se produzca, a ser posible, en los albores de la instrucción y no en su finalización.

Entiende el recurrente que el Magistrado Instructor ha realizado «inequívocos actos de inculpación». Sólo así pueden calificarse diversos registros de entidades bancarias a la búsqueda de datos correspondientes a la esfera de actuación personal del recurrente, la investigación de diversos instrumentos de pago, la petición a la Dirección General de Transacciones Exteriores de los datos referentes a las adquisiciones de divisas para pagos al exterior y, en fin, la solicitud del Instructor a la Agencia Estatal Tributaria de todo lo referente a la «vida tributaria del demandante de amparo». Para reforzar su argumentación acerca de la atribución de un verdadero *status* de imputado, el recurrente formula dos afirmaciones, extraídas de la secuencia misma de los acontecimientos, que son de especial interés por su alcance y significado: el Magistrado Instructor «ha reconocido expresamente la condición de imputado del hoy recurrente al trasladarle la existencia de la querrela, instruyéndole del contenido del artículo 118 LECrim y permitiéndole ejercitar su derecho de defensa a través de Abogado y Procurador (...). El ahora recurrente fue invitado a declarar en calidad de imputado, citado en tal concepto, interrogado en calidad de inculcado e instruido de los derechos constitucionales que asisten a aquéllos, asistido de Abogado, y todo ello reconociendo que el suplicatorio no había sido pedido».

A las alegaciones precedentes que pretendían respaldar la petición de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2), se añadían las que perseguían justificar la existencia, además de vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE). Aquí es donde el recurrente se equivoca en sus alegaciones y donde se va a basar la sentencia del Alto Tribunal.

En apoyo de su tesis, razona el recurrente que la vulneración de este derecho fundamental sería un corolario de la falta de observancia del requisito de solicitud de suplicatorio. Tanto el artículo 71.2 CE como los artículos 750 ss. de la LECrim y los preceptos de la Ley de 9 de febrero de 1912, establecen criterios y reglas procesales para extender la competencia de los Jueces intervinientes en un proceso contra un Diputado. Se trata –según se afirma– de normas de reglamentación del proceso y, por ende, de la competencia, en las que se hace depender de una autorización la posible inculpación de aquél y la consiguiente sustanciación del proceso. Teóricamente, la Cámara podría denegar la autorización y, con ello, el Tribunal Supremo dejaría de ser órgano competente. Por otra parte, la sanción de vulneración de esas normas sería evidente: procesal y materialmente las pruebas obtenidas carecerían de legitimidad al haber sido obtenidas por un órgano incompetente con violación de un mandato constitucional y, por lo tanto, debería declararse la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al auto de admisión de la querrela, debiendo retrotraerse el proceso al momento en el que se tuvo que solicitar el obligado suplicatorio.

Como tercer argumento impugnativo, el recurrente invoca la vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Se sostiene que el Magistrado Instructor está realizando una *inquisitio generalis* ordenando la obtención de pruebas «indiscriminadamente», sin explicar qué busca y por qué lo busca, con clara vulneración del principio de proporcionalidad. Como consecuencia de todo ello, el demandante interesó del Instructor, primero, y de la Sala Segunda, después, la nulidad de las actuaciones practicadas. La decisión de la Sala de postergar el conocimiento y pronunciamiento sobre las invocadas causas de nulidad vulnera el derecho fundamental a la obtención de tutela efectiva de Jueces y Tribunales a un proceso público con todas las garantías y sin que se produzca indefensión.

La discrepancia del recurrente respecto de la decisión del Tribunal Supremo se funda, además de en las consideraciones expuestas, en

que el solo hecho de que el artículo 793.2 de la LECrim contenga una previsión legislativa por la cual al comienzo del juicio oral el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno sobre determinados supuestos (violación de derechos fundamentales, cuestiones de competencia, etc.), no impide considerar que existan otros momentos anteriores igualmente válidos para obtener esos pronunciamientos, pues ningún precepto excluye tal posibilidad y, por tanto, no existe impedimento legislativo. De ahí que, al denunciarse una pretendida nulidad, ésta debe ser resuelta al afectar a toda la validez del proceso, a toda la obtención de una prueba, que pueda estar viciada de nulidad, a todo lo que afecta a la legitimación del Instructor para investigar más allá de los límites establecidos. En el presente caso, el Tribunal Supremo, al no resolver sobre las causas de nulidad denunciadas –alega el recurrente– ha dejado vacío el contenido del artículo 240 de la LOPJ, privándole de uno de los remedios más valiosos a su alcance para preservar sus derechos fundamentales, con infracción del derecho fundamental del artículo 24.1 CE.

A la vista de tales antecedentes impugnativos, el recurrente sistematiza su *petitum* en los siguientes términos: que el Tribunal otorgue el amparo y, en su virtud:

- a) declare que el procedimiento especial 880/91 es nulo de pleno derecho a partir del momento en que debiendo haber pedido la Sala Segunda del Tribunal Supremo el obligado suplicatorio del Congreso de los Diputados se omitió tal requisito, ordenando la retroacción del procedimiento al momento inmediatamente posterior a aquel en el que el ahora demandante de amparo adquirió la cualidad de inculpado, esto es, al momento en el que se dictó el auto de admisión de las querellas;
- b) declare, alternativamente, que el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1993 es lesivo de los derechos fundamentales del recurrente, en la medida en que difiere la resolución del incidente de nulidad de actuaciones a un momento procesal posterior.

Debe observarse que la petición de amparo se basa en dos pilares. En efecto, de un lado, se pide de aquél una resolución declaratoria de nulidad del procedimiento especial 880/91 por haber sido irrespetuoso con la vigencia de los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías y al Juez ordinario predeterminado por la Ley. De otra parte, se insta con carácter alternativo que se declare contrario al derecho a la tutela judicial del impugnante el Auto de 3 de

febrero de 1993, en la medida en que difiere la resolución del incidente de nulidad de actuaciones a un momento procesal posterior.

Sin embargo, la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, proclamada por los artículos 43.1 y 44.1 *a*) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (27), impiden el examen de una petición de nulidad sobre la que, todavía, no ha existido un pronunciamiento de los Tribunales ordinarios. Ello trastoca la lógica expositiva del recurrente y obliga a primar el examen de lo alternativo sobre lo principal. En ausencia de una decisión judicial que dé respuesta a la petición de nulidad del recurrente, la revisión para la que está autorizado el Tribunal Constitucional se centra, tan sólo, en si la interpretación del Tribunal Supremo consistente en aplazar su decisión al momento procesal habilitado por el artículo 793.2 de la LECrim es o no vulneradora del derecho a la tutela efectiva.

Como puede apreciarse, ello supone una renovada delimitación del objeto del recurso de amparo frente a los términos en que fue plantado por el recurrente. Estas palabras del Tribunal Constitucional: «este Tribunal no entra en las vulneraciones constitucionales denunciadas salvo en lo referente al momento en el que esas eventuales infracciones deben ser resueltas por el Tribunal Supremo» dejan al descubierto que la pretensión del actor solicitando la declaración de nulidad de la causa especial 880/91 fue, cuando menos, prematura.

Delimitado el objeto del recurso de amparo en sus justos términos, la resolución denegatoria del Tribunal Constitucional discurre a través de la siguiente argumentación (FJ 3): «la decisión del Tribunal Supremo de posponer hasta el acto de la vista el examen de las tachas de nulidad puestas de manifiesto por el recurrente, no es modo alguno contraria a ninguno de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución. Con independencia de que el marco apropiado para el examen de las nulidades denunciadas sea el previsto en el artículo 793.2 de la LECrim, la lectura del acto impugnado pone de manifiesto que la decisión de posponer el examen y resolución de la nulidad de actuaciones ha sido adoptada tras apreciar que durante la instrucción de la causa se habían observado los requisitos más esenciales de las actuaciones procesales cuya nulidad se propugnaba, y sobre todo, teniendo en cuenta que un análisis más detallado y exhaustivo sólo será posible –como se dice en el auto recurrido– una vez que la Sala tenga “un conocimiento en profundidad del tema, que ahora no

(27) Puede consultarse sobre el fundamento político y técnico de la subsidiaridad del recurso de amparo, GIMENO SENDRA-CASCAJO CASTRO, *El recurso de Amparo*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 145-148.

se tiene". Esto es, la Sala no se ha negado de plano a verificar la regularidad procesal de lo actuado, sino que –realizando un primer análisis– se ha negado a pronunciarse sobre cuestiones acerca de las cuales sólo podrá tener conocimiento fundado una vez le hayan sido remitidas todas las actuaciones, circunstancia necesariamente propuesta al momento de conclusión de la instrucción y la apertura del juicio oral. En consecuencia, la negativa del Tribunal Supremo no puede ser tenida por contraria al artículo 24 de la Constitución, pues se ha basado en una interpretación no irrazonable y arbitraria del régimen procesal regulador del procedimiento abreviado y se fundamenta en razón tan concluyente como la imposibilidad de pronunciarse sobre la nulidad de una instrucción a la que no ha podido tener aún acceso directo. Esto sentado, es preciso concluir que la demanda de amparo se ha interpuesto sin agotar todos los recursos existentes dentro de la vía judicial».

Los argumentos del Tribunal Constitucional no suponen, a nuestro modo de ver, que entienda que la adecuada defensa de los derechos fundamentales, en este caso la inobservancia de un presupuesto procesal, en el marco del procedimiento abreviado, sólo puede ser válida y atendible cuando se verifica en el momento habilitado por el legislador en el artículo 793.2 de la LECrim. El Tribunal Constitucional no ha dicho que el sujeto pasivo de un proceso penal abreviado haya de esperar expectante y paciente hasta la llegada de aquel trámite procesal. Afirmar lo contrario habría sido tanto como dejar sin contenido el verdadero imperio de los derechos fundamentales afectados por el proceso penal. La mención que el artículo 793.2 hace de la vulneración de derechos fundamentales como posible contenido de la audiencia alegatoria, no pospone el obligado saneamiento del proceso a ese único y excluyente momento.

En efecto, el propio Tribunal Constitucional ha llegado a asociar a la alegación tardía de un derecho fundamental su inatendibilidad por pérdida del objeto del recurso de amparo (28). Así acontece, por ejemplo, en los supuestos de alegación de vulneración a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) cuando el órgano judicial reanuda su actividad con posterioridad a la demanda de amparo. Pero no sólo la alegación tardía de algunos derechos podría desnaturalizar su verdadero contenido, sino que el mismo Tribunal Constitucional, apartándose de la solución anterior, ha entendido que de la autonomía del derecho al proceso sin dilaciones indebidas se deriva también la posibilidad de su ejercicio en relación al reconocimiento de la lesión por una tardanza excesiva e irrazonable con referencia al momento en que

(28) *Vid.* STC 40/1982 y 15/1990.

se formuló la demanda (29), de forma que, si bien el cese de la inactividad antes de la demanda repara la lesión (30), la resolución posterior no repara una dilación que ya está producida (31). De conformidad con esta última concepción, reconoce la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas generadas en la fase de instrucción de un procedimiento abreviado, vulneración «que no puede ser reparada, en cuanto consumada, por la realización de actividades procesales posteriores a la interposición (del recurso)» (32).

La solución del Tribunal Constitucional acogida en el Auto de 13 de diciembre de 1993 no legitima, en modo alguno a asignar a la reparación por el menoscabo de derechos fundamentales tales como la inobservancia de presupuestos procesales, un momento privativo e incompatible con cualesquiera otras fases del proceso en que la vulneración sea detectada.

Son muchas las resoluciones del Alto Tribunal estimatorias de la alegada vulneración de derechos fundamentales, en el marco de un procedimiento abreviado y cuya atendibilidad no hubo de esperar al «turno de intervenciones.»

Así, la STC 128/1993, de 19 de abril (Sala Primera) estima el recurso de amparo interpuesto contra el auto de apertura del juicio oral del Juez de Instrucción, con fundamento en la alegación de la parte actora de que se produjo vulneración del derecho de defensa, pues, a su juicio, dicha lesión se generó ante la omisión por el Juzgado de un trámite esencial, cual es el de ser informado de su condición de imputado y de los correspondientes derechos que de ella se derivan. La estimación del recurso de amparo por el Tribunal Constitucional se produce pese al dictamen contrario del Abogado del Estado –Antecedente 8– que entendía que «en el procedimiento no ha recaído sentencia y cualquier posible indefensión de carácter formal puede ser subsanada en las fases procesales ulteriores». La sentencia citada declara la nulidad de los autos que omitieron la atribución del *status* de imputado y retrotrae las diligencias al momento anterior a dictarse el auto de conclusión de las diligencias previas, a fin de que por el órgano judicial se verifique la citación en calidad de imputado con ilustración de sus derechos constitucionales (33).

La sentencia 125/1993, de 3 de mayo vuelve a otorgar el amparo y,

(29) *Vid.* STC 61/1991.

(30) *Vid.* STC 151/1990.

(31) *Vid.* STC 10/1991.

(32) *Vid.* STC 69/1993.

(33) La misma argumentación de la Abogacía del Estado en el sentido de no precipitar una solución reparadora que pueda producirse en fases ulteriores del proce-

en su consecuencia, a anular el auto del Juez de Instrucción por el que se acordaba la apertura del juicio oral y se establecían determinadas medidas cautelares de responsabilidad civil. La infracción del derecho a la tutela judicial y a no sufrir indefensión (art. 24 CE) provoca el efecto radical de retrotraer la instrucción al momento en el que el menoscabo de aquellos derechos fue advertido y denunciado.

Por tanto, no debe entenderse como doctrina consagrada el Auto de 13 de diciembre de 1993. No proclama ahora, ni había proclamado antes el Tribunal Constitucional, que la apreciación de la nulidad de una resolución judicial del órgano instructor por vulneración de un derecho fundamental deba condensarse en el trámite habilitado por el artículo 793.2 de la LECrim. Por otra parte, confiar absolutamente en el trámite del artículo 793.2 de la LECrim como el momento exclusivo y excluyente para atender las quejas por vulneración de derechos fundamentales, supondría retrasar, con cierto optimismo, el atendimiento de aquélla a un momento posterior que puede no llegar a nacer.

La resolución del Tribunal Constitucional que se comenta no es sino consecuencia obligada de una desatendible petición de nulidad por parte del recurrente, a la cual responde de forma esquiva –no arbitraria o irrazonada– el Tribunal Supremo. En realidad, un análisis de las vulneraciones alegadas por el demandante de amparo permite apreciar, incluso con las prevenciones debidas, que ninguna de ellas tiene en la nulidad de lo actuado la forma adecuada de reparación. Así, la pretendida vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías, con origen en la falta de autorización de la Cámara respectiva, admite otras formas de reparación menos drásticas que la nulidad interesada por el demandante. En ausencia de indefensión material –el recurrente ha estado asistido en todo momento por letrado–, impulsar al Instructor a la efectiva petición, en su caso, de suplicatorio habría supuesto una aceptable forma de restablecer el imperio del derecho que se dice menoscabado.

La vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y la correlativa declaración de nulidad de lo actuado como su adecuada terapia, la derivaba el recurrente del hecho de que «teóricamente, la Cámara podría denegar la autorización y, con ello, el Tribunal Supremo dejaría de ser órgano competente (...). Procesal y

dimiento, fue desoída por el Tribunal Constitucional en su sentencia 129/1993, de 19 de abril. En ella, se declara la nulidad de los autos que decretaron la incoación del procedimiento abreviado, primero, y la apertura del juicio oral, después. Vuelve a insistir el Alto Tribunal que al omitirse por el órgano judicial trámite procesal de tanta relevancia, como es el del que el recurrente adquiriera la condición de imputado, se produce indefensión por vulneración del artículo 24 CE.

materialmente las pruebas obtenidas carecerían de legitimidad al haber sido obtenidas por un órgano incompetente con violación de un mandato constitucional, y, por lo tanto, debería declararse la nulidad de lo actuado». Tal razonamiento confunde las nociones de competencia judicial e inmunidad parlamentaria. En efecto, el órgano competente para conocer las causas contra Diputados y Senadores es la Sala Segunda del Tribunal Supremo. La falta de autorización parlamentaria no afecta, por tanto, a la competencia objetiva, sino a la perseguibilidad del ilícito atribuido al aforado.

La vulneración del principio de proporcionalidad y, con ella, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva sin indefensión, no puede encontrar, tampoco, en la «nulidad de las actuaciones practicadas» su fórmula rehabilitadora. Y es que la desproporción será más fácilmente detectable en la admisión y práctica de actos de investigación concretos y específicos que en el todo de la labor instructora desplegable por un órgano judicial. La quiebra de la proporción se produce por actos instructorios concretos, no por la propia instrucción.

Por tanto, el Auto del Tribunal Constitucional de 13 de diciembre de 1993 no hace sino aquello que estaba obligado a hacer, ante la falta de pronunciamiento previo por parte del Tribunal Supremo y por ello no da respuesta a la demanda entablada.

5. CONCLUSIONES FINALES

Como punto y final de este estudio, ofrecemos las siguientes conclusiones a título de resumen:

1.º En presupuesto metodológico se impone a fin de evitar el forzado mimetismo entre instituciones procesales no idénticas que provoquen un desenlace interpretativo apoyado en conclusiones inadmisibles a la vista de nuestro sistema constitucional.

2.º En efecto, tras la construcción jurisprudencial que concentra en una audiencia saneadora del proceso penal –piénsese que en tales términos están concebidos los artículos de previo pronunciamiento en el procedimiento ordinario como las audiencias preliminares en el procedimiento abreviado y en el de jurados– el momento hábil para la postulación de la nulidad de algunos de los actos probatorios verificados en la instrucción, se esconde de forma indisimulada una rígida identificación entre el referido turno de intervenciones y la audiencia preliminar que, para el juicio de menor cuantía, prevén los artículos 691 a 693, tras la reforma operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

3.º Dicha asimilación en el entendimiento de ambas incidencias previas ha sido insinuada por algunos autores (34). En efecto, la íntima conexión e interdependencia entre los conceptos de preclusión y comparecencia saneadora en el proceso civil ha sido citada y puesto de manifiesto, de forma reiterada, por la doctrina (35). Ello implica que la comparecencia del juicio de menor cuantía albergue en sí un momento preclusivo con finalidades depuratoras y de saneamiento de irregularidades procesales de distinto signo.

4.º Es dudoso que tal línea de razonamiento sea exportable al proceso penal, con la consiguiente inferencia de que, hasta el momento en que tiene lugar la audiencia alegatoria, el proceso, a través del sistema de recursos, no puede depurar sus propias irregularidades.

(34) ALMAGRO NOSETE, «El nuevo proceso penal», en *Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Valencia, 1989, p. 204, en tal sentido, señala que «las exposiciones previas de las partes acerca de la concurrencia o no de determinados presupuestos procesales, de vulneraciones de derechos fundamentales (...) recuerdan el sentido de la audiencia preliminar, aplicada en este caso, al proceso penal». También puede citarse en el mismo sentido a GÓMEZ COLOMER, «Apunte sobre las reformas de la Ley Orgánica 7/1988», en *La Ley*, núm. 24, mayo 1989, p. 73.

(35) Para un detallado análisis de la interrelación aplicable entre preclusión en el proceso civil, la comparecencia preliminar del juicio de menor cuantía y la función saneadora de ésta, puede verse LOZANO-HIGUETO PINTO, «Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales», en *Justicia*, 86-IV, esp., ps. 855 ss., donde sienta el principio que denomina preclusividad sanatoria, que conecta a los de autoridad de saneamiento del proceso (el Juez debe apreciar de oficio las nulidades), p. 857. La preclusión adopta diversas formas, proyectándose en distintas vertientes: a) por no haberse observado el orden y oportunidad dado por la ley para la realización de un acto; b) por haberse cumplido una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) por haberse ejercido ya una vez, válidamente, esa facultad –consumación propiamente dicha–. La primera se produce por el transcurso infructuoso de los plazos procesales; la segunda corresponde al denominado principio de eventualidad o acumulación eventual; la tercera se refiere a situaciones en las cuales se ha operado la cosa juzgada. Cfr. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Tercera Ed., Buenos Aires, 1958, pp. 196-197. En idéntico sentido ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Derecho Procesal Penal*, II, Buenos Aires, 1945, pp. 228-229. Debemos advertir que la relación entre preclusión y saneamiento es indudable, como hemos puesto de manifiesto al analizar la nueva perspectiva abierta por la LOPJ, siendo el saneamiento una de las actividades o funciones que han de realizarse en el proceso, éste es objeto de ordenación, distribución compartimental a través de fases mediante la técnica vertebradora o articuladora, más o menos rígida, en que la preclusión consiste. Particularmente se manifiesta, como hemos dicho, en uno de los principios funcionales de las nulidades procesales: el de preclusividad sanatoria que se concreta en fases o secuencias preestablecidas para atacar las nulidades procesales, e incluso, específicamente, para sanear el proceso subsanando las mismas. Cfr. LOZANO-HIGUERO, *Notas sobre la preclusión...*, ob. cit., pp. 853-854.

5.º La afirmación jurisprudencial, supone, con matices que no han sido debidamente dibujados por el propio Tribunal Supremo, que quien es objeto de investigación penal, ha de soportar resignado una instrucción preparatoria que reputa contraria a su círculo de derechos fundamentales, una llamada fase intermedia preparatoria del juicio oral —con formulación de acusación en su contra— y la apertura del juicio para poder alegar en un momento procesal y preclusivo conocido con el nombre de «turno de intervenciones», la vulneración de algún derecho fundamental, la existencia de algún artículo de previo pronunciamiento (!), así como todo lo que deba decir sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan (prueba ilícita).

6.º Si bien en el proceso civil de menor cuantía, la comparecencia o audiencia preliminar se lleva a efecto inmediatamente después de contestada la demanda y permite la formalización definitiva del objeto del proceso, en el proceso penal abreviado, en un esquema perfectamente identificable en los otros dos procedimientos penales, la audiencia saneadora se materializa, sólo si alguna de las partes lo insta, ante el órgano decisorio, rebasada ya la actividad investigadora y superada la etapa del llamado juicio de acusación. Debemos sostener aquí que tras la expresión «vulneración de algún derecho fundamental» empleada por el artículo 793.2, el legislador ha pretendido dar cabida a un debate contradictorio sobre prueba prohibida (art. 11 LOPJ) o nulidad de actos procesales que impliquen infracción de las normas esenciales del proceso o lesión de los principios de audiencia, asistencia o defensa, siempre que, además, se haya generado efectiva indefensión (art. 238.3 LOPJ). Tal debate puede verificarse en la audiencia saneadora, mas no tiene necesariamente que ser aplazado hasta que se lleve a efecto aquélla (36).

7.º Repárese, en que el artículo 793.2 de la LECrim agrupa en el contenido de la misma audiencia saneadora la posibilidad de alegación por las partes de aquello que estimen oportuno en orden a la «comparecencia del órgano judicial» o «existencia de artículos de previo pronunciamiento».

Si se postula una filosofía legislativa de concentración (acumulativa) incondicional en aquella audiencia saneadora de todas las mate-

(36) Tratándose de prueba de escuchas telefónicas, RODRÍGUEZ RAMOS, invocando razones de conveniencia procesal, advierte del riesgo que supone («absurdo contrario a la economía procesal»), limitar el juicio sobre la eficacia de una prueba de aquella naturaleza, obtenida en el seno de un procedimiento abreviado, al momento que ofrece el artículo 793.2 de la LECrim. *Vid.* «Intervenciones telefónicas», en *Cuadernos de Derecho Judicial*; «La prueba en el proceso penal», *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1992, p. 459.

rias que en el mismo precepto se enumeran, habríamos de llegar al absurdo de que, en el proceso penal abreviado, e igual esquema procesal encontramos en el procedimiento ordinario y en el reciente recuperado procedimiento por jurados, las impugnaciones de la competencia objetiva por razón de las personas o por razón de la naturaleza del ilícito y las reclamaciones con origen en la falta de competencia territorial, habrían de verse demoradas hasta el momento mismo de la apertura del juicio oral. Tal deducción no se concilia, por ejemplo, con el contenido mismo del artículo 782 de la LECrim que se ocupa de reglamentar las cuestiones de competencia y arbitra soluciones de distintos signos según la verdadera naturaleza de aquélla. El legislador no exige, pues, la dócil actitud procesal de quien ve infringido su derecho al Juez determinado por la Ley, sugiriéndole una paciente espera hasta la llegada a la ausencia saneadora.

Algo semejante, como hemos ido señalando a lo largo de estas páginas, puede decirse respecto al momento idóneo para la alegación de «artículos de previo pronunciamiento». El artículo 666.3 de la LECrim, como sabemos, enumera entre aquellos la «prescripción del delito». De aplicar la misma lógica que se sostiene respecto del período procesal hábil para atender la queja por la vulneración de algún derecho fundamental habría que concluir que la prescripción del hecho ilícito, en cuanto artículo de previo pronunciamiento tratable durante el turno de intervenciones, sólo sería susceptible de alegación en tal momento. Sin embargo, el propio Tribunal Supremo se ha encargado de precisar que la prescripción ha de ser declarada de oficio, como hemos visto con detalle en páginas anteriores, incluso «por encima de las deficiencias procesales que hayan provocado la paralización» (37), «en cualquier estado del procedimiento en que se manifieste con claridad indestructible» (38) y «aunque la petición no se ejercite con la precisión o con la corrección ajustada a los cauces y exigencias procesales formales» (39).

8.º Con lógica insistencia distintos preceptos legales señalan la ineludible necesidad de que la infracción del derecho fundamental, y recordemos que el derecho a un proceso con las debidas garantías lo es, sea denunciada en el momento en que aquélla acaece. Así, por tanto, el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juez de lo Penal (artículo 795.2, párrafo 2), como el recurso de casación ejercitable frente a la sentencia de la Audiencia Provincial (art. 855.3) o el recurso

(37) STS de 4 de junio de 1993 (RA 5.360).

(38) STS de 1 de febrero de 1968 (RA 721).

(39) STS de 31 de mayo de 1976 (RA 2.492).

de amparo habilitado constitucionalmente [art. 44. *b*) y *c*) de la LO 2/1.979, de 3 de octubre] exigen constancia en la causa de la reclamación practicada para subsanar lo que se reputa contrario a las garantías jurisdiccionales o la invocación formal del derecho constitucional vulnerado tan pronto como, conocida la violación, hubiera lugar a ello (40).

9.º Las audiencias saneadoras contempladas en la LECrim pretenden rendir tributo, cierto es, a principios básicos del proceso penal, tales como el principio de concentración (en realidad, el legislador aquí confunde acumulación con concentración) como fórmula para la vigencia de los de celeridad y economía. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ya ha afirmado el distinto rango axiológico e inferioridad del principio de economía procesal al de defensa (41). Por ello, la presencia en el proceso penal de actos procesales viciados otorga especial pujanza a otros principios constitucionales, tales como los de audiencia y tutela jurídica cuyo vigor, desplaza el imperio de aquéllos, demandando la plena aplicación del principio de saneamiento (42).

10.º Así pues, constatada la vulneración de algún derecho fundamental, así como cualquier óbice de procedibilidad en fase de investigación se impone sanear el proceso, liberarlo de sus defectos, aliviar los escollos que pudieran representar un obstáculo para llegar al pronunciamiento sobre el fondo (43). Se trataría, en fin, de filtrar el proceso penal a través de lo que denominamos «principio de inmaculación» (44). La heterodoxia en la fase de investigación por las razones históricas ya

(40) Respecto a la invocación formal previa del derecho menoscabado, su sentido y la exigencia de flexibilidad en el entendimiento de tal requisito pueden verse, además de la STC 1/1981, las SSTC 126/89, de 12 de julio, 162/90, de 22 de octubre, 182/90 de 15 de noviembre, 116/91, de 23 de mayo y 126/91, de 6 de junio, entre otras.

(41) STC 30/1981, de 24 de julio en su Fundamento Jurídico número 4, *in fine*.

(42) En llamativa explicación naturalista LOZANO-HIGUERO, *Apuntes sobre la preclusión, ob. cit.*, p. 853, distingue un momento fisiológico (normalidad del acto), patológico (anormalidad), quirúrgico (punibilidad del acto, nulidad como sanción) y terapéutico (sanabilidad del acto). Lo cierto es que el legislador, en ningún momento se ha referido a la tempestividad exclusiva y consuntiva (preclusión del «turno») para sanear el proceso. Ello no es sino derivación errónea y limitativa del sistema de tutela de los derechos fundamentales, construida por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, olvidando el carácter expansivo del vicio generado, cuya sanción, contra todo principio de saneamiento procesal, se posterga o «aparca» para un momento ulterior con rigidez no explicable.

(43) *Vid.* al respecto ODERIGO, *Lecciones de Derecho procesal*, Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 102.

(44) Sobre el principio de inmaculación, *vid.* AYARRAGARAY, *El principio de la inmaculación*, Buenos Aires, 1.959, p. 47. Acerca de su vigencia en el proceso civil

expuestas genera su propia fuerza expansiva, multiplicando sus poco deseables efectos.

11.º Como se viene repitiendo, una de las piedras angulares de esta, a nuestro juicio, equivocada línea jurisprudencial es el verdadero alcance y entendimiento del término concentración procesal y su delinde y relación con otros como preclusión y acumulación. En efecto, ya se ha glosado, el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 que, en su fundamento de derecho séptimo, indica que el momento procesal adecuado para alegar la vulneración de los derechos fundamentales, y la ausencia de presupuestos procesales básicos, no es otro que el habilitado en el artículo 793.2 de la LECrim. Se adscribe así (llegando a una reproducción textual) a la línea sentada por la Circular de la Fiscalía General del Estado cuando trata ese momento bajo el epígrafe debate preliminar. Recuerda ahora el Tribunal Supremo que «responde a los principios de concentración y oralidad y que pretende acumular en dicho debate previo (el auto emplea este término frente al de incidente utilizado por la Fiscalía), una serie de cuestiones que en el proceso ordinario daban lugar a incidencias sucesivas que dilataban el proceso». El poco rigor terminológico utilizado (concentración, oralidad, acumulación) ha contribuido a consolidar una línea jurisprudencial anclada en la imprecisión. Como se ha dicho, del entendimiento de la concentración y la acumulación como términos sinónimos, se ha dado el salto a principios como la preclusión y la acumulación eventual. Sin embargo, el esquema procesal civil no es exportable al proceso penal, porque a diferencia de lo que acontece en los procesos civiles orales en los que la preparación del debate es mínima cuantitativa y cualitativamente (escritos preparatorios que no fundamentan la pretensión), la preparación en el proceso penal español no responde a tal trazado, al permanecer obediente aún al esquema acusatorio formal o inquisitivo reformado (anglo-francés), como hemos indicado.

12.º Ya se anticipó cómo la idea de concentración procesal puede ser entendida en un doble sentido: amplio o impropio y estricto o propio. En el primero, próximo al lenguaje vulgar, nos referimos a la agrupación de la máxima cantidad de material instructorio en el mínimo espacio de tiempo. Tal es la terminología seguida por la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado y por el Auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, equivalente a la empleada cuando se refiere al método concentrado. Quiere decirse, pues, que en un momento

español, LOZANO-HIGUERO, «Apuntes sobre la preclusión...», *ob. cit.*, p. 233. También del mismo autor, *Introducción al Derecho Procesal...*, *ob. cit.*, p. 199.

procesal se concentra (agrupa, reúne, condensa) la mayor cantidad de actividad procesal posible. En el segundo sentido, propio o estricto, se alude a un principio del procedimiento por el que se pretende la economía temporal y aceleración del mismo y se articula con los vocablos proximidad y continuidad. Con él se pretende evitar la existencia de lapsos o etapas muertas en el procedimiento (45) siendo más importante para la economía temporal del proceso la concentración que la oralidad.

Acertadamente Couture define el principio de concentración como «aquel principio procesal por virtud del cual los actos del juicio deben realizarse con la máxima aproximación posible en el tiempo, contribuyendo de esta forma a la más rápida solución del conflicto que motiva el proceso» (46). Del mismo enunciado de este principio (sentido propio o estricto), se deriva o deduce su manifestación impropia: agregación o reunión material en la mayor cantidad posible, en el menor número de actos o momentos (47).

Sostuvo Chioventa que con el fin de hacer posible la aplicación de los otros tres principios (oralidad, intermediación e identidad del Juez) se impone la reunión de todas las actividades procesales dirigidas a la instrucción de la causa (pruebas y discusión de las pruebas) en una sola sesión o en limitado número de sesiones en todo caso próximas unas a otras (48). Ahora bien, fijémonos en que uno de los principios a que liga necesariamente Chioventa la concentración procesal es el de la identidad del Juez. Obviamente, interpretando ese razonamiento en su recto sentido, la argumentación del auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 cae por su base, pues el Juez que conoce en las «audiencias preliminares» no es el Juez que ha podido conocer de las infracciones cometidas en la instrucción. Nótese, además, que la labor instructora puede no haber desembocado necesariamente en el juicio oral, impidiéndose así, con arreglo a ésta, a nuestro juicio, errónea doctrina, una resolución específica sobre la transgresión invocada o prolongándose largamente en el tiempo hasta perpetuar la vulneración,

(45) Vid. ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios de Teoría General*, II, Buenos Aires, 1945, pp. 22, 23, 26 y 562.

(46) COUTURE, *Vocabulario jurídico*, Buenos Aires, 1976, p. 158.

(47) Vid. Proyecto COUTURE, basado en el principio de concentración, donde se afirma que «los actos procesales efectuados por los órganos de jurisdicción deberán realizarse sin demora, tratando de abreviar los plazos y concentrar en un mismo acto o audiencia todas las diligencias que sea menester realizar.» Vid. en el mismo sentido el artículo 10 del *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica y del Código de Procedimiento Civil Uruguayo de 1989*.

(48) CHIOVENTA, *Instituciones de Derecho Procesal*, Vol. I, trad. Gómez Orbaneja, Madrid, 1954, p. 60.

infringiendo con ello la proscripción constitucional de las dilaciones indebidas.

13.º En suma, esta traslación de las categorías del proceso civil, sin las necesarias atemperaciones y la oportuna diferenciación entre las dos vertientes de la concentración (propia o principio de concentración, impropia o concentración en sentido lato –del material instructorio–) ha conducido a las consecuencias aquí criticadas. El procedimiento se rige, cierto es, por los principios de economía, celeridad y concentración (entendiendo éste en su acepción propia), siendo obligado admitir que las audiencias sanatorias de la LECrim pueden suponer un mecanismo de concentración procesal (en sentido lato), pero ni la LECrim dice que tenga carácter consuntivo ni excluyente ni, de hecho, puede decirlo.

14.º La concentración procesal, en sentido lato, no está reñida con la posibilidad de que en momentos precedentes se hayan podido abordar las materias recogidas en la audiencia saneadora. Si ello es así en el plano teórico, otro tanto puede decirse del práctico y el positivo. En este último, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), prevalente en materia de infracciones de los derechos fundamentales, exige [art. 44.1. c)], para la viabilidad del recurso de amparo por violación de derechos y libertades fundamentales con origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial «que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto, una vez conocida la violación, hubiere lugar a ello». La locución señalada es inequívoca, implicando un término aceleratorio (49) que expresa bien a las claras cómo, en la mente del legislador, se preveía la reparación autónoma y acelerada del derecho fundamental menoscabado. De seguirse la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se incurriría en una contradicción con la finalidad y el espíritu de la tutela reforzada y privilegiada de estos derechos, además de una dicotomía de tratamiento de estas vulneraciones: las de los demás procesos, regidas por el artículo 44.1.c) de la LOTIC que postula una alegación elástica, libre, *in continenti*, frente a la alegación rígida, preclusiva y excluyente para el «turno de intervenciones» del procedimiento penal abreviado con su poco idóneo resultado dilatorio. Ello supone, en fin, admitir que durante la instrucción del procedi-

(49) Vid. CARNELUTTI, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1944, p. 502 donde se indica que «según la función, los términos se dividen en dilatorios y aceleratorios: los primeros tienden a alejar los actos, y los segundos, a aproximarlos, y, por tanto, aquéllos a disminuir la marcha del proceso introduciendo en él una pausa y estos otros a acelerarla.»

miento abreviado, la vigencia de los derechos fundamentales o los presupuestos procesales estarían como aletargados o adormecidos, recobrando su nervio y potencia expansiva en el turno de intervenciones (50).

15.º Respecto a los sujetos que pueden alegar presupuestos procesales, debemos señalar, a modo de conclusión, que es necesario articular un adecuado sistema de tutela de los derechos fundamentales, en el que debe incluirse la posibilidad de alegación en cualquier momento del proceso de cuestiones previas tales como la ilicitud de la prueba, la cosa juzgada, la prescripción del delito o la falta de competencia. Esto exige un amplio poder saneador de oficio por el Juez y una mayor intervención del mismo Ministerio fiscal, dado su papel de garante de la justicia, incluso desde la Instrucción (51). Esto debe ser admitido, al menos hasta la llegada de una reforma legislativa que señale en un

(50) Se puede argumentar en contra afirmando que el objeto procesal carece de concreción hasta el momento en que se formula la acusación. Ya advertía GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho procesal penal*, Madrid, 1986, p. 234, que «al situar la proposición y decisión de las excepciones después de la apertura del juicio oral, impidiendo que puedan plantearse en el sumario, el legislador (ya desde la LECrim de 1872, de donde la regulación vigente procede) ha tenido en cuenta que durante la instrucción no ha terminado de delinearse el hecho porque se procede, ni ha sido jurídicamente encuadrado sino muy provisionalmente, por ejemplo, a efectos de la prisión preventiva», pero debe advertirse que si bien ello es posible no siempre, ni mucho menos, será así, sino que en no pocas ocasiones los contornos del hecho pueden estar perfectamente claros antes de iniciarse las diligencias y que sólo resten por determinar aspectos accesorios. Como dice ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *El período intermedio del proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1987, p. 125, «dificultad no significa imposibilidad. Porque cabe también que los contornos del hecho resulten claros al poco de iniciarse las diligencias y sólo reste esclarecer lo relativo a la culpabilidad, participación, etc., del imputado. En todo caso, cuando el hecho aparezca suficientemente perfilado en el transcurso de la instrucción parece que lo procedente es archivar la causa sin necesidad de continuar las actuaciones.»

(51) «¿No es acaso el que puede no admitir a trámite una querrela, o dictar auto de archivo, por no considerar delictivos los hechos descritos en la querrela, bien tan pronto como la lea, bien tras la práctica de algunas diligencias? ¿No es acaso la admisión o inadmisión de una querrela, incumbencia del Juez de Instrucción, un trance en el que está en juego, en el ámbito penal, una de las más claras manifestaciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva? ¿Es pura mecánica investigadora, que no requiere jurisdicción y el ejercicio de la misma expresado en enjuiciamientos fácticos y jurídicos, la autorización judicial de intervenciones telefónicas o de entradas y registros en lugares cerrados, etc.? ¿Acaso no le corresponde al Juez Instructor el enjuiciamiento fáctico y jurídico conducente a procesar o a denegar el procesamiento, o a decretar medidas cautelares como libertad o prisión provisional, fianzas, embargos, etc.?». DE LA OLIVA, Cfr. *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991, p. 183.

texto procesal penal una norma que acoja este principio de saneamiento del proceso penal, oficioso, a cargo del Juez que vivifique nuestras normas procesales penales. Debe, pues, establecerse el deber judicial de sanear el proceso, sin necesaria alegación de parte, a fin de evitar nulidades. Por supuesto, tanto la ausencia de presupuestos procesales como la existencia de pruebas ilícitas o de cualquier otra vulneración de derechos fundamentales podrá ser puesta de manifiesto por cualquiera de las partes intervinientes en el proceso.

16.º Así pues, abogamos por un amplio y flexible uso de la facultad saneadora contenida en el artículo 24.2 de la LOPJ que rompa con el rígido sistema clásico, que hemos puesto de manifiesto en el estudio de la jurisprudencia citada, basado en una preterición de principios tales como el de tutela efectiva, saneamiento y moralización procesal debida a un incorrecto entendimiento de principios tales como preclusión, acumulación eventual, concentración y economía procesal.

17.º Si bien debe reconocerse la incuestionable vigencia de la necesaria separación del que instruye y del que juzga (52), entendemos que la imparcialidad del proceso no se ve afectada por una necesaria decisión del Juez instructor sobre la pertinencia de las cuestiones previas (53).

(52) Ya señaló de forma magistral BECCARIA que el soberano no puede juzgar «porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación del Derecho, y otra por el acusado que la niega. Es, pues, necesario que un tercero juzgue de la verdad del hecho». *De los delitos y las penas*, Madrid, 1968, p. 30.

(53) Respecto a esta posibilidad, ORMAZÁBAL SÁNCHEZ *El período intermedio del proceso penal*, cit., p. 121), señala recientemente con gran acierto que «parece conveniente (...) facultar al instructor para ordenar el archivo de la causa tan pronto como constase la ausencia de un presupuesto de admisibilidad. Archivo contra el cual, por supuesto, las partes deberían poder reaccionar mediante el correspondiente recurso devolutivo ante el Tribunal supraordenado. A dicha conclusión no cabría objetar una supuesta idoneidad del Tribunal del juicio respecto del instructor para asumir dicho control; ¿acaso no es más complejo resolver sobre la existencia de indicios racionales de criminalidad, comprobación que siempre recae sobre el órgano instructor? Tampoco cabría argumentar que nuestras leyes de enjuiciamiento atribuyen las funciones reservando al Tribunal del juicio la resolución de cuestiones jurídicas, y al instructor el puro cometido de indagar los hechos. Actividad de enjuiciamiento, de calificación jurídica, la hay en ambos supuestos y, por cierto, más importante y compleja en el caso del instructor que en el del Tribunal cuando conoce sobre las cuestiones previas o los artículos de previo pronunciamiento.»

Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario

ENRIQUE SANZ DELGADO

Prof. Ayudante de Derecho penal. Universidad de Alcalá

SUMARIO: Introducción. Términos adyacentes; 1. La realidad española; 1.1 Normativa española habilitante; 2. El entorno anglosajón; 2.1 Manifestaciones prácticas evolutivas; 2.2 El presente foráneo; 3. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN. TÉRMINOS ADYACENTES

La extensión de un tema como el que se aborda dificulta necesariamente una visión global o internacional detenida acerca de la implicación o intervención privadas en el ámbito penitenciario, por lo que surge la mayor utilidad de restringir el objeto de la exposición y dirigirse, en primer lugar, a las posibilidades de actuación de tal esfera en el ordenamiento español sin dejar de referirme, en un segundo término relativo a otros sistemas penitenciarios, a las participaciones de mayor resonancia, aquellas caracterizadas por el ánimo de lucro en la iniciativa privada dirigida a la gestión total de las instituciones penitenciarias, a las actuales «prisiones privadas».

Cuestión previa ha de ser la de diferenciar entre los binomios participación privada y prisión privada. El segundo supone la extensión máxima del primero. El primero, el amparo argumental, el sustrato reivindicativo del segundo. Y así ha sido en cualesquiera entornos que han visto potenciada la intervención del sector privado en ámbitos de

tradicional competencia pública (1). La búsqueda de la progresiva asimilación de ambos términos, la consecución de tal estrechamiento conceptual, ha servido y sirve, a los partidarios de la expansión de la idea privatizadora, para postular mayores competencias. Y el ánimo de lucro, ni necesario ni deseable, para todo modo de participación, permanece, no obstante, como sustrato real de la expresada idea privatizadora de máxima configuración.

1. LA REALIDAD ESPAÑOLA

Si nos situamos, en primer término, en el sistema penitenciario español, aunque no pueda hablarse propiamente de privatización, a modo de entrega total de competencias o de intenso grado de intervención y gestión privadas en la ejecución penal, con interés fundamentalmente lucrativo en los intervinientes, sí es aceptable en algunas formas el término participación privada, pues la presencia de colaboradores no estatales en nuestro actual marco penitenciario ha experimentado, en los últimos años, una evolución constante, y el propio sistema una favorable tendencia a la incorporación de nuevos agentes de naturaleza auxiliar, de colaboración pública y privada en este ámbito, incrementándose, en todo caso, las posibilidades de actuación que se preceptúan legal y reglamentariamente.

El fundamento último ha residido, en amplio contraste con las realizaciones anglosajonas, que desde décadas atrás se apartaban de tales fines, en las metas de reeducación y reinserción social, vivas tras el espíritu constitucional (art. 25.2 C.E.) y la Ley Orgánica General Penitenciaria (arts. 1 y 59), que siguen impregnando los textos de las normativas de desarrollo (Reglamento penitenciario, Órdenes ministeriales, Circulares e Instrucciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias), referidas a esta materia. No obstante, las formas de intervención se han mantenido aún distantes de fenómenos foráneos, pues la normativa citada excluiría *ex lege* [véase el art. 79 de la LOGP (2)], cualesquiera posibilidades de dirección o administración

(1) *Vid.*, en un análisis detenido al respecto, SANZ DELGADO, E., *Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria*. Madrid, 2000, pp. 210 ss.

(2) La dirección organización e inspección de las instituciones penitenciarias, se atribuye, en el artículo 79 de la Ley Orgánica 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia, salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria.

privadas de los cometidos que integran el núcleo de la función penitenciaria. Así quedarían, en cualquier caso, las actividades en tales entornos públicos, y las llevadas a cabo incluso en los tramos más independizados, bajo el control último y supervisión de la Administración penitenciaria estatal. Este fundamental elemento de contención en una materia tan delicada cual es la Administración de la ejecución penal, ha empezado a sufrir ciertos embates. La más reciente extensión de la idea ha llegado por la vía legislativa que regula la responsabilidad penal de los menores (3). Así, el artículo 45.3 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, relativo a la competencia administrativa, que en este ámbito ejecutivo se deja en manos de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, prescribía la posibilidad de ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores por parte de entidades privadas, sin ánimo de lucro, «para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución». Estos filtros debieran reforzar tal concepción de nuestro penitenciarismo desde ambos puntales citados: la exigencia de inexistencia de ánimo de lucro en las entidades privadas colaboradoras en la gestión y la directa supervisión de éstas por parte de las entidades autonómicas, verdadero caballo de batalla de las realizaciones extranjeras con mayor incidencia privada.

La pretensión de la falta de ánimo de lucro en los sujetos privados intervinientes denota cierta cavilosidad o actitud preventiva en nuestro legislador. El origen de tal precaución proviene de la experiencia histórica y mantiene plena vigencia contrastada por las realizaciones foráneas. Una prudencia no desdeñable cuando el cometido consiste en la administración y gestión de la privación de libertad y surge el posible interés económico añadido a tal privación. La vía de entrada se presenta, así, en los centros juveniles administrados por empresas, organizaciones o corporaciones privadas. De hecho, los centros de reclusión o internamiento para jóvenes, de gasto ostensiblemente menor, se mostrarían en su momento, como la experiencia iniciática de intervención y gestión privadas en los EE.UU. (aunque en la mayor parte de los casos sin ánimo de lucro), y así se convertían en el vivero de experimentación, en la plataforma propagandística o escaparate de la fórmula privatizadora ya sí con fines lucrativos, en

(3) La Exposición de Motivos de la LO 5/2000, de 12 de enero, recoge la pretensión de alcanzar el objetivo reeducador estableciendo un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa, «encaminado a la adopción de unas medidas que (...), fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor...».

la intención de justificar la confianza gubernamental desplegada hacia tales medidas (4).

En el supuesto español, en lo relativo al sistema penitenciario organizado para adultos se trataría, en cambio y en suma, de valiosas contribuciones voluntarias ciudadanas y participaciones empresariales menores, valoradas positivamente, en cuanto liberan a la Administración estatal de pequeños cometidos, agilizando la entrega del servicio y cooperando a un mayor contacto del interno privado de libertad con el mundo social y laboral exterior a la institución penitenciaria.

1.1. Normativa española habilitante

La legislación y normativa penitenciaria articulan y sustentan las posibilidades prácticas. El propio Reglamento penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero), en desarrollo de la Ley Orgánica 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, alude a la necesaria «apertura de las prisiones a la sociedad», adecuándose con ello a las conclusiones de Naciones Unidas en su reunión de Tokio de diciembre de 1990. En este sentido la norma reglamentaria recogía, ya desde su Preámbulo, la potenciación de tales vías de ingreso. Así, se subraya cómo «el Reglamento no sólo contiene un variado elenco de contactos

(4) *Vid.*, entre otros autores que afirmaban el nexo de intervención o darían noticia de lo ocurrido al respecto, LOGAN, C. H./RAUSCH, S. P., «Punish and Profit: The Emergence of Private Enterprise Prisons», en *Justice Quarterly*, Vol. 2, núm. 3, Sept., 1985, p. 307; CURRAN, D. J.: «Deconstructing, Privatization, and the Promise of Juvenile Diversion: Compromising Community-Based Corrections», en *Crime & Delinquency*, Vol. 34, núm. 4, 1988, pp. 363-378; DONAHUE, J. D., *The Privatization Decision. Public ends Private Means*. New York, 1989. (Hay edición castellana por Paidós, Trad. por Lorenzo J. González Videla, Buenos Aires, 1991, por la que se cita, pp. 211, 213, 222 y 225); RYAN, M./WARD, T., *Privatization and the Penal System: the american experience and the debate in Britain*, Suffolk, 1989, p. 4; LOGAN, C. H., *Private Prisons. Cons and Pros*. New York/Oxford, 1990, pp. 15 y 17 ss.; CHAN, J., «The Privatisation of Punishment: A Review of the Key Issues», en VV.AA., Moyle (Ed.), *Private Prisons and Police. Recent Australian Trends*. Leichhardt NSW, 1994, p. 38; SHICHOR, D., *Punishment for Profit. Private Prisons/public concerns*. London, 1995, p. 14, 112; BEYENS, K./SNACKEN, S., «Prison Privatization: An International Perspective», en VV.AA., Matthews/Francis (Eds.), *Prisons 2000. An International Perspective on the Current State and Future of Imprisonment*. New York, 1996, p. 242; BATES, E., «Private Prisons», en *The Nation*, January 5, 1998, p. 16 (hay traducción al castellano de este sintético pero interesante artículo acerca de la privatización correccional en <http://www.zmag.org/Spanish/0010priv.htm>), o respecto del caso británico, RUTHERFORD, A., «British Penal Policy and the Idea of Prison Privatization», en VV.AA., McDonald (Ed.), *Private Prisons and the Public Interest*, New Brunswick/London, 1990, p. 58

con el exterior (...), sino que favorece decididamente la colaboración de entidades públicas y privadas dedicadas a la asistencia de los reclusos». El reconocimiento y positiva valoración explícita de tales modos de actividad quedaría patente, asimismo, en la Disposición Adicional Tercera, referida a las condecoraciones penitenciarias, cuando en su número 2, se prevé la concesión de las medallas al Mérito Social Penitenciario a «las instituciones, corporaciones, fundaciones, asociaciones y empresas, públicas o *privadas* y, en su caso, los particulares, que se hayan distinguido en su colaboración con la Administración penitenciaria, en cualquiera de las manifestaciones de la actividad penitenciaria...» (5). En tal regulación normativa y en los criterios de desarrollo que articula, habrán de buscarse las citadas posibilidades de entrada.

Se verifican, de ese modo, tales diversas formas de actuación privada coadyuvante a la actividad penitenciaria pública. Atendiendo a la localización espacial, un primer y principal grupo, despliega su cometido inserto en los medios materiales previstos por la propia Administración. El segundo, llevaría a cabo su labor en unidades extrapenitenciarias, en sus espacios propios, fuera del recinto y de los lugares e instalaciones característicos de la ejecución penitenciaria. Otra posible clasificación, atinente a los contenidos y sin realzar el entorno físico, incluiría:

a) La participación de la empresa privada contratada para la fase de construcción de los establecimientos: El apartado *n*) del artículo 7 del Real Decreto 1885/1996, de 2 de agosto (*BOE* núm. 189, de 6 de agosto), en desarrollo del Real Decreto 765/1996, de 7 de mayo, establece que corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, la programación, coordinación y asistencia técnica necesaria para la ejecución de cuantas actuaciones deban realizarse en cumplimiento del Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, el establecimiento de los oportunos convenios o conciertos con entidades públicas o privadas, y el seguimiento del desarrollo de dicho Plan, con la realización de los estudios y gestiones que sean precisas. Asimismo, la contratación de carácter administrativo con empresas privadas cuando se trata de contratos de obras regulados por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 148, de 21 de junio de 2000), se llevará a cabo

(5) La cursiva es nuestra.

cumpliéndose los requisitos exigidos en el Capítulo I del Título II de ese cuerpo legal (arts. 15 ss.), y con arreglo a las garantías previstas en el Capítulo III (arts. 35 ss.). A este ámbito de actuación ha de añadirse la actividad desplegada por la Sociedad Estatal «Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A.» (SIEP, S. A.), que desde el Acuerdo de 21 de febrero de 1992, ostenta naturaleza de Sociedad Mercantil Anónima y carácter estatal. El artículo 2.1.1 de los Estatutos de la citada sociedad referido al objeto social, admitían expresamente la participación de terceros cuando expone: «Constituirá el objeto social: 1.1 El desarrollo y ejecución de los programas y actuaciones que contiene o pueda contener en el futuro el Plan de Amortización y Creación de centros Penitenciarios, aprobado por acuerdo de Consejo de Ministros en su sesión del día 5 de julio de 1991, en todo lo que concierne a la construcción, edificación de centros, ya sea por sí o mediante terceros». El SIEP, S. A. ha participado desde entonces en procedimientos de contratación y adquisición de terrenos, levantamientos topográficos, realización de estudios geotécnicos, etc.

b) La actividad privada surgida de la planificación del trabajo penitenciario que diera entrada a empresas del exterior: Amparada en el artículo 25.2 de la CE, la fórmula del trabajo penitenciario incluye la posibilidad abierta a la iniciativa privada en la interpretación del artículo 26 e) de la LOGP, así como el artículo 31 del mismo cuerpo legal establece la responsabilidad y salvaguardia estatal en lo relativo a la dirección y control de las actividades desarrolladas en régimen laboral dentro de los establecimientos. En el mismo ámbito, el artículo 33 prescribe que la Administración organizará y planificará el trabajo de carácter productivo, las competencias públicas de control y organización, y en cualquier caso subsidiaria dirección, se reiteran en los artículos 138 ss. del RP. El precepto reglamentario definitorio de las competencias empresariales privadas a estos efectos, ha de ser el artículo 139 RP referido al «Trabajo con empresario del exterior», que postula: «1. La relación laboral que se establezca cuando los internos trabajadores realicen trabajos en los talleres penitenciarios bajo la dirección de una persona física o jurídica del exterior, se ajustará a las características de la relación laboral especial penitenciaria establecidas en este reglamento; y 2. No obstante, en estos casos, el empresario exterior podrá proponer al Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias u órgano autonómico competente, la sustitución de los internos trabajadores cuando concurren alguna de las causas de suspensión o de extinción de la relación laboral especial penitenciaria, establecidas en los artículos 151 y 152, así como la amortización o creación de puestos de trabajo».

c) La derivada de la previsión reglamentaria respecto de la gestión de determinados servicios cuales son la cafetería, economato y cocina de los establecimientos penitenciarios: Tal actividad se encuentra en la tercera posibilidad que contempla el artículo 300 R.P., entre las modalidades de gestión posibles, incluyendo a las empresas externas adjudicatarias por contrato administrativo de servicios, con la protección expresa, para evitar la posible explotación de la mano de obra barata, que dispensa el artículo 305.3 RP. Para la puesta en práctica de tales modos de contratación habrá de atenderse, en todo caso, a las condiciones y cláusulas establecidas en el contrato administrativo de servicios, tras la regulación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (*BOE* núm. 119, de 19 de mayo), del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995 (*BOE* núm. 70, de 21 de marzo) y de la Ley 53/99 de 28 de diciembre (*BOE* núm. 311, de 29 de diciembre).

d) La participación procedente de las labores de asistencia social penitenciaria previstas en la legislación y ampliadas reglamentariamente mediante la delegación de actividades como en el caso de los centros privados de deshabitación, o la intervención que lleven a cabo dentro y fuera de los recintos penitenciarios las Organizaciones no gubernamentales, asociaciones colaboradoras y voluntarios: El artículo 69.2 LOGP disponía la posibilidad de solicitar, a los fines de obtener la recuperación social de los internos en regímenes ordinario y abierto, «la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos». Asimismo, los artículos 74 y 75 LOGP establecían las funciones de la Comisión de Asistencia Social, cuyas facultades se encaminaban a prestar la asistencia social necesaria a los internos, y a los liberados condicionales y definitivos. Competencias después asumidas por el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias (RD 1334/1994, de 20 de junio), que encontraban la posibilidad de participación externa ya en el párrafo 2 del artículo 75 LOGP, que establece la colaboración permanente de la Comisión de Asistencia Social con las entidades dedicadas especialmente a la asistencia de los internos y al tratamiento de los excarcelados y en el propio artículo 8 del Real Decreto regulador del Organismo Autónomo.

Los preceptos reglamentarios en este sentido son: El artículo 62, que establece un marco general de participación y colaboración de las Organizaciones no gubernamentales, siendo el centro directivo el que apruebe los programas de intervención, previo informe de la Junta de tratamiento del Centro penitenciario. El artículo 17.6 RP, relativo a las

Unidades de Madres, según el cual la Administración penitenciaria fomentará la colaboración y participación de las instituciones públicas y privadas de asistencia al menor en las Unidades de Madres o en las Unidades Dependientes creadas al efecto para internas clasificadas en tercer grado que tengan en su compañía hijos menores de tres años. El artículo 111.3 RP que establece que para la adecuada ejecución de las actividades de tratamiento se facilitará la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas. El artículo 114 RP regula las salidas programadas, para la realización de actividades específicas de tratamiento, destinadas a aquellos internos que ofrezcan garantías de hacer un uso correcto y adecuado de las mismas. En cualquier caso, los internos serán acompañados por personal del Centro penitenciario o de otras instituciones, o por voluntarios que habitualmente realicen actividades relacionadas con el tratamiento penitenciario de los reclusos. El artículo 116.2 RP establece que, dentro del marco establecido en el Plan Nacional sobre Drogas, la Administración penitenciaria, en coordinación con otras Administraciones Públicas o con otros organismos e instituciones debidamente acreditadas, realizará en los Centros penitenciarios los programas de atención especializada en drogodependencias que precisen los internos que voluntariamente lo soliciten. El artículo 117 RP establece la posibilidad de que los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, puedan acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que éste sea necesario para su tratamiento y reinserción social. La Junta de Tratamiento realizará la coordinación necesaria con la institución para el seguimiento del programa. El artículo 182 RP, en sus apartados 1 y 2, regula el cumplimiento de los penados en Unidades Extrapenitenciarias de manera que el Centro Directivo podrá autorizar la asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, de penados clasificados en tercer grado que necesiten un tratamiento específico para deshabitación de drogodependencias y otras adicciones. El artículo 182.3 RP establece que la Administración penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal. El artículo 195 RP regula el expediente de libertad condicional de los internos, entre cuyos documentos figura el compromiso de acogida por parte de su familia, persona allegada o instituciones sociales extrapenitenciarias. El artículo 196 RP establece las

características relativas a la libertad condicional de septuagenarios y enfermos incurables. Para ambos supuestos, el expediente deberá contener un informe social en el que constará, en su caso, la admisión del interno por alguna institución o asociación cuando éste carezca de vinculación u apoyo familiar en el exterior. Además de tal regulación reglamentaria, tras la anterior Instrucción 3/98, de 13 de enero, sobre voluntariado y colaboración ONG, la intervención de organizaciones no gubernamentales en el ámbito penitenciario encuentra hoy su desarrollo específico administrativo-penitenciario, en la completa y descriptiva Instrucción 5/2000, de 6 de marzo, que entraba en vigor el 15 de mayo de 2000 y plenamente el 15 de septiembre del mismo año, derogando totalmente toda la normativa anterior. En cualquier caso, como establece la Disposición Transitoria al respecto, las intervenciones ya aprobadas en el momento de entrada en vigor de la Instrucción, así como las que pudieran autorizarse antes del 15 de septiembre de 2000, con efectos del año 2000, continuarán rigiéndose por la normativa anterior.

e) La colaboración dimanante de la existencia de Establecimientos de régimen abierto con identidad propia como son las Unidades Dependientes: El artículo 80.4 RP define las citadas Unidades Dependientes como establecimientos de régimen abierto, que suponen un reciente marco real de actuación penitenciaria con un importante índice de cooperación privada en sus cometidos. La gestión extrapenitenciaria se manifiesta en una intervención directa de los recursos comunitarios. Reguladas en los artículos 165 ss. del RP, admiten que los servicios y prestaciones de carácter formativo, laboral y tratamental que en ellas reciben los internos sean «gestionados de forma directa y preferente por asociaciones u organismos no penitenciarios. Ello no obsta a que la Administración penitenciaria pueda participar también en tales tareas con personal de ella dependiente, sin perjuicio de las funciones de control y coordinación que le competen» (art. 165.2 RP).

f) La presencia «privada» en algunos de los servicios que la Administración penitenciaria ofrece en desarrollo de derechos como la libertad religiosa y la asistencia que de ello se deriva: Opción recogida en los artículos 54 LOGP y 230 RP en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 16.1 CE, encuentra su específica regulación en la Circular 4/97, de 17 de marzo que establece el procedimiento para la intervención de las confesiones religiosas en los Centros penitenciarios.

El marco normativo que ampara gran parte de la actividad privada citada ha sido, por tanto, el legal orgánico y el reglamentario. Asimismo, habrá de tenerse en cuenta la legislación habilitante para la

contratación estatal y, en desarrollo de lo establecido en el Reglamento penitenciario de 1996, el desplegado para la regulación del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias. En este sentido el Real Decreto 326/1995, de 3 de marzo por el que se regula el citado Organismo (6), establece claramente en el número 6 de su artículo 2.º una de las funciones atribuidas a éste, cual es: «La promoción de relaciones con instituciones y organizaciones que faciliten el cumplimiento de los fines del Organismo».

2. EL ENTORNO ANGLOSAJÓN

El presente foráneo, restringido a las actividades privadas con ánimo de lucro y en referencia directa al fenómeno de mayor resonancia, cual pueda ser el de las denominadas prisiones privadas, requiere, aun sintéticamente, de otra atención.

2.1 Manifestaciones prácticas evolutivas

La participación del sector privado ha adoptado diversas formas o manifestaciones prácticas en el devenir histórico de los modos de reclusión y de la pena privativa de libertad en los sistemas occidentales. Una brevísima referencia de tal infiltración incluiría localizaciones y actividades de contenido procesal y penitenciario como lo fueron: *a)* las primitivas prácticas de los derechos de carcelaje; *b)* las casas de corrección surgiendo como primeras prisiones propia-

(6) Organismo autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias que, como establece el apartado 9 del artículo 7 del Real Decreto 1885/1996, de 2 de agosto (BOE núm. 189, de 6 de agosto), «se adscribe al Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, a cuyo titular le corresponderá la presidencia del mismo. Dicho organismo llevará a cabo los servicios y prestaciones necesarias para el ejercicio de las funciones atribuidas a la mencionada Dirección General en los párrafos *f)* y *g)* del apartado 1 del presente artículo, además de las que le atribuye la normativa reguladora del organismo autónomo». El apartado *f)* citado se refiere a la promoción, organización y desarrollo de la educación, cultura, deporte y trabajo en los centros penitenciarios. El apartado *g)* dispone las funciones de dirección y coordinación de las actividades asistenciales en los centros y hospitales penitenciarios; y la prestación a los internos y liberados condicionales, y a los familiares de unos y otros, de la asistencia social necesaria y la colaboración de forma permanente con las instituciones, organismos y entidades dedicadas a la asistencia de los internos y a la rehabilitación de los excarcelados, así como con las redes autonómicas, provinciales y locales de servicios sociales.

mente dichas; c) los modelos de transportación y asentamientos coloniales; d) las penitenciarías y organizaciones regimentales del trabajo penitenciario decimonónico en los Estados Unidos de América y en alguna asimilación europea; e) los sistemas de contratación y cesión competencial pública propios del siglo XIX; y f) la insoslayable referencia, por su vinculación o enlace teórico, al menos, con la más llamativa realidad presente, concretamente, con respecto al antecedente más puro de prisión privada tal y como hoy la conocemos: El Proyecto Panóptico de Bentham, publicado en 1791, basado en el conocido principio de inspección central y en el menos recordado y citado de administración contractual (7). Las ideas adelantadas por Jeremy Bentham, respecto del necesario control y supervisión gubernamental de los contratos a firmar con el Estado por el empresario privado, constituido en administrador de la prisión, mantienen una actual e inusitada vigencia. Se anticipaban, así, por el jurisconsulto británico, tanto la polémica cuanto algunas soluciones garantistas en mayor o menor medida.

Ninguna otra manifestación histórica se aproximará tanto a las versiones actuales de establecimientos penitenciarios privatizados como el citado precedente inefectivo del proyecto Panóptico. Hasta recientemente, cuando desde mediados de los años ochenta empresas privadas, con intereses lucrativos y bajo concesión estatal influenciada por una ideología procedente de Gran Bretaña, empezaban a dirigir y gestionar centros de internamiento y prisiones en los Estados Unidos de América, en la intención cedida de aliviar los problemas de superpoblación carcelaria y crisis presupuestarias de determinados Estados.

Aunque la idea no era nueva, sí suponía una transformación, una mutación extensiva, la máxima tensión de actividades recientes, desempeñadas en esa dirección y hasta ese momento en establecimientos destinados a jóvenes, centros de detención de inmigrantes, centros de rehabilitación de drogodependencias y programas privados de reinserción social. Las prisiones privadas, se muestran desde entonces, en su correcta acepción, como algo más y diferente de los Establecimientos penitenciarios con industrias privadas integradas y han de distinguirse, asimismo, de aquellos servicios auxiliares a la prisión como contratas médicas, de suministros, alimentación, educación o actividad vocacional y de asistencia social. El término *prisión privada* como fenómeno de trascendencia en el campo penitenciario implicaría, en su manifestación práctica de máxima autonomía, la dirección y admi-

(7) Vid., al respecto de tales desarrollos históricos y, especialmente acerca de tal vinculación, por todos, SANZ DELGADO, E., *Las prisiones privadas...*, ob. cit., pp. 65 ss.

nistración completa de una institución penitenciaria, por lo común añadida a la construcción por una empresa no estatal, permaneciendo la función, si no el desempeño, bajo la responsabilidad final del sector público mediante un régimen contractual de la empresa con el Estado, encargado éste, en último término, del control y supervisión de tales contratos. En síntesis, a través de esos convenios, el Estado se comprometería a enviar al Centro penitenciario un número de presos a cambio de un precio a pagar por recluso y día.

2.2 El presente foráneo

El contexto de la moderna idea privatizadora norteamericana ha conllevado, en cualquier caso, un sentido ideológico-político que soporta tal concepción. La oferta de ayuda del sector privado norteamericano, para una población reclusa sobredimensionada, con constantes órdenes judiciales durante los setenta exigiendo la liberación anticipada de reclusos por problemas de hacinamiento en una materia arrinconada, prácticamente relegada a un segundo plano de interés, olvidada por aquel Estado durante bastantes años del siglo xx, no se queda ahí. Las críticas al sector público amplificadas por los partidarios de las medidas privatizadoras y las posteriores propuestas de los mismos en orden a la posibilidad de reducción de costes, diligencia administrativa, y teórica mejor gestión, se traducirían en lo que parece mostrarse como una estrategia mercantilista bien definida. El resultado se ha mostrado claro: el desarme estatal en favor del lucro corporativo-empresarial. Desde las posiciones privatizadoras parece idearse un plan: justificar unas prácticas previas (el desempeño competencial cedido de determinadas parcelas en la ejecución penitenciaria, en centros de mínima seguridad y juveniles principalmente) y extenderlas mediante fundamentos teóricos que surgen posteriores a la consumación de estas actividades. La búsqueda y la consecución de la disociación entre los conceptos de asignación y administración de la pena (8). A partir de ahí, los partidarios de estas medidas sientan el principio y fomentan la aplicación práctica. Las empresas y los gobiernos afines e implicados se encargarán de su expansión. Consecuencia práctica de ello es que la concentra-

(8) *Vid.*, al respecto de tal división, a favor, por todos, LOGAN, C. H., «The Propriety of Proprietary Prisons», en *Federal Probation*, Vol. LI, núm. 3, September 1987, pp. 35-40; el mismo: *Private Prisons...* ob. cit., pp. 52 ss.; o, más recientemente, en contra, MOYLE, P., «Separating the Allocation of Punishment from its Administration», en *The British Journal of Criminology*. Vol. 41, núm. 1, Winter 2001, pp. 77-100.

ción de poder en tales corporaciones, en ordenamientos similares, en una economía que busca la globalización, se enfocará en la pretensión de influir peligrosamente en las decisiones de política criminal gubernamentales.

A ello podría añadirse el apenas mencionado ámbito federal, descentralizado, sin directrices unitarias, como idea política preexistente que coadyuva a la dispersión administrativa y abonaría el terreno para la intención empresarial apoyada por gobiernos neoliberales afines. Parece como si, en nuestro ámbito cultural occidental se estuviera hablando de una doble coincidencia: el Estado descentralizado y el furor privatizador. Pues aun cuando pudieran existir Estados federales que no acepten la privatización, como de hecho los hay, ésta ha tenido un efectivo mayor áuge en ese preciso sistema político. El supuesto español, como he citado *supra*, aun con las garantías reseñadas en aras de una mejor gestión organizativa, muestra síntomas de contagio cuando empieza a ceder competencias autónomicamente, y especialmente en lo referente a la responsabilidad de menores.

Los fines de la pena sufrían, con estos planteamientos foráneos, transformaciones sustanciales. Desde la crítica a la idea rehabilitadora del penado, que encuentra su cenit en los últimos veinticinco años, se desemboca en tales sistemas penal-penitenciarios en el fomento del sentido incapacitador de la sanción penal aplicable a la persona (9). Motivo tan perfectamente adecuado al beneficio económico empresarial. A la naturaleza corporativo-empresarial resulta, así, útil y rentable, un planteamiento que excluye cualquier otra responsabilidad que no sea la de la extracción social y la mera retención y custodia. De cualquier modo, el pretendido y principal argumento de las doctrinas favorables a la privatización penitenciaria, en favor de la mayor eficiencia económica y reducción de costes de esta política, tampoco se aprecia de manera palpable, tan generalizada en la práctica en los estudios que las propias agencias gubernamentales norteamericanas hayan llevado a cabo tras un tiempo de aclimatación de las nuevas

(9) *Vid.*, al respecto de este ya no tan reciente concepto definitorio de este fin de la pena, ZIMRING, F. E./HAWKINS, G., *Incapacitation*. Oxford University Press, New York, 1995; y, de forma global, BEYENS, K./SNACKEN, S., *Prison Privatization: An International...*, ob. cit., p. 241; o, de modo sintético en la bibliografía española, DEL ROSAL BLASCO, B., «Las prisiones privadas. Un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal», en *ADPCP*, Tomo XLIII, fascículo II, 1990, pp. 562 ss.; el mismo «La privatización de las prisiones. Una huida hacia la pena de privación de libertad», en *Eguzkilore*, núm. Extraordinario 12, diciembre de 1998, pp. 118 ss.; y, más recientemente, SANZ DELGADO, E., *Las prisiones privadas...*, ob. cit., pp. 147 ss.

experiencias (10). Lo que finalmente no demuestra tal superioridad del nuevo sistema sobre el sistema gubernamental, pues diversos factores habrían de contemplarse, y no se hace así, en los estudios comparativos entre prisiones de uno y otro tipo. En todo caso, hasta recientemente, las empresas privadas partícipes de la actividad penitenciaria privatizada, se habían preocupado de ofrecer un escaparate modélico en alguna de sus prisiones en la idea de fomentar la aceptación y expansión del producto. El tiempo ha señalado las pérdidas y ganancias a ambos lados de la política en este aspecto. De ahí el freno de alguna de estas medidas privatizadoras en ciertos Estados en los últimos años.

En cuanto al efecto final de la pena privativa de libertad privatizada en una sociedad como la norteamericana, habría de afirmarse, en cualquier caso, la lógica consecuencia de una expansión del control social formal (11), pues el gobierno haciendo uso de estas políticas habrá sido capaz de aplicar de manera más extensa su poder coercitivo y de manejar un mayor número de personas de variadas formas. En este sentido, por ejemplo, muchos de los internos que habrían sido liberados anticipadamente en políticas de descongestión aplicadas a los centros penitenciarios, así como por falta de espacio real en los establecimientos, o que no hubieran siquiera ingresado en prisión en función de la aplicación de principios como los de *ultima ratio* o intervención mínima, se verán de este modo emplazados en instituciones privadas de reclusión (12). Esta medida se estaría ofertando, así, por

(10) Vid., General Accounting Office (G.A.O.): Private and Public Prisons. Studies Comparing Operational Costs and/or Quality of Service, en *Report to the Subcommittee on Crime, Committee on the Judiciary, House of Representatives. Washington DC*, August, 1996, pp. 3 y 7; del mismo modo se han expresado autores como Shichor, D., *Punishment for...*, ob. cit., pp. 163 y 164; DONAHUE, J. D.: The Privatization Decision... ob. cit., p. 160; BATES, E., «Private Prisons...», ob. cit., p. 13, quien se refiere al fracaso en el intento de ahorro de las prisiones privadas y a la contrapartida del beneficio generado en favor de las compañías privadas propietarias; o, incluso, desde una posición favorable a la privatización, también se relativizan tales resultados económicos. Así, vid. McDONALD, D.C., «The Cost of Operating Public and Private Correctional Facilities», en VV.AA., McDonald (Ed.) *Private Prisons and the...*, ob. cit., p. 103; o, el propio LOGAN, C. H.: *Private Prisons...*, ob. cit., p. 76, quien habida cuenta de los resultados obtenidos en los estudios comparativos desdota de relevancia a esta cuestión.

(11) Vid., al respecto, SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, 1999, pp. 56 y 57, en una certera referencia al pretendido proceso deslegitimador de lo público por parte de los partidarios de la privatización sobre criterios de supuesta ineficiencia.

(12) Vid., entre otros, SHICHOR, D., *Punishment for...*, ob. cit., pp. 60 y 75; y en la bibliografía española el interesante artículo de DEL ROSAL BLASCO, B., *La Privatización de las prisiones...*, ob. cit., p. 132.

los partidarios de la privatización, para cumplir con los criterios de política criminal estatales que dirigen la pena, mayoritariamente, a la finalidad de apartamiento, incapacitación y segregación de los delincuentes, mediante su reclusión en establecimientos penitenciarios, extendiendo su aplicación a un número importante de conductas delictivas convenientemente tipificadas. Por tanto, y según la perspectiva privatizadora, se estaría colaborando activamente con el sistema de justicia criminal al suplir tales necesidades.

Desde ese punto de vista, la oportunidad de negocio abierta a la iniciativa privada no dejaría lugar a dudas. La presión expansionista de determinadas políticas penales, incentivada por la iniciativa legislativa con sustento privado, se materializa en propuestas aceptadas por los gobiernos. Es claro que la política legislativa, en manos de los representantes electos de los ciudadanos, algunos de ellos directa o indirectamente interesados en las posibilidades de mercado abiertas por estos modelos, ha determinado la orientación penal y su posterior plasmación en concretas líneas de actuación penitenciaria (13). Como han destacado diversos autores (14), los grandes intereses corporativos surgen en estos ámbitos de influencia, organizándose con frecuencia en comités de acción política, a través de los cuales pueden hacer sustanciosas contribuciones a los candidatos políticos en el intento de influir hacia una legislación favorable a los intereses de tales comités. Las corporaciones americanas consideran así la cuestión de los comités de acción política como un relativamente nuevo y efectivo instrumento para influir en el provechoso proceso político legislativo.

3. CONCLUSIONES

Comparto, en todo caso, la posible crítica hacia los resultados de esa doble o múltiple responsabilidad que se atribuiría a las corporacio-

(13) *Vid.*, como ejemplos, al respecto de tales conexiones, los citados por, LILLY, J. R./KNEPPER, P., «The Corrections-Comercial Complex», en *Crime and Delinquency*, April, 1993, pp. 150 ss.; o BATES, E., *Private Prisons...*, ob. cit., p. 16.

(14) *Vid.*, entre otros, MULLEN, J./CHABOTAR, K. J./CARROW, D.M., *The Privatization of Corrections. National Institute of Justice. Issues and Practices*. U.S. Department of Justice, February 1985, p. 72; WEISS, R. P., «Private Prisons and the State», en MATTHEWS, R. (Ed.): *Privatizing Criminal Justice*. London, 1989, pp. 33 y 41; MATTHEWS, R., «Reflexiones en torno al debate sobre las prisiones en Gran Bretaña», en *El Derecho penal y lavictima, Papers D'Estudis i Formació*, núm. 8, marzo, 1992, pp. 112, 114 y 115; SHICHOR, D., *Punishment for...*, ob. cit., pp. 158, 235 y 236; CAVADINO, M./DIGNAN, J., *The Penal System. An Introduction*, London, 1997, p. 164; BATES, E., ob., y loc. cit.

nes privadas en esta materia. Servir al accionariado y al Estado subsidiariamente, inclinará de manera efectiva la balanza hacia el lado inversor, hacia el que más pone en juego. Este desequilibrio terminará por repercutir en las condiciones de custodia y retención, deshumanizando el marco penitenciario (15). Los estudios de mercado y eficiencia, que las empresas hayan realizado al respecto, podrán atender a reducciones de gasto y utilidades innecesarias, a una teóricamente más eficaz organización administrativa, pero es difícil que alguno de los fines atribuidos a la privación de libertad no se vea discriminado en favor de la maximización económica empresarial. Esas ideas vienen a concluir que la resta se hará más sencilla, pues se sustraen, en la consecuencia práctica, los fines no meramente retributivos o custodiales, esto es, aquellos tan poco lucrativos, de pretendido y argumentado fracaso durante décadas, la rehabilitación y resocialización de los condenados.

España, como he señalado, es una invitación a la participación pero con límites tasados. Así, el reflejo privatizador no llega más que en mínimos destellos prácticos. La intensidad hacia una mejor gestión y administración de recursos se hace, en nuestro país, desde la esfera pública, fomentando la adecuación de este sector a criterios de actuación y efectividad privados, pero desde el blindaje orgánico-legal estatal. El problema, en el fondo, es de compromiso constitucional-ideológico. El fenómeno privatizador foráneo ha sido, de alguna manera, inocuo en ese aspecto, aun desplegando toda su batería de argumentos. El freno ideológico de la tradición europea y, en nuestro país de una filosofía correccional prudente, tan nuestra (con la excepción de Gran Bretaña, y quizás algo de Francia y Bélgica) (16), muy superior a los criterios de eficacia económica de los países y entornos que postulan la privatización, y los restos del Estado del bienestar aún reivindicados por una legislación de plena vigencia, levantan un muro casi insalvable. El intento expositivo-formal de la doctrina privatizadora, de permeabilizar al Estado con su concepto político económico privatizador, por medio de la contratación de determinados servicios

(15) Así lo han entendido numerosos autores. *Vid.*, por todos, la visión global de BEYENS, K./SNACKEN, S., *Prison Privatization: An International...*, ob. cit., p. 259; del mismo modo, más recientemente, Moyle ha señalado el peligro que representa el ánimo de lucro como motor de estas corporaciones y la influencia de tal motivación en las condiciones de internamiento. Así, *vid.* MOYLE, P., *Separating the Allocation...*, ob. cit., pp. 84, 86 y 92.

(16) *Vid.*, al respecto, BEYENS, K./SNACKEN, S., *Prison Privatization: An International...*, ob. cit., p. 247-249; SANZ DELGADO, E., *Las prisiones privadas...*, ob. cit., pp. 177 ss.

fundamentales en la prisión persiguiría, en todo caso, el objetivo final, reconocido en otros ordenamientos, de la cesión competencial total. No obstante, ésta no parece precisa en España para la efectividad de determinadas actuaciones estatales; ha bastado con hacer uso certero de la proporción justa y necesaria de la oferta privatizadora, es decir, contratar determinados servicios no fundamentales. La articulación de organismos de relevancia como el denominado Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, de autonomía casi privada; la potenciación de los modos más independientes de Unidades penitenciarias (las llamadas Unidades dependientes y los Centros de Inserción social) en el entorno ciudadano, así como la intervención de actividades voluntarias de carácter privado y no lucrativo como las ONGs y de voluntariado, con una valiosa proyección en el proceso de normalización, que debiera ampararse y fomentarse, servirán de igual modo a estos efectos. Por todo ello, la importación de otros sistemas, tan distantes de nuestro penitenciarismo, no parece necesaria, y sí la permanencia de filtros protectores de posibles desviaciones, en preceptos que reflejan tal preocupación en la exigencia de la inexistencia de ánimo de lucro en las intervenciones o colaboraciones privadas.

Estudio de una regulación anunciada: el delito de maltrato habitual

MARÍA JOSÉ BENÍTEZ JIMÉNEZ

Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. Introducción.–II. Antecedentes legislativos y sociales del delito de malos tratos.–III. la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.–IV. El delito de maltrato habitual: 1. El bien jurídico protegido. 2. Tipo objetivo. 2.A. Acción típica. 2.B. Habitualidad. 2.C. Sujetos. 3. Tipo subjetivo. El dolo. 4. Causas de justificación de la víctima. 5. Concurso de delitos. 6. Medidas y penas en los supuestos de agresiones domésticas: 6.A. Medidas cautelares. 6.B. Penas principales. 6.B.1. En el delito de malos tratos. 6.B.2. En las faltas de malos tratos. 6.C. Penas accesorias. 6.D. Responsabilidad civil y costas procesales. V. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia el maltrato familiar ha estado ligado a la sociedad y ha sido la evolución de ésta la que ha permitido rechazarlo colectivamente, pues los malos tratos en el hogar no siempre han tenido la trascendencia de la que gozan en la actualidad, ya que hasta 1989 estas conductas no fueron consideradas delito por el texto punitivo de 1973. Hasta entonces la violencia doméstica permaneció camuflada entre las faltas, siendo sometido su tratamiento a modificaciones que no resolvieron el problema de una forma efectiva y contundente.

La inclusión del maltrato habitual dentro del Título dedicado a las lesiones, fue y es aún objeto de críticas, porque lo que se protege con este tipo es un bien jurídico diferente al protegido en las lesiones, lo que ha provocado que parte de la doctrina lo denomine «tipo extravagante», opción a la que me adhiero, sobre todo si se observan detenidamente las peculiaridades del delito y se concluye que las agresiones a miembros del hogar se producen sin perseguir fin alguno, sino más bien como comportamiento reactivo dirigido a la afirmación del propio poder o la compensación de la propia impotencia (1). Las conductas transgresoras, con carácter general, se basan en la obtención de un beneficio material o en la realización de un móvil explicable, pero la violencia doméstica viene a contradecir estas afirmaciones, pues su esencia consiste en agredir a sujetos que por sentido común se deberían defender.

El Código Penal de 1995 no modificó de manera notoria el artículo relativo al maltrato habitual intrafamiliar, más bien coadyuvó a que la jurisprudencia mantuviera posturas desfasadas y poco nítidas como consecuencia de la dificultad interpretativa del término «habitualidad». Éste y otros problemas, como la exclusión de la violencia psíquica del ámbito de la acción típica, han sido solucionados por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta Ley puede considerarse un hito en la regulación de los malos tratos habituales en el hogar.

Por ello se analiza el movimiento prelegislativo que dio lugar a la Reforma de 1999 en lo que a violencia en el hogar se refiere. La presión de la opinión pública y la masiva información facilitada por los medios de comunicación a partir de diciembre de 1997 no fueron el motor de este movimiento, que ya había comenzado unos meses antes, y que, en mi opinión, fomentó la importancia político-social otorgada al fenómeno de los malos tratos. Sin embargo, no cabe duda de que la reacción social fortaleció a su vez el proceso de cambio y aceleró el pulso del legislador para consolidar una nueva perspectiva en el tratamiento de la violencia doméstica.

El «nuevo» artículo 153 es sometido a examen en este estudio, pues desmenuzando su contenido se posibilita tanto el análisis objetivo del precepto como el acceso a valoraciones interpretativas personales. Las modificaciones introducidas, fundamentalmente, se refieren

(1) Vid. COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A., en RODRÍGUEZ RAMOS, L./ COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A./ SÁNCHEZ TOMÁS, J. M.: *Derecho penal, Parte Especial I*, Madrid, 1996, pp. 89.

a la acción típica, a la habitualidad y a los sujetos. No obstante, la articulación de las medidas legislativas incluidas en el I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica dirigidas a materializar la Reforma, no se concretan sólo al texto punitivo sino que además modifican aspectos procesales que habrá que tener en cuenta, sobre todo, a la hora de establecer las medidas cautelares aplicables a los supuestos de malos tratos en el hogar. En definitiva, la Reforma de 1999 ha venido a dar respuesta a una demanda social y doctrinal que consideraba obsoleta y técnicamente mal construida la plataforma penal-procesal encargada de proteger a las víctimas de agresiones domésticas.

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y SOCIALES DEL DELITO DE MALOS TRATOS

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el 20 de diciembre de 1993 la Declaración sobre la Eliminación de la violencia contra las Mujeres, en la que se expresaba una rotunda condena de las agresiones, sean físicas, sexuales o psicológicas, que sufre la población femenina, tanto en el ámbito de la familia como en el de la comunidad.

El Parlamento Europeo, en 1997, adoptó la resolución A4-0250/97, en la que de forma exhaustiva pedía a todos los Estados miembros la aprobación de medidas eficaces con las que poder erradicar la violencia doméstica (2). En 1998 se celebró el 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 5 señala que nadie será sometido a torturas ni a penas o a tratos degradantes. El año 1999 fue declarado año Europeo de la Violencia contra la Mujer.

Estas manifestaciones internacionales en contra de las agresiones en el hogar, determinaron, desde mi punto de vista, que en España se

(2) Esta resolución, de 16 de septiembre, trata de inaugurar una campaña europea sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres, sobre una especie de principio fundacional que se redacta como sigue: «Considerando que, sobre la base de los artículos 1, 3 y 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cualquier forma de violencia contra las mujeres que pueda suponer una amenaza para su vida, libertad o seguridad personal o que constituya una tortura o trato cruel, inhumano o degradante está en desacuerdo con la Declaración Universal y que, en consecuencia, los Estados miembros que no apliquen una política adecuada que prevenga y persiga la violencia contra las mujeres están incumpliendo sus obligaciones internacionales con arreglo a esta Declaración».

agilizara el proceso de cambio en esta materia, que ya había comenzado en nuestro país en 1989 a través del informe de 12 de mayo, emitido por las Cortes Generales en la Comisión de Relaciones con el Defensor del Pueblo y los Derechos Humanos (3), y cuyas recomendaciones todavía no habían sido puestas en práctica o lo habían sido de forma deficiente.

Las fechas más importantes del anunciado cambio serían:

El 7 de marzo de 1997 se aprobaron por el Consejo de Ministros, una serie de medidas que forman parte del Tercer Plan para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, para prevenir y eliminar la violencia contra la mujer. El 11 de noviembre de ese mismo año se aprobó por unanimidad una proposición no de ley del Grupo Parlamentario Popular relativa a la prevención y erradicación de la violencia intrafamiliar hacia las mujeres, a la que se incorporaron dos apartados fruto de una transaccional con los grupos Socialista y Federal de Izquierda Unida. El 26 de noviembre, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo de 16 de septiembre de 1997, e impulsada por el Defensor del Pueblo, se celebró una conferencia sectorial del Código Penal sobre la violencia contra las mujeres, a la que asistieron representantes de los Ministerios de Justicia, Interior, Sanidad, y Educación y Cultura. En dicha conferencia se presentó un amplio informe y se tomó el acuerdo de elaborar un Plan de Acción a tres años, con objetivos y medidas específicas. El 18 de diciembre el Grupo Popular presentó una proposición no de ley en el seno de la Comisión Mixta de los Derechos de la Mujer para acabar con las agresiones familiares.

El 16 de enero de 1998, en línea con el Plan de Acción, el Gobierno aprobó en el Consejo de Ministros diez medidas urgentes encargadas de promover la creación de más casas de acogida y centros de orientación y consulta, así como de servicios de atención a la mujer en comisarías de policía; además, se pretendía la instauración de juicios rápidos y la colaboración con los Colegios de abogados para crear turnos de oficio específicos para los casos de violencia en el ámbito familiar. Además se envió a los fiscales un recordatorio de la instrucción de la Fiscalía, que ya existía desde 1988, sobre persecución de malos tratos ocasionados a personas desamparadas. El 18 de febrero se debatió una interpelación urgente de Izquierda Unida acerca de la política a llevar a cabo para erradicar la violencia de la que son víctimas las

(3) *Vid. Boletín de las Cortes Generales - Senado*, serie I, núm. 313, de 12 de mayo de 1989.

mujeres. El 24 de febrero se presentó una moción como consecuencia de la anterior interpelación, y se aprobó la enmienda presentada por los Grupos Popular y Catalán, por la que se instaba al Gobierno, en primer lugar, a continuar desarrollando las propuestas efectuadas en la conferencia sectorial extraordinaria dedicada a la violencia contra las mujeres, que se celebró el 26 de noviembre de 1997, y, en segundo lugar, a aplicar las diez medidas contra los malos tratos a mujeres aprobadas por el Consejo de Ministros el 16 de enero.

El 3 de marzo de 1998 se presentó un avance del informe monográfico acerca de los malos tratos, las agresiones y las lesiones que sufren las mujeres dentro del ámbito doméstico. De este modo se daba respuesta a lo solicitado en la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo celebrada el 16 de septiembre de 1997, donde se instó a esta institución a que elaborara un estudio sobre el problema mencionado (4).

La justificación para iniciar esta investigación con carácter general, vino determinada en función de las competencias que la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, 3/1981, de 6 de abril y el artículo 54 de la Constitución asignan al Defensor del Pueblo. Una institución cuyo fin primordial consiste en la defensa de los derechos comprendidos en el Título I del texto constitucional, no podía permanecer impasible ante situaciones reiteradas en las que se pone en peligro la integridad de un grupo de personas y que, en muchos casos, conllevan la pérdida de la vida (5).

En la elaboración del I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, aprobado el 30 de abril de 1998, quedaron involucrados cinco Ministerios: Justicia, Interior, Educación y Cultura, Trabajo y Asuntos Sociales y Sanidad. El objetivo era, a través de un paquete de medidas educativas, penales y sociales, ayudar a resolver el problema de la violencia doméstica (6).

Dicho Plan se articuló en torno a seis grandes apartados (7):

1. Sensibilización y prevención: Con las medidas propuestas, se pretende que la sociedad tome conciencia de la gravedad del problema

(4) Vid. más ampliamente *Diario de Sesiones de las Cortes Generales, Comisiones Mixtas*, VI Legislatura, núm. 88, de 3 de marzo de 1998, p. 1795 ss.

(5) Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO: *Informes, estudios y documentos. La violencia doméstica contra las mujeres*, Madrid, 1998, p. 11.

(6) Vid. Crónica Parlamentaria: «Cinco Ministerios trabajan en la elaboración de un plan específico contra la violencia doméstica», en *La Ley*, 1998, (2), p. 2028.

(7) Vid. *Plan de Acción contra la Violencia Doméstica* de 30 de abril de 1998, pp. 3 y ss. Este Plan fue elaborado a tres años, habiendo sido aprobado el *II Plan de Acción contra la Violencia Doméstica* en mayo de 2001.

y que en los centros escolares, así como en los medios de comunicación, se transmita el valor de la no violencia, como método para prevenirla.

2. **Educación y formación:** Se pretende influir en los contenidos curriculares, con el fin de impartir una enseñanza en la que primen los valores de la tolerancia, el respeto, la paz y la igualdad. Por otra parte, se incluyen actuaciones para mejorar la formación de diversos grupos de profesionales en el tratamiento de los problemas derivados de los malos tratos.

3. **Recursos sociales:** Las actuaciones incluidas en el Plan, en este apartado, van dirigidas a crear una infraestructura suficiente para dar cobertura a las necesidades que puedan tener las víctimas.

4. **Sanidad:** En este apartado, se propone adoptar y difundir un protocolo sanitario, así como potenciar la sensibilización de los profesionales de la salud.

5. **Investigación:** Se pretende mejorar el conocimiento que se tiene sobre los actos de violencia doméstica.

6. **Legislación y práctica jurídica:** En este apartado se hace distinción entre las medidas legislativas, por una parte, y las medidas judiciales, por otra.

Medidas legislativas: Se contemplan propuestas de modificación de algunos artículos del Código Penal y de las leyes procedimentales.

a) Incluir en el artículo 153 del Código Penal, el castigo de la violencia habitual psíquica o plantearse otra ubicación sistemática a la vista del bien jurídico protegido.

b) Modificación del artículo 57 del Código Penal para incluir como pena accesoria la prohibición de aproximación a la víctima.

c) Reformar en el artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la previsión de que «sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o sus representantes legales las faltas consistentes en malos tratos inferidos por los maridos a sus mujeres» y la excepción a la persecución de la falta del artículo 620 del Código Penal previa denuncia cuando tenga lugar contra los miembros de la familia. Asimismo, deberá suprimirse la referencia que en aquel artículo se realiza a la desobediencia de las mujeres hacia el otro cónyuge.

d) Incluir expresamente como primera diligencia, entre las medidas cautelares, el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima como medida de protección.

e) Adecuar las penas en el caso de las faltas para que tanto las multas como los arrestos de fines de semana no redunden en perjuicio de la propia víctima afectando su economía.

Medidas Judiciales: Son medidas dirigidas a agilizar y mejorar los procedimientos judiciales; desarrollar programas de formación continua de fiscales especializados en el tema; solicitar del Ministerio Fiscal una posición más decidida en la búsqueda de pruebas y en el seguimiento de la ejecución de las sentencias; establecer un programa informático para que, en los juzgados y tribunales, se puedan obtener datos sobre antecedentes de otras denuncias; elaborar un protocolo (8) de colaboración y coordinación en las distintas instancias implicadas (sanitarias, policiales, judiciales y asistenciales); instar a la Fiscalía General del Estado a que, en su memoria anual, incluya un apartado específico sobre la violencia contra las mujeres; incrementar las plantillas de médicos y médicas forenses y mejorar la asistencia jurídica de las víctimas de malos tratos.

Respecto a las medidas legislativas, el 19 de junio de 1998, el Consejo General del Poder Judicial propuso una serie de actuaciones en su «Informe sobre modificaciones legislativas necesarias para evitar la existencia de malos tratos en el ámbito familiar». El 28 de septiembre de 1998 tuvo entrada en el Registro General del Consejo General del Poder Judicial el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (9). En sesión de 16 de octubre, la Comisión aprobó el informe correspondiente y acordó su elevación al Pleno para su aprobación definitiva (10). El 13 de noviembre, el Proyecto de Ley Orgánica fue aprobado por el Consejo de Ministros.

Con relación a las medidas judiciales, el 24 de octubre, se publicó la Circular 1/1998, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar. Esta circular, en su apartado VI D trata los aspectos organizativos en las Fiscalías (11).

(8) Así, en Castilla-La Mancha, el 20 de abril de 1999, se firmó el *Protocolo de Actuación para la persecución de infracciones penales de malos tratos en el ámbito familiar*.

(9) El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos y de dos artículos. Se hace acompañar a su vez de una Memoria Económica y de una Memoria Justificativa, a la que se adjunta copia del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril por el que se aprueba el I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica.

(10) *Vid. Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, pp. 1 y 2.

(11) *Vid.*, más ampliamente, «Circular 1/1998, de 24 de octubre, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar», en *Circulares y Consultas de la Fiscalía General del Estado*

Como consecuencia de avatares parlamentarios, hasta el 9 de junio de 1999 la Ley Orgánica 14/1999, modificadora del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no vio la luz. El I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica fue el punto de inicio de los cambios legislativos en esta materia, y antes de éste lo fueron las peticiones de los partidos políticos que presionaron para que el Defensor del Pueblo otorgara a las relaciones violentas dentro del hogar una consideración de primera clase.

El «boom» de la violencia doméstica, transmitido por los medios de comunicación, fue *a posteriori*, pues a finales de 1997, con la muerte de Ana Orantes (12), se desencadenó una serie de noticias sobre agresiones a mujeres por sus cónyuges (13), pero esta manifestación era la consecuencia, y no la causa, de que diversos aspectos en la regulación legislativa e institucional de los malos tratos familiares habían comenzado a modificarse. Sin duda el peso de la opinión pública coadyuvó a que se produjera la sensibilización social necesaria para que se pudiera captar la importancia de la materia objeto de estudio, pudiéndose conocer todos los días supuestos que hacían patente una realidad nada prometedoras en lo que a relaciones familiares se refiere, necesitada de un tratamiento jurídico y asistencial distinto del que hasta ese momento existía.

III. LA LEY ORGÁNICA 14/1999, DE 9 DE JUNIO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995, EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE MALOS TRATOS, Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

La articulación de las medidas legislativas incluidas en el I Plan de Acción contra la violencia doméstica, y encaminadas a la modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se concreta, en lo que se refiere al primer texto, en la modificación de los

(*Boletín de Información*), suplemento al núm. 1814, de 15 de marzo de 1999, pp. 18 ss.; *Vid.* también la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1998, pp. 305 ss.; la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 1999, pp. 307 y 308; y la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid, 2000, pp. 306 ss.

(12) *Vid. El País*, 19 de diciembre de 1997.

(13) La campaña de maltrato familiar focalizó su objetivo en la figura de la mujer, ensombreciendo a otros miembros del hogar igualmente vulnerables. Hay que indicar que actualmente este hecho ha perdido vigencia, pues los menores y los ancianos también han pasado a primera plana como posibles víctimas de maltrato en la familia.

artículos 33, 39, 48, 57, 153, 617 y 620, y en lo que respecta al segundo, en la modificación de los artículos 13, 14, 103, 104, 109, 448 y 544 bis.

De este modo, en el ámbito penal, se modifica el tipo delictivo de malos tratos habituales y también las penas accesorias aplicables a quienes agredan habitualmente a miembros de su hogar. Las modificaciones realizadas en el ámbito procesal serán analizadas con menor detenimiento en este estudio, si bien, han de ser tenidas en cuenta por su interrelación con aspectos penales y por su importancia en la regulación y tratamiento de la violencia doméstica.

IV. EL DELITO DE MALTRATO HABITUAL

El artículo 153 del Código Penal, tras la modificación sufrida por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, establece:

«El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

Las modificaciones introducidas, fundamentalmente, se refieren a la acción típica, a la habitualidad y a los sujetos. Con relación a la acción típica hay que indicar que se incluyen las violencias psíquicas como conductas punibles. Respecto al elemento objetivo de la habitualidad, lo novedoso es la definición del término, recogida en el último párrafo del precepto. Con la Reforma del Código Penal, en el círculo de sujetos pasivos quedan comprendidos los ex-cónyuges y ex-convivientes.

1. El bien jurídico protegido

La determinación del bien jurídico en el delito de violencia habitual en el hogar no es tarea sencilla. A pesar de su constante inclusión en el Título III del Libro II del Código Penal bajo la rúbrica «De las lesiones», plantea dudas lo acertado o no de esta decisión del legislador, pues la consumación del delito es concebible sin resultado lesivo alguno y la concurrencia de lesiones obliga a aplicar el correspondiente concurso de delitos (14). La polémica llovida sobre la materia se ha visto reavivada como consecuencia de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que modifica el Código Penal, incluyendo la violencias psíquicas dentro de las conductas penadas en el artículo 153.

El legislador de 1999 ya no puede escudarse en la precipitación de la configuración del delito ni en la carencia de otras opciones clasificatorias como ocurriera en 1989, ni inclinarse por la dejadez y falta de claridad que caracterizó, con relación a estos comportamientos, al legislador de 1995, pues a todas luces la correcta ubicación del precepto está en tela de juicio y la concreta delimitación del bien jurídico en tierra de nadie.

La interconexión del delito objeto de análisis con otras figuras delictivas es patente. En el Código Penal existen una pluralidad de tipos delictivos o de falta que pueden ser reconducidos al concepto superior de malos tratos, pero que abarcan sólo espacios sectoriales, fragmentarios de los malos tratos (15).

Con anterioridad a la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, existían diversas opiniones respecto al bien jurídico concreto que se protegía a través del delito de malos tratos, pero con posterioridad a ésta y como consecuencia de la inclusión de la violencia psíquica como acción penada por el artículo 153, se han tambaleado las argumentaciones existentes acerca del bien jurídico protegido en este precepto. Su delimitación es una pieza clave para la determinación penal, pues no pueden pasar a formar parte del texto punitivo comportamientos que no lesionen bienes jurídicos concretos.

Gran parte de la doctrina considera que, al igual que en las lesiones, la salud es el bien jurídico protegido por el delito de violencias

(14) *Vid.*, entre otros, CARBONELL MATEU, J. C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.) *Comentarios al Código Penal de 1995, V. I*, Valencia, 1996, p. 801 y CUENCA GARCÍA, M. J., «La violencia habitual en el ámbito familiar», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1998, pp. 632 ss.

(15) *Cfr.* GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios al Código Penal Parte Especial I*, Valencia, 1997, p. 417.

habituales en el hogar (16). Otros autores se decantan por atribuir al bien jurídico protegido en el delito de agresiones intrafamiliares un carácter mixto (17). Para este sector doctrinal sería objeto de tutela tanto la salud como la pacífica convivencia en el seno del grupo familiar (18).

Acale Sánchez postula la idea de que el único objeto de protección del modificado artículo 153 son las relaciones familiares (19). Me parece novedosa la interpretación de esta autora, pues establece que lo que se protege en las faltas de los artículos 617.2.2.º y 620.2.º del Código Penal es la faceta individual del bien jurídico y en el delito de malos tratos su faceta colectiva (20).

(16) Entre otros CARRACEDO BULLIDO, R., en CERRILLOS VALLEDOR (Coord.) *Familia y Violencia: enfoque jurídico*, Madrid, 1999, p. 107; GARCÍA ÁLVAREZ, P./ DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, p. 27; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 12.ª Ed., Valencia, 1999, p. 121; GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 423; LANDECHO VELASCO, C./ MOLINA BLÁZQUEZ, C., *Derecho Penal, Parte Especial*, 2.ª Ed., Madrid, 1996, pp. 80 y 81; CUADRADO RUIZ, M. A./ REQUEJO, C., «El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal», en *La Ley*, 2000 (4), pp. 1561 y 1562; y MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma», en QUINTERO OLIVARES, G./ MORALES PRATS, F. (Coords.) *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, p. 1525.

(17) Entre ellos, Vid. MAGRO SERVET, V., «El Congreso rechaza las enmiendas del Senado a la Reforma de malos tratos y reinicia la tramitación del Proyecto de Ley inicial», en *La Ley*, 1999 (3), p. 2026; CUENCA SÁNCHEZ, J. C., «El nuevo artículo 425 del Código Penal. Dificultades de aplicación», en *La Ley*, 1991 (4), p. 1185; RUIZ VADILLO, E., en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.), *Código Penal (Doctrina y Jurisprudencia)*, Tomo II, Madrid, 1997, p. 1924; y GANZENMÜLLER ROIG, C./ ESCUDERO MORATALLA, J. F./ FRIGOLA VALLINA, J., «La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica», en *Actualidad Penal*, núm. 16, 1999, p. 358.

(18) Cfr. RUIZ VADILLO, E., «Las violencias físicas en el hogar», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 326, 1998, p. 2, quien señala: «la intimidad familiar se transforma patológicamente, a veces, en una especie de santuario exento de todo control por el respeto reverencial que el hogar familiar merece (...) pero en ocasiones se pasa la barrera de lo inadmisibles».

(19) Vid. ACALE SÁNCHEZ, M., «El bien jurídico protegido en el delito de malos tratos en el ámbito familiar», en LÓPEZ ARMINIO, M. J. (Coord.) *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer. V Seminario de estudios jurídicos y criminológicos*, Jerez de la Frontera, 1999, p. 84. En contra, TUBAU MARTÍNEZ, O., «Derechos y deberes familiares. El delito de abandono de familia», en LATORRE LATORRE, V. (Coord.) *Mujer y Derecho Penal*, Valencia, 1995, p. 115 y TAMARIT SUMALLA, J. M., «La protección del menor en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, pp. 494 y 495.

(20) Vid. ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000, pp. 134 y 135.

Otro sector doctrinal defiende que estamos ante un delito pluriofensivo. Así, Carbonell Mateu y González Cussac sugieren que el bien jurídico protegido por el tipo que se analiza podría ser la dignidad de la persona humana en el seno de la familia, mencionando también el honor, e incluso la salud (21); Pérez Alonso, advierte que lo que se protege en la falta de malos tratos no es otra cosa que la dignidad, pero en la medida en que ésta es presupuesto de ejercicio de la libertad (22); Cervelló Donderis, considera que los bienes jurídicos prevalentes son la integridad corporal y la dignidad (23); González Rus, para quien la dignidad, la seguridad, el equilibrio físico y psíquico, y el bienestar de los miembros del hogar, son los bienes jurídicos objetos de protección (24); y también se puede incluir en esta corriente doctrinal a Berdugo, al plantear que los malos tratos afectan al bienestar y al honor (25).

La tesis del delito pluriofensivo es desaprobada por la doctrina general relativa a esta categoría de delitos, pues, como subraya acertadamente Gracia Martín, lo injusto específico de los mismos sólo queda constituido si en el caso se produce una afección o peligro de afección simultánea o cumulativa de todos y cada uno de los bienes jurídicos implicados (26).

Otra línea de investigación se pronuncia a favor de considerar la dignidad como bien jurídico protegido en el delito de malos tratos. Esta postura es la mantenida por López Garrido y García Arán, que argumentan que las agresiones en el hogar representan supuestos de abuso de superioridad proporcionada por la relación familiar y la convivencia, lo que permite entenderlas como lesivas de la dignidad humana (27).

(21) Vid. CARBONELL MATEU, J. C./ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.) *Comentarios al Código Penal...*, ob. cit., p. 801; los mismos autores, en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.) *Derecho Penal, Parte Especial*, 1999, Valencia, p. 140.

(22) Vid. PÉREZ ALONSO, E. J., «El delito de lesiones. Notas críticas sobre su reforma», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, pp. 627 ss.

(23) Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V., «El delito de malos tratos; su delimitación con el derecho de corrección», en *Poder Judicial*, núm. 33, 1994, p. 53.

(24) Vid. GONZÁLEZ RUS, J. J., «Las lesiones», en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) *Curso de Derecho Penal Español, Parte Especial I*, Madrid, 1996, p. 169. Vid. en el mismo sentido, el segundo fundamento de Derecho de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3.ª), de 7 de septiembre de 1998.

(25) Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. 27; el mismo autor en BERDUGO GÓMEZ DE TORRE, I./ GARCÍA ARÁN, M., en MUÑOZ CONDE, F. (Dir.) *La Reforma penal de 1989*, Madrid, 1989, p. 78.

(26) Vid. GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO, COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 422.

(27) Cfr. LÓPEZ GARRIDO, D./ GARCÍA ARÁN, M.: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid, 1996, p. 95.

Si bien entiendo, con Gracia Martín, que esta tesis debe ser matizada por el carácter totalizador del que goza la dignidad humana, pues se encuentra en la base de todos los bienes jurídicos individuales (art. 10 CE) (28), estimo correcta la posición de Tamarit Sumalla, que afronta la idea de que el bien jurídico protegido en el delito de malos tratos habituales es la integridad moral o derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15 CE) como manifestación del principio de dignidad humana, sin perjuicio de su vinculación al espacio común de los delitos contra la incolumidad corporal (29).

Cuenca García también respalda el postulado anterior, afirmando que: «Siendo la dignidad humana el valor al que se remiten en último término muchos bienes jurídicos individuales de naturaleza personalísima como, incluso la integridad física, no debe ignorarse que ésta recibe tutela constitucional junto a la “integridad moral” que ha sido incorporada como bien jurídico específicamente protegido por el Código Penal de 1995» (30).

De este modo, considero que la inclusión de la violencia psíquica en el tipo, por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, ha supuesto un cambio sustancial respecto a las violencias habituales en el hogar (31),

(28) Vid. GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 419. En el mismo sentido, DEL ROSAL BLASCO, B., «Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar», en LATORRE LATORRE, V. (Coord.) *Mujer y...*, ob. cit., p. 164; MUÑAGORRI LAGUÍA, I., «Las violencias en el ámbito familiar», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 4, 1994, p. 633; y MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia...», ob. cit., p. 1528.

(29) Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M. en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), VALLE MUÑOZ, J. M. (Coord.) *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996, p. 745. En el mismo sentido, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de Derecho comparado*, Granada, 2001, pp. 186 ss., quien afirma que el delito de violencia familiar pretende castigar el trato degradante infligido al familiar.

(30) Cfr. CUENCA GARCÍA, M. J., «La violencia habitual en el ámbito...», ob. cit., p. 636. La tesis mantenida por Barquín Sanz sobre la tendencia a confundir los conceptos «derecho fundamental» (derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes) con «bien jurídico» a la hora de establecer el objeto de protección en los delitos de tortura y maltrato, queda derrocada, pues con la inclusión en el CP de 1995 de la integridad moral como bien jurídico protegido en el artículo 173, queda delimitada la línea de separación entre ambos conceptos. Vid. BARQUÍN SANZ, J., *Los delitos de tortura y tratos inhumanos o degradantes*, Madrid, 1992, pp. 222 y 223.

(31) En contra MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal, Parte Especial...*, ob. cit., p. 122, quien afirma: «...la reforma no plantea ningún problema especial en el plano teórico...».

tanto es así que, en mi opinión, se ha puesto de manifiesto la verdadera esencia del tipo. La ubicación del precepto es inidónea, ya que si el bien jurídico protegido es la integridad moral y en el Título VII del Libro II se regulan las torturas y otros delitos contra la integridad moral, es lógico proponer su inclusión en este Título, quedando fuera del Título III del Libro II referente a lesiones.

Las características del delito, tomando como referencia no sólo el Derecho Penal sino también la Criminología, aproximan la violencia habitual en el hogar a la tortura, pues la relación que se produce entre los sujetos del núcleo familiar no es otra que la de poder, generándose relaciones fácticas de subordinación que se materializan en las agresiones. El Título VII del Libro II del Código Penal, bajo la rúbrica «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral», regula, desde 1995 no sólo abusos de poder por parte de los funcionarios (32) sino también por particulares, como pone de manifiesto el artículo 173 (33), abriéndose así la puerta a una correcta ubicación de los malos tratos habituales en el ámbito doméstico.

En consonancia con lo mantenido, me gustaría apuntar una reflexión respecto al bien jurídico protegido postulado en este estudio y su compatibilidad con el hecho de que la acción típica pueda producirse aunque las violencias vayan dirigidas a diversos miembros del hogar. Para algunos autores (34) el carácter del bien jurídico protegido en el delito de maltrato doméstico es colectivo, pues el hecho de que los sujetos sean intercambiables le hace perder su faceta personal. Desde mi punto de vista, el bien jurídico protegido es individual, porque aunque las agresiones se inflijan hacia diversos miembros de la familia, lo que se produce es el menoscabo de la integridad moral de cada uno de ellos.

(32) El antiguo artículo 204 bis del Código Penal de 1973, en su redacción dada por la Ley 31/1978 de 17 de julio, preveía las conductas abusivas por parte de la autoridad o funcionario público. En su párrafo segundo se remitía a la falta de maltrato, amenazas, coacciones, injurias y vejaciones, señalando: «Si (...) ejecutaren algunos de los actos penados en el artículo 582.2.º el hecho se reputará delito (...). Cuando los actos ejecutados sean algunos de los previstos en el artículo 585, el hecho se reputará igualmente delito...». En la actualidad esta materia se regula en los artículos 174 y siguientes.

(33) «El que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

(34) Entre ellos, *Vid.* ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito...*, ob. cit., p. 135 ss., para quien en el delito de maltrato habitual se protege la faceta colectiva del bien jurídico «relaciones familiares».

2. Tipo objetivo

2.A. ACCIÓN TÍPICA

A través de la Reforma de 1999 se han modificado dos aspectos esenciales respecto a la conducta típica del artículo 153 del Código Penal. El primero hace referencia a la inclusión de la violencia psíquica como acción penada por la ley y el segundo a la definición de habitualidad contenida en el último párrafo del precepto (35).

La acción típica del delito es ejercer violencia física o psíquica de modo habitual sobre alguna o algunas de las personas contenidas en el tipo. El verbo que describe la conducta, según la Real Academia Española de la Lengua, tiene dos acepciones:

1. Practicar los actos propios de un oficio o facultad.
2. Realizar sobre alguien o algo una acción, influjo.

El ejercicio profesional nada tiene que ver con el ejercicio de violencias sobre miembros del núcleo familiar. Respecto a tener «facultades sobre algo», hay que señalar que entre las causas que eximen de responsabilidad criminal se encuentra «el obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo» (artículo 19.7.º del Código Penal), que enlaza con el derecho de corrección paterna. Es probable que la elección del verbo ejercer (habitualmente) para describir la acción típica del delito de maltrato intrafamiliar, se debiera, en un principio, a su conexión con la idea de extralimitarse en las agresiones sobre sujetos sometidos a la patria potestad. Parece que el precepto prohíbe actos que antes estaban socialmente legitimados.

La segunda acepción del término casa mejor con el significado «objetivo» del artículo 153 relativo a violencias habituales, pero no por ello me parece apto para definir la conducta típica. «Ejercer... sobre» deja translucir connotaciones potestativas, esto es, conlleva una presunción de dominio por el sujeto que realiza la acción. Ésta es una característica de las relaciones asimétricas de poder, y todavía más de las que lo son de carácter permanente, como es el caso de las que se producen en la familia.

Así pues, el verbo que define la acción del delito de violencia en el hogar es inapropiado a todas luces y está sesgado por su carga histórica. Nada se dijo al respecto en el debate parlamentario de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de modificación del Código Penal,

(35) Vid. *infra* IV.2.B.

introdutora del delito de malos tratos habituales en el hogar. No es comprensible que el legislador en 1995 y en 1999 haya dejado intacto el término y no lo haya sustituido por «hacer uso», «emplear», «utilizar», o «someter», en definitiva por verbos más acordes con la descripción de la acción típica.

El delito de maltrato habitual puede producirse a través de agresiones físicas o psíquicas. Nada específica el precepto respecto a la gravedad objetiva del comportamiento, pero como la consumación del delito es concebible sin resultado lesivo alguno cabe entender que las agresiones leves también podrán conformar la habitualidad. De acuerdo con la teoría más generalizada, si pueden existir malos tratos psíquicos independientes de cualquier lesión física, en el caso de los malos tratos físicos éstos llevan inherente un maltrato psíquico. En consecuencia sería más objetivo hablar de malos tratos psicofísicos y psíquicos.

A) *Malos tratos psicofísicos: En esta clase de malos tratos se incluyen las agresiones fruto del ejercicio de violencia corporal y de violencia sexual*

1) Violencia corporal:

La violencia corporal relevante requiere en todo caso, y como mínimo, que se produzca algún impacto en el cuerpo del sujeto pasivo (36), identificándose, en principio, con la denominada *vis corporis corpori afflicta* o *vis atrox* y quedando incluida la *vis física compulsiva* que se caracteriza por el ejercicio de algún tipo de violencia física, pero con la amenaza de intensificarla (37).

Sin embargo, comparto con Gracia Martín el planteamiento de que el concepto de *vis corporis corpori afflicta*, no debe llevarse hasta sus últimas consecuencias, pues para calificar un acto como de violencia física no debe exigirse una aplicación directa de la fuerza corporal del

(36) *Vid.*, entre otros, CUELLO CONTRERAS, J., «El delito de violencia habitual en el seno de la familia y otras relaciones análogas de afectividad», en *Poder Judicial*, núm. 32, 1993, p. 12; DEL ROSAL BLASCO, B., «El tipo de violencias en el ámbito familiar o tutelar», en COBO DEL ROSAL (Dir.), BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.) *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XIV, vol. 1.º, Madrid, 1992, p. 372; el mismo autor en «Violencias y malos tratos...», *ob. cit.*, p. 161.

(37) *Vid.* al respecto, y en relación con el delito de coacciones, MIRA BENAVENT, J., «El concepto de violencia en el delito de coacciones», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 22, 1984, pp. 149 ss.; *Vid.* también HRUSCHKA, J., «La coacción en el sistema del Derecho penal», en *Actualidad Penal*, 2000 (1), p. 56, quien analiza la *vis absoluta*, *vis atrox* y la compara con la *vis compulsiva*.

autor, y por él mismo de propia mano, sobre el cuerpo del agredido (38). Así, la utilización de instrumentos por parte del agresor para ejercer la violencia física, queda incluida dentro de los actos típicos.

2) Violencia sexual:

Los malos tratos sexuales como tales no vienen regulados en el Código Penal, pero nada impide, en principio, castigar estas conductas conforme a lo preceptuado en los delitos contra la libertad sexual.

El artículo 178 del texto punitivo regula la agresiones sexuales, caracterizadas por atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación, y el artículo 179 castiga estos comportamientos cuando consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o exista introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías. Se recoge en este precepto el delito de violación, término desaparecido en el Código Penal de 1995 y recuperado por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal.

Tradicionalmente, dentro del ámbito social y de la concepción penal, una mujer no podía ser violada por su esposo, ya que la figura de la violación excluía, implícita o explícitamente, la realizada por tal sujeto (39). En la actualidad ya no existen dudas de que cualquier persona, con independencia de su estado civil en relación con el sujeto activo, puede ser sujeto pasivo de tal delito (40).

Sin embargo, cabe resolver unas cuestiones algo controvertidas: tras la Reforma de junio de 1999, ¿la violencia sexual concurre en el cómputo de la habitualidad?; y por otro lado, ¿puede integrarse el delito de violencia en el núcleo familiar exclusivamente por agresiones sexuales?

La respuesta a ambos interrogantes es negativa, y esta realidad me parece criticable. El artículo 153 del Código Penal nada especifica acerca del maltrato sexual, y por tanto, *a priori*, parece que su regulación queda remitida tácitamente al Título VIII del Libro II del Código Penal relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, quedando la habitualidad fuera del marco regulador de estas conductas (41).

(38) Cfr. GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 453.

(39) Cfr. más ampliamente, SAN MARTÍN LARRINOA, M. B., «La violación en el matrimonio», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997, p. 499.

(40) *Vid.*, en este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, parte Especial...*, ob. cit., p. 203.

(41) En este sentido, *Vid.* Sentencia de 8 de junio de 1995 de la Audiencia Provincial de Orense y STS de 3 de noviembre de 1999.

B) *Malos tratos psíquicos: En esta clase de malos tratos se incluyen las agresiones fruto del ejercicio de violencia psíquica y de abuso sexual*

1) **Violencia psíquica:**

La violencia psíquica es la «nueva adquisición» del precepto regulador de los malos tratos habituales en el núcleo familiar. Se puede entender por violencia psíquica aquella conducta que agrede la psiquis del sujeto pasivo, ya sea de forma directa o como consecuencia de una agresión anterior.

Respecto a la inclusión del concepto de violencia psíquica en el artículo 153 del Código Penal, me parece necesario matizar dos cuestiones:

1.^a La primera es de carácter formal. En mi opinión habría sido mejor incluir el término «psicológica» en vez de «psíquica», o los dos, porque el primero ofrece menos problemas de aplicación práctica. Si hablamos de violencia «psíquica», quienes estarán capacitados para la realización de peritajes, que posteriormente servirán como prueba en juicio, serán lo psiquiatras y no los psicólogos, cuando por todos es conocido que por regla general la mayoría de las víctimas de maltrato no adolecen de enfermedades mentales sino de secuelas psicológicas por la situación vivida, siendo más fácilmente «observables» por psicólogos que por psiquiatras.

2.^a La segunda pincelada aclarativa se refiere a aspectos de contenido. Desde mi punto de vista, la violencia psíquica contenida en el artículo 153 se diferencia sustancialmente de las agresiones que pueden lesionar la salud mental a las que se refiere el artículo 147 relativo a lesiones. Violencia psíquica y lesión psíquica son términos que hacen referencia a dos realidades distintas, ya que la primera puede existir por sí misma, sin necesidad de que exista previamente una violencia física ejercida. Así, un sujeto pasivo puede ser exclusivamente violentado psíquicamente, sin embargo en el delito de lesiones la letra de la ley parece dar a entender que el ataque a la salud mental se produce como consecuencia de la agresión a la integridad física (42).

En mi opinión, y siguiendo a Díez Ripollés, integridad y salud son dos caras de una misma moneda, pero no conforman un solo concep-

(42) En contra DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos de lesiones*, Valencia, 1997, p. 44, para quien «la ausencia de proyección corporal de la agresión, no empece, en modo alguno, la posible comisión de un delito de lesiones».

to (43), de este modo si el artículo 147 señala: «... una lesión que menoscabe su integridad corporal o salud física o mental...» no puede entenderse incluida la «integridad psíquica o mental» que sería lo más cercano a la integridad moral, pero aunque se previera expresamente por la ley, es evidente que la integridad moral engloba tanto la física como la psíquica.

La importancia de la inclusión de la violencia psíquica en el actual artículo 153 es decisiva, no sólo porque hasta este momento no podían considerarse delito de maltrato en el hogar las conductas habituales que consistieran en agredir psíquicamente a un miembro del núcleo familiar por no tener encaje en el mentado precepto penal, sino porque con la previsión se posibilita el hecho de que las violencias psíquicas y físicas conformen conjuntamente el requisito de la habitualidad.

La demanda doctrinal (44), política y social (45), provocó que la Ley 14/1999, de 9 de junio, accediera a la inclusión de la violencia psi-

(43) Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos de...*, ob. cit., p. 25. En contra de esta postura Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial...*, ob. cit., p. 107; GUALLART DE VIALA, A., *La nueva protección penal de la integridad corporal y la salud*, Madrid, 1992, pp. 37 y 38; y RUIZ VADILLO, E., «Algunas breves y provisionales consideraciones sobre la reforma del Código Penal llevada a cabo por Ley de 21 de junio de 1989», en *Actualidad Penal*, 1990 (1), p. 10.

(44) Vid., entre otros, CUELLO CONTRERAS, J., «El delito...», ob. cit., p. 32; DEL ROSAL BLASCO, B., «El tipo de violencias...», ob. cit., pág. 370; DE VEGA RUIZ, J. A., *Las agresiones familiares en la violencia doméstica*, Pamplona, 1999, p. 170; RUIZ VADILLO, E., «Algunas breves y...», ob. cit., p. 24; CUENCA SÁNCHEZ, J. C., «El nuevo artículo...», ob. cit., p. 1186 y TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Agresiones a la mujer desde la perspectiva jurídico-forense: aspectos jurídicos», en LÓPEZ ARMINIO, M. J. (Coord.) *Tratamiento penal...*, ob. cit., p. 115. En contra de esta postura, Vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., «La reforma penal en materia de protección de las víctimas de maltraments», en *La Llei de Catalunya*, núm. 262, 1999, p. 1, quien se muestra crítico con la inclusión de la violencia psíquica como conducta penada en el artículo 153; CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Valencia, 2000, p. 529, que considera peligrosa la incorporación del maltrato psíquico por las situaciones de gran amplitud punitiva que ello puede originar; CUADRADO RUIZ, M. A./ REQUEJO, C., «El delito...», ob. cit., p. 1562, quienes opinan que la idea del legislador de tipificar la violencia familiar de carácter psicológico en el artículo 153 es más que dudosa, pues ello desborda la necesidad real de protección que puede dispensar el Derecho penal; y CAMPOS CRISTÓBAL, R., «Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración crítica desde la perspectiva del bien jurídico», en *Revista Penal*, núm. 6, 2000, pp. 22 ss., para quien es objetable la equiparación de las violencias físicas y psíquicas porque supone castigar de igual manera conductas que, individualmente consideradas, merecen desigual reproche en atención a su gravedad.

(45) El Plan de Acción contra la Violencia Doméstica 1998-2000 planteó como medida legislativa «incluir en el artículo 153 del CP, el castigo de la violencia habitual psíquica».

quica como alternativa y acumulada a la física. Considero que esta meritada previsión facilita la aplicación del tipo y lo nutre de entidad y coherencia.

2) Abuso sexual:

En los artículos 181 y siguientes del Código Penal se regulan los abusos sexuales, conductas que excluyen de su tipicidad la violencia o la intimidación. Es ésta la razón por la que me ha parecido oportuno incluirlos dentro de los malos tratos psíquicos, pues si queda fuera de su ámbito la ejecución violenta o intimidatoria y el artículo 153 del texto punitivo exige el «ejercer violencia», los abusos sexuales sólo podrían tener encaje en el marco del delito de maltrato habitual a través de las secuelas psíquicas producidas como consecuencia del abuso.

Los abusos sexuales entendidos como malos tratos no vienen recogidos en el Código Penal, y la jurisprudencia no tiene en cuenta la habitualidad para calificar simultáneamente los diversos abusos como maltrato (46).

Retomando la conducta típica, con carácter general, del artículo regulador de agresiones en el hogar perpetradas con habitualidad, hay que señalar que es interesante cuestionar si nos encontramos ante un delito de resultado o de mera actividad. Para un sector de la doctrina (47) el delito de malos tratos habituales no exige resultado material, pues no requiere un menoscabo en la salud o integridad. Por el contrario, para otro sector doctrinal el tipo que se analiza no es de simple actividad en cuanto que no basta con el ejercicio de violencias, sino que se exige la producción de un efecto sobre el cuerpo humano (48).

En la práctica el tipo a analizar no se puede encuadrar claramente en los delitos de resultado o de actividad, aunque, en mi opinión, dogmáticamente es más acertada la clasificación dentro de los delitos de actividad por dos razones:

(46) En este sentido, *Vid.* Sentencias de 9 de marzo de 1998 de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 25 de febrero de 1999 de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 11 de octubre de 1999 del TS y de 10 de febrero de 2000 de la Audiencia Provincial de Madrid.

(47) En este sentido, *Vid.* CERVELLÓ DONDERIS, V., «El delito...», *ob. cit.*, pp. 56 y 57; TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Reforma de los delitos de lesiones*, Barcelona, 1990, p. 178; el mismo autor en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), VALLE MUÑIZ (Coord.) *Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 649; y ARROYO URIETA, G/ CAVA VALENCIANO, C., «La Reforma de las lesiones de 1989», en *La Ley*, 1992 (1), p. 959.

(48) *Vid.* CUELLO CONTRERAS, J., «El delito de violencia...», *ob. cit.*, p. 11 y ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito...*, *ob. cit.*, p. 96.

1. Porque el verbo «ejercer», definidor de la acción típica, tiene una connotación eminentemente activa (49), y aunque a mi juicio es inapropiado, quizás la intención del legislador fuera constituir un delito de actividad.

2. Porque la consumación del delito es concebible sin resultado lesivo alguno. En efecto, todo delito tiene un resultado, pero en los casos de mera actividad el resultado radica en la propia acción del autor, que se presenta como realización del tipo.

Si se parte de la base de que estamos ante un delito de simple actividad, se excluye, según la letra de la ley, la comisión por omisión, ya que en el artículo 11 del Código Penal se regula la comisión por omisión exclusivamente de los delitos de resultado. La doctrina mayoritaria considera que la comisión por omisión en el delito de malos tratos no es posible (50). Sin embargo, para un sector jurisprudencial, no es tan descabellado apuntar la posibilidad de la comisión por omisión en el delito de violencias habituales, siempre y cuando se produzcan lesiones, pues realmente el consentimiento en el maltrato es el paso previo al resultado lesivo.

En este sentido, la STS de 20 de diciembre de 1993, condenó por un delito de lesiones y otro de malos tratos a la madre de un niño de 16 meses que consintió que su compañero sentimental infligiera agresiones a su hijo, produciéndole anomalías psicoafectivas e inmadurez evolutiva. Del mismo modo, las Sentencias de 5 de noviembre de 1997, de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, y de 26 de junio de 2000 del Tribunal Supremo, admiten expresamente los malos tratos en comisión por omisión cuando el progenitor, estando presente en los hechos constitutivos de maltrato del otro progenitor, no hace nada para evitarlos (51).

(49) Al respecto, Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «El tipo de violencias...», ob. cit., p. 372.

(50) Así, TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Reforma...*, ob. cit., p. 178; DEL ROSAL BLASCO, B., «El tipo de...», ob. cit., p. 372; CERVELLÓ DONDERIS, V., «El delito de...», ob. cit., p. 56; CUENCA GARCÍA, M. J., «La violencia habitual...», ob. cit., p. 649; ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito de...*, ob. cit., p. 99; y CUELLO CONTRERAS, J., «El delito...», ob. cit., p. 12. En contra de esta postura, Memoria de la FGE, 2000, ob. cit., p. 311, que mantiene que el maltrato habitual se integra por un conjunto de acciones u omisiones de violencia física o psíquica; y GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 465, quien opina que sí se pueden admitir formas omisivas en el tipo que analizamos si entendemos que «no impedir la violencia conscientemente, pudiendo hacerlo» es otra forma de violentar al sujeto pasivo.

(51) En sentido contrario, Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 23 de febrero de 1999 y la STS de 19 de mayo de 2000.

En un análisis literal de la letra de la ley es fácil advertir que los malos tratos habituales se pueden producir sin resultado lesivo alguno y que la gravedad objetiva de las agresiones no influye en la consumación del delito. Sin embargo si nos trasladamos del plano legal al real, es evidente que el juzgador percibe que si se evita la habitualidad en el maltrato se evita no sólo el delito de violencias habituales sino también las lesiones que éste conlleva, y quizás sea por esta razón por la que algunos intérpretes de la ley consideran que el «consentidor» de unas agresiones continuadas en el hogar es responsable no sólo del resultado sino también del artículo 153 del Código Penal. En mi opinión, el delito de maltrato habitual es un delito de actividad, que más que de «simple» se puede tildar de «compleja» por las cuestiones tan controvertidas que conlleva en lo que a la comisión por omisión se refiere.

Para finalizar con la conducta típica me gustaría plantear dos interrogantes: ¿Es factible el delito de maltrato en la familia infligido con habitualidad sin la concurrencia de lesiones?, y en todo caso, ¿sería conforme a Derecho penar del mismo modo la habitualidad de unas agresiones sin resultado de lesión que la continuidad de unas agresiones con resultado lesivo? Considero que la dinámica propia de la problemática de la violencia en el hogar impide que el primer supuesto se produzca, aunque en el plano dogmático se recoja. Respecto al segundo interrogante la respuesta también es negativa, pero no porque la teoría no lo prevea sino debido a la inviabilidad práctica del primer supuesto.

2.B. HABITUALIDAD

El concepto de habitualidad aparece en el tipo delictivo como elemento esencial y diferenciador de la conducta punible. A pesar de ser un concepto resbaladizo, otorga a los malos tratos en el hogar la calidad de delito, y se integra como uno de los elementos objetivos del injusto (52), pues califica a la acción y no al sujeto (53). La interpretación de «habitual» no está exenta de polémica (54), ya que introduce un factor de gran imprecisión el hecho de conocer cuándo la violencia alcanza tal carácter.

(52) En contra GRACIA MARTÍN, L., en Díez RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...* ob. cit., p. 456, para quien la habitualidad es un elemento subjetivo del injusto, ya que el delito de violencias físicas habituales, para este autor, es un delito de hábito, y los actos individuales de malos tratos que conforman la habitualidad son atípicos.

(53) Vid. «Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998 de 24 de octubre...», ob. cit., p. 10.

(54) Vid. MAGRO SERVET, V., «La sociedad española ante el reto de la mujer maltratada», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 364, 1998.

El término «habitualidad» del artículo 153 del Código Penal es un concepto «fáctico», distinto del de reincidencia (55), contenido en el artículo 22.8.^a del texto punitivo, que exige que el sujeto haya sido previamente condenado por delitos de la misma naturaleza comprendidos en el mismo Título. Tampoco coincide con el concepto legal de reos habituales que fija el artículo 94, pues éste opera a los solos efectos de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la sustitución de éstas por otras (56).

La Reforma de 9 de junio de 1999 incluye un párrafo en el precepto de malos tratos familiares para facilitar la labor del juzgador a la hora de apreciar la habitualidad, teniendo que atender éste «*al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores*».

Ya en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, sobre la aplicación de la Reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, se consideraba como oportuno el criterio naturalístico o fáctico y se desechaba el jurídico de multirreincidencia, entendiéndose por habitualidad la repetición de actos de la misma naturaleza (57), siempre que tales conductas reunieran las condiciones de cuantificación numérica y proximidad (58). Para evitar situaciones de desigualdad la mayoría de la doctrina acepta la interpretación jurisprudencial

(55) Así opina la mayoría de la doctrina y jurisprudencia. *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./ GARCÍA ARÁN, M., en MUÑOZ CONDE, F. (Coord.) *La Reforma...*, ob. cit., pp. 105 y 106; GUALLART DE VIALA, A., *La nueva protección...*, ob. cit., p. 111; CERVELLÓ DONDERIS, V., «El delito de malos tratos...», ob. cit., p. 57; DEL ROSAL BLASCO, B., «El tipo de violencias...», ob. cit., p. 372; TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Reforma...*, ob. cit., p. 179; SOLÉ RIERA, J./ LARRAURI PIJOAN, E., «Violencia doméstica y situación de la víctima», en *Mujeres*, núm. 8, 1999. Y en la Jurisprudencia, *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1992, 25 de abril de 1994, y 22 de diciembre de 1995.

(56) *Vid.*, entre otros, SUÁREZ GONZÁLEZ, C., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Dir.) JORGE BARREIRO, A. (Coord), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 440; RUIZ VADILLO, E., «Las violencias...», ob. cit., p. 3; TAMARIT SUMALLA, J. M., «Comentario al...», ob. cit., p. 745; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte E.*, ob. cit., p. 122; y LÓPEZ GARRIDO D./ GARCÍA ARÁN M., *El Código...*, ob. cit., p. 95. *Vid.* también «Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998 de 24 de octubre...», ob. cit., p. 10.

(57) Con la inclusión de las violencias psíquicas como acción típica, la identidad de contenido de los actos ha dejado de ser necesaria.

(58) *Vid.* «Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1990, sobre la aplicación de la Reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, p. 218.

dencial del término habitualidad, desarrollado respecto al delito de receptación, de exigir la realización de al menos tres actos de violencia en relación con los sujetos a los que alude el tipo (59). Así lo ha admitido también expresamente la Circular 1/1998 de la Fiscalía General de Estado, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, que dispone que para poderse hablar de habitualidad en los malos tratos, el sujeto activo ha de llevar a cabo «tres o más actos» (60).

Entre los autores que se manifiestan críticamente frente a la exigencia de que sean tres o más las agresiones acreditadas se hallan Cuenca García (61); Ruiz Vadillo, quien apuesta por un concepto de habitualidad criminológico-social (62); Muñoz Conde, que señala que para apreciar la habitualidad «no se requiere un mínimo de actos de violencia» (63); Cuello Contreras, para quien las especulaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el número de ocasiones en que se han producido las violencias está fuera de lugar, ya que lo que importa es que el juez llegue al convencimiento fundado de que la víctima vive en estado de agresión permanente (64); y Del Rosal Blasco, quien señala que a lo que debería atender el legislador es a que el tipo se dirige a aquellas personas que hacen de la violencia una forma de comunicación normal, debiéndose acreditar esta situación de manera diversa y no, obligatoriamente, a través del número de palizas sufridas por el sujeto pasivo (65).

En este sentido se pronuncia la Sentencia de 30 de septiembre de 1998 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, al afirmar que «no es necesario que se constate un número mínimo de conductas violentas, mínimo que no requiere el tipo sino que los hechos que se acrediten demuestren esa actitud, contraria a lo pasajero, efímero, discontinuo o aislado».

(59) Así, CUENCA SÁNCHEZ, J. C., «El nuevo...», ob. cit., p. 1185 y 1186; GONZÁLEZ RUS, J. J., «Las lesiones», ob. cit., p. 170; ARROYO URIETA, G./ CAVA VALENCIANO, C., «La Reforma...», ob. cit., p. 969; GUALLART DE VIALA, A., *La nueva protección penal...*, ob. cit., p. 111; CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.) *Comentarios...*, ob. cit., p. 801; CERVELLÓ DONDERIS, V., «El delito de...», ob. cit., p. 57; y GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito...*, p. 67.

(60) Vid. «Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998 de 24 de octubre...», ob. cit., p. 10. En el mismo sentido, Vid. Memoria de la FGE, 2000, ob. cit., p.311.

(61) Vid. CUENCA GARCÍA, M. J., «La violencia...», ob. cit., p. 653.

(62) Vid. RUIZ VADILLO, E., «Las violencias físicas...», ob. cit., p. 3.

(63) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal, Parte Especial*, ob. cit., p. 122.

(64) Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., «El delito...», ob. cit., p. 11.

(65) Cfr. DEL ROSAL BLASCO, B., «Violencias y...», ob. cit., p. 161.

Desde mi punto de vista es más apropiado mantener un concepto de habitualidad criminológico-social que uno de carácter jurídico-formal acreditable a través del número de agresiones sufridas, ello porque a pesar de que el artículo 153, tras la Reforma de 1999, expresa explícitamente que se atenderá *al número de actos que resulten acreditados*, no indica el mínimo necesario. Siguiendo a Acale Sánchez, lo que el legislador de 1999 ha hecho, con la definición introducida en el precepto, ha sido normativizar el concepto criminológico de habitualidad (66).

Con relación a *la proximidad temporal de las agresiones*, hay que indicar que parte de la doctrina (67), con anterioridad a la modificación, ya se había pronunciado a favor de la exigencia de tal requisito. También la jurisprudencia se había manifestado al respecto, en SSTS de 14 de octubre de 1984 y 30 de abril y 18 de noviembre de 1995. Del mismo modo la Fiscalía General, en su Circular 1/1998, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar, establece que los actos han de estar ligados temporalmente por una determinada continuidad o proximidad cronológica (68).

Tamarit Sumalla destaca que, además de atender al criterio cronológico, los actos han de responder a una cierta unidad de contexto (69). Es éste un matiz clave, pues si no se tiene en cuenta se legitiman, indirectamente, sentencias como la de la Audiencia Provincial de La Coruña de 19 de noviembre de 1997, que desestimó el recurso presentado por la acusación particular contra la Sentencia del Juzgado de lo penal núm. 2 de Santiago, que condenó al acusado como autor de una falta de lesiones a su ex-mujer. El Tribunal fundamentó su desestimación, entre otras razones, por la desconexión temporal entre las agresiones, «distanciadas más de un año». En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 12 de mayo de 2000, considera actos aislados de violencia, no integradores de la «violencia habitual», los hechos por los que el acusado fue condenado unos meses antes como autor de dos faltas de malos tratos infligidos a su esposa, de quien se encontraba en trámites de separación. En mi opinión, la proximidad debería quedar definida en el precepto de mal-

(66) Cfr. ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito...*, ob. cit., p. 112.

(67) *Vid.*, entre otros, TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Reforma...*, ob. cit., p. 179 y 180; DEL ROSAL BLASCO, B., «El tipo de violencias...», ob. cit., p. 372; el mismo autor en «Violencias y malos...» ob. cit., p. 161; y BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal, Parte Especial*, 2.^a Ed., Barcelona, 1991, p. 65.

(68) *Vid.* «Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998...», ob. cit., p. 10.

(69) Cfr. TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Reforma...*, ob. cit., p. 180.

trato habitual para evitar estos desajustes en su aplicación, ya que hasta ahora al ser un concepto indeterminado queda al arbitrio judicial establecer cuándo existe proximidad y cuándo no.

La sistemacidad del maltrato es lo que se juzga o se debería juzgar. Este entedimiento de la habitualidad, como constancia en un comportamiento humillante y vejatorio, es importante en la medida en que centra el contenido del desvalor, de acuerdo con el bien jurídico que aquí se ha mantenido, en la degradación personal que provoca en la víctima y que supera el mero desvalor de la agresión (70).

Siguiendo con el párrafo definidor de la habitualidad en el precepto objeto de análisis, vemos que ésta se producirá *con independencia de que la violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en el artículo*. Con ello queda plasmada la idea de que son acumulativos, para el cómputo de la habitualidad, los actos de violencia física y/o psíquica, aún sin ir dirigidos contra un mismo miembro de la unidad familiar.

Del Rosal Blasco ya apuntó la necesidad de tal previsión (71), y a mi juicio es lógico proteger a las víctimas de un ambiente perjudicial y agresivo para la estabilidad personal. No sólo genera consecuencias para el sujeto ser violentado directamente, sino también ver la violencia hacia personas que son sus referentes inmediatos. Los menores pueden ser afectados en sus procesos de socialización, y no sólo en su bienestar corporal, a través del maltrato físico o psicológico o a través de los malos tratos de los que han sido testigos como víctimas indirectas (72). A este respecto la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de 9 de junio de 1998, recoge cómo unos malos rendimientos escolares pueden deberse a los malos tratos, que el hijo presencia, del padre hacia la madre.

Otra de las características de la habitualidad es la irrelevancia de que *los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores*. A pesar de esto, la habitualidad debe, en definitiva, y como cualquier elemento del tipo, ser probada; y la única forma de hacerlo, por precisar la concurrencia de diferentes actuaciones, es acreditar cada una de ellas, de forma y manera concreta. Por eso no es muy alentador el razonamiento de la STS de 29 de abril de 1999, según la cual «el recurrente articula este motivo como si la condena por malos tratos habituales fuera por los recibidos por C. en varias ocasio-

(70) Cfr. CUENCA GARCÍA, M. J., «La violencia...», ob. cit., p. 653.

(71) Vid. DEL ROSAL BLASCO, B., «Violencias...», ob. cit., p. 162.

(72) Vid. en este sentido, GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito...*, ob. cit., p. 61 ss.

nes en los años 1993, 1994 y 1995», cuando no es así, y ello se deduce del propio texto de la sentencia recurrida que, en el apartado primero de los hechos probados, nos habla de «palizas en diversas ocasiones en fechas no determinadas», pero dentro del año 1993.

Así pues, la prueba de la habitualidad, como la acreditación de la realización de cada uno de los actos que la integran, exige, por respeto al principio de presunción de inocencia, que en los hechos probados de una sentencia penal se declare probada la realidad de tales actos y la existencia de una analogía entre los mismos (73). Ahora bien, resultará indiferente que se declaren probados los actos en una sola sentencia —la que condene por el artículo 153— o que, además de ésta existan otras anteriores que conjuntamente consideradas pusieran de manifiesto la habitualidad, cabiendo, entre ambas situaciones descritas, todas las intermedias que se quieran.

Para finalizar este apartado, me parece interesante cuestionar si, cuando son varios los sujetos pasivos afectados por diversas agresiones, se considerará autor de uno o varios delitos de maltrato habitual al agresor. Siguiendo a García Álvarez y Del Carpio Delgado (74), creo que habrán de apreciarse tantos delitos como sujetos pasivos haya, porque el desvalor que conlleva la puesta en peligro de varios bienes jurídicos no podrá ser correctamente abarcado si sólo se aprecia un único delito de malos tratos.

2.C. SUJETOS

Como bien recuerda la Sentencia de 21 de abril de 1999 de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.^a, no es estrictamente la pluralidad de actos la que convierte la conducta en delito sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia en el trato violento.

El delito de maltrato habitual es un delito especial porque sólo puede ser cometido contra aquellos sujetos que reúnan las características exigidas por el tipo, y dicha especialidad tiene que deducirse de la relación de parentesco o asimiladas que ha de tener el autor con el sujeto pasivo.

Con la Reforma de 1999 el elenco de sujetos del artículo 153 se ha visto ampliado, ya que, a través de ella, los ex-cónyuges y ex-compañeros sentimentales quedan protegidos por el tipo. De este modo la

(73) Cfr. «Circular 1/1998...», ob. cit., p. 11.

(74) Vid. GARCÍA ÁLVAREZ, P./DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito...*, ob. cit., p. 73 y 74.

exigencia de convivencia entre los miembros de la pareja, para que el tipo despliegue sus efectos, pierde vigor en el precepto, siendo, quizás, ésta la razón de que en la falta de malos tratos de obra se haya eliminado literalmente tal requisito.

En las faltas de maltrato físico (art. 617.22.2.º) y psíquico (art. 620), el problema relativo a las posibles sujetos ha quedado solucionado por una remisión expresa, en ambos preceptos, al artículo 153. Así se termina con las desconexiones existentes entre los distintos sujetos protegidos en el delito y en las faltas de malos tratos.

Otra novedad, fruto de la Reforma, es la inclusión de la institución del acogimiento, que inexplicablemente el legislador de 1995 dejó en el tintero y que ya había sido reclamada, por su semejanza con la patria potestad, por autores como González Rus (75).

Las relaciones que se contemplan en el tipo de maltrato habitual son varias, y se pueden clasificar del siguiente modo:

- a) Relaciones conyugales o análogas (uniones de hecho).
- b) Relaciones ex-conyugales o ex-sentimentales.
- c) Relaciones del sujeto activo con otras personas que están vinculadas directamente a él o sólo a su cónyuge o conviviente.

a) Relaciones conyugales o análogas

Por lo que respecta a las relaciones conyugales, éstas suponen la previa existencia de un vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo. A tenor del artículo 44 del Código Civil «sólo el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio». Es necesario que los cónyuges mantengan una relación de convivencia estable, produciéndose ésta aunque alguno de ellos, por diversas razones, esté ausente intermitentemente del domicilio familiar (76).

En lo referente a las parejas de hecho, o como indica la letra de la ley «personas ligadas de forma estable por análoga relación de afectividad», cabría puntualizar que tal definición no es acertada, ya que la afectividad no es lo que caracteriza a todos los matrimonios y parejas de hecho, y es mucho menos oportuna si nos limitamos al ámbito de los malos tratos, pues, como irónicamente matizó Quintano Ripollés, los delitos de agresión personal apenas si se conciben entre parientes cariñosos (77).

(75) Vid. GONZÁLEZ RUS, J. J., «Las lesiones», en COBO DEL ROSAL, M., *Curso de...*, ob. cit., p. 170.

(76) En este sentido, Vid. STS, de 12 de marzo de 1993.

(77) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, 2.ª Ed., Madrid, 1996, p. 252.

En mi opinión, el término afectividad es un elemento distorsionador, que dificulta la interpretación correcta del precepto, ya que dentro de lo que sugiere la frase «análoga relación de afectividad» caben sin ningún género de dudas las relaciones de noviazgo y las relaciones homosexuales, y sin embargo la jurisprudencia viene entendiendo lo contrario, argumentando que en las primeras falta la convivencia estable y en las segundas no se cumple el requisito de ser de diferente sexo los miembros de la pareja.

De este modo la STS de 11 de mayo de 1995 indica que no cabe aplicar el delito de violencias físicas en el ámbito familiar a los novios «porque no conviven de modo habitual en la misma casa» y que por relación personal análoga al matrimonio «habrá de entenderse únicamente la existente entre personas de distinto sexo que, sin haber contraído matrimonio, convivan de hecho *more uxorio*, lo que usualmente se conoce como parejas o uniones de hecho». A mi juicio, el Alto Tribunal no hace una interpretación merecedora de aplauso, ya que por su rigor técnico se aleja de la realidad y deja entrever connotaciones claramente conservadoras.

b) Relaciones ex-conyugales y ex-sentimentales

La Reforma del artículo 153 del Código Penal ha incluido expresamente estas relaciones en el tipo, al establecer: «*el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona a la que esté o haya estado ligado a él de forma estable por análoga relación de afectividad*».

En principio el legislador, al admitir como sujeto activo al ex-cónyuge o ex-compañero sentimental, deja a un lado la exigencia de convivencia, concepto que definía, hasta la modificación de 1999, el delito de malos tratos habituales entre los miembros de la pareja.

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a la víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es posible que el artículo 153 actúe aunque medie separación judicial o de hecho de la pareja, y por lo tanto, a pesar del cese de la convivencia. Actualmente la exigencia de la proximidad cronológica entre las agresiones como requisito de la habitualidad puede producirse sin que exista convivencia entre sujeto activo y pasivo (78). Era ésta una previsión necesaria teniendo en cuenta la frecuencia con la que en los casos de separación se llevan a cabo actos de violencia entre los cónyuges o ex-convivientes.

(78) Vid. *supra* IV.2.B.

c) Relaciones del sujeto activo con otras personas que están vinculadas directamente a él o sólo a su cónyuge o conviviente

El tipo de malos tratos habituales además de castigar los malos tratos físicos o psíquicos ejercidos sobre el cónyuge o persona ligada de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre el ex-cónyuge o ex-compañero sentimental, pena también el ejercicio habitual de actos violentos cuando se lleven a cabo *sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno o de otro.*

De este modo, para que las violencias ejercidas sobre los sujetos mencionados sean típicas es necesario que, o bien convivan con el agresor, o bien, aun sin mediar convivencia (79), se hallen sujetos a las relaciones especificadas en el precepto.

A mi juicio, un olvido imperdonable del legislador en la Reforma de 1999 ha sido la no inclusión de los hermanos dentro de los sujetos protegidos en el delito de malos tratos habituales. Cuenca Sánchez ya realizó la crítica correspondiente a esta laguna respecto al anterior Código Penal, poniendo de manifiesto la tácita exclusión del tipo de las relaciones fraternales (80). Como bien señala Acale Sánchez la única posibilidad para subsumir las violencias de un hermano sobre otro en el delito de violencias físicas en el ámbito familiar es que el primero sea tutor del segundo, posibilidad que viene recogida expresamente en el artículo 234.4 del Código Civil, aunque en este caso el vínculo será el propio de la tutela y no el de la fraternidad (81). Tampoco quedan incluidos en el tipo, como sujetos protegidos, los hijos de los hermanos que vivan bajo el mismo techo; los descendientes que no sean hijos (nietos); y los parientes por afinidad (cuñados o suegros) (82).

Por último es interesante recordar la apreciación realizada por Serrano Gómez, con relación a los sujetos activos del delito de malos tratos habi-

(79) En sentido contrario, *Vid.* CAMPOS CRISTÓBAL, R., «Problemas que plantea...», ob. cit., p. 26, quien considera imprescindible el requisito de la convivencia.

(80) *Vid.* CUENCA SÁNCHEZ, J. C., «El nuevo artículo 425...», ob. cit., p. 1185. En el mismo sentido, *Vid.* Memoria de la FGE, 2000, p. 321 y 322, que recoge la crítica realizada por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Lugo respecto a la no inclusión en la tipología del artículo 153 CP de la violencia habitual ejercida entre hermanos.

(81) *Cfr.* ACALE SÁNCHEZ, M., *El delito...*, ob. cit., p. 163.

(82) *Vid.*, al respecto, «Informe sobre la violencia doméstica» (CGPJ), en *Actualidad Penal*, núm. 16, 2001, pp. Cuestiones Prácticas 100 y 101 y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La violencia...*, ob. cit., pp. 270 ss.

tuales, de que si bien los hijos pueden ser autores del delito de violencias físicas si las llevan a cabo sobre sus ascendientes, los pupilos o incapaces no pueden ser considerados sujetos activos, pues no se han incorporado las violencias ejercidas sobre el maestro, tutor o curador (83).

3. Tipo subjetivo. El dolo

Si el delito de malos tratos habituales es un delito especial, y por tanto sólo puede llevarse a cabo sobre determinados sujetos, el agresor habitual debe saber que el agredido es miembro de su hogar o que convive o ha convivido con él para que el elemento intelectual inherente al dolo despliegue sus efectos. Desde la modificación de 9 de junio de 1999 es indiferente que los actos de violencia se dirijan a un mismo miembro o a diferentes sujetos del núcleo familiar para poderse producir la habitualidad, por lo que basta con que el infractor conozca que los sujetos pasivos son miembros de la unidad familiar, con independencia de que los haya agredido en diversas ocasiones a cada uno.

Respecto al elemento volitivo hay que indicar que éste supone voluntad incondicionada de realizar la conducta típica y no cabe duda de que la habitualidad en el maltrato es prueba suficiente de que el autor ha decidido realizar el hecho incondicionadamente. Para cubrir la habitualidad es suficiente ser consciente de la frecuencia, aunque no se sepa exactamente el número de agresiones.

El tipo subjetivo del delito de violencia intrafamiliar sólo exige el dolo (84), elemento fácilmente apreciable, siendo posible el dolo eventual (85) y quedando desterrada de la comisión de este delito la imprudencia. En el vigente Código Penal la regulación de las lesiones imprudentes se sitúa en el precepto anterior al de violencias habituales en el núcleo familiar, de donde se puede deducir que el legislador ha querido situarlas fuera del ámbito de actuación de los malos tratos familiares. Al respecto, creo pertinente recordar una bochornosa STS de 30 de mayo de 1985, que declara imprudente un parricidio porque el agresor, «... después de introducir a su mujer en la bañera para hacerla reaccionar del estado alcohólico en que se encontraba y oponer ésta resistencia, la gol-

(83) Vid. SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal, Parte Especial*, 4.ª Ed., con la colaboración de SERRANO MAÍLLO, A., Madrid, 1999, p. 115.

(84) En contra de esta postura, Vid. GRACIA MARTÍN, L., en Díez Ripollés, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 453, para quien la habitualidad también es un elemento subjetivo del injusto.

(85) En este sentido, Vid. CALDERÓN, A./CHOCLÁN, J. A., *Derecho penal (T. II), Parte Especial*, Barcelona, 1999, p. 642; y GRACIA MARTÍN, L., en Díez Ripollés, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 455.

peó con los puños, produciéndole la rotura hepática y desgarros de mesos, con hemorragia interna, que fue la causa determinante de su muerte, y antes de que falleciese la trasladó, en brazos, a la cama y al advertir que tenía dificultades respiratorias la trasladó a un Centro Hospitalario, en el que ingresó cadáver, lo que evidencia la existencia de malos tratos, y, la ruptura del nexo psicológico del resultado mortal que determina la inexistencia del parricidio a título de dolo y sí al de culpa, lo que evidencia la falta y el delito de imprudencia mencionados». A mi juicio, podría entrar en juego para la evaluación de este supuesto el dolo eventual, pero en ningún caso la imprudencia. Afortunadamente la postura tomada por el Alto Tribunal ha sido superada en la actualidad.

En el texto punitivo anterior a 1995 se excluía, de forma expresa, la posibilidad de justificar el delito de maltrato. Con posterioridad a esta fecha el legislador elimina la locución «y con cualquier fin», que desaparece por obvia no por innecesaria, ya que tácitamente la validez de la frase sigue presente. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 15 de junio de 1998, considera que no son disculpables los malos tratos reiterados sobre los hijos, fuera el que fuera el nivel cultural de los acusados, dejando fuera de operatividad del ámbito penal el, socialmente, enquistado derecho de corrección. Hay que señalar que aun en el caso de que el sujeto pasivo incurriera en un error de prohibición por considerar lícita su conducta, según el tercer párrafo del artículo 14 del texto punitivo, si éste fuera vencible, su responsabilidad se atenuaría, pero respondería por delito doloso no imprudente.

4. Causas de justificación de la víctima

En ocasiones las víctimas de maltrato doméstico reaccionan ante las agresiones contraviniendo normas de Derecho penal. En estos supuestos, para calificar los hechos, se pueden tener en cuenta algunas de las causas que eximen de la responsabilidad criminal previstas en el texto punitivo. En el artículo 20 del Código Penal se regulan estas causas, pudiéndose aplicar cuatro de ellas a los sujetos pasivos de violencia habitual que en respuesta a los ataques constantes, en el ámbito familiar, se convierten en sujetos activos de otras conductas típicas. Las causas de justificación aplicables en estos casos son: el trastorno mental transitorio (art. 20.1.º) (86),

(86) Al respecto, *Vid.* LARRAURI, E., en LARRAURI, E./ VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, Barcelona, 1995, pp. 26 y 27, quien considera que antes de acudir a esta eximente se debería intentar resolver los supuestos por otras vías, ya que recurrir a una patología para eximir de responsabilidad implica declarar que el acto realizado por la mujer no está justificado ni excusado.

la legítima defensa (art. 20.4.º), el estado de necesidad (art. 20.5.º) y el miedo insuperable (art. 20.6.º).

A mi juicio, de todas las causas citadas, las más adecuadas para eximir de responsabilidad penal en los casos de malos tratos habituales en los que la víctima se convierte en victimario, son dos: el estado de necesidad para los supuestos en los que la constancia de las agresiones provoca en el sujeto pasivo una constante sensación de peligro; y la legítima defensa para aquellos casos en los que la gravedad de los ataques hagan augurar un claro conflicto con repercusiones irreparables.

5. Concurso de delitos

Con la Reforma de 9 de junio de 1999, en el artículo 153 se especifica que la pena se impondrá *sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica*. Al igual que con anterioridad a dicha Reforma, se deduce de la letra de la ley que:

1. El bien jurídico protegido en el delito de violencias habituales es distinto a las tipicidades penales que concurren, pues de no ser así se infringiría el principio *non bis in idem* al sancionar doblemente un mismo hecho. En este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 30 de septiembre de 1998, condena a una madre, por golpear a su hijo, como autora de un delito de violencia física en el ámbito familiar y de un delito de lesiones. Del mismo modo se ha manifestado el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de julio de 2000, al afirmar que la violencia doméstica es un delito grave independiente de las lesiones.

2. El concurso producido en los casos de violencias en el núcleo familiar es el de delitos y no el de leyes.

Sin embargo, y con posterioridad a la Reforma de 1999, hay que dilucidar, no sólo, si el concurso de infracciones que se produce en los supuestos de agresiones habituales es real o ideal, ya que la penalidad es distinta si se sigue uno u otro concurso, sino también qué cortapisas puede tener el hecho de incluir como materia de concurso no sólo los diversos resultados producidos sino también las faltas carentes de resultado material, ya que ésta es la mayor novedad introducida.

Respecto a la primera cuestión hay que señalar que no es tan sencillo establecer si estamos ante un concurso real o ideal de delitos, ya que el requisito de la habitualidad interfiere una clara determinación.

Partiendo de la premisa de que el concurso real se caracteriza por la existencia de una pluralidad de acciones o hechos constitutivos de delitos autónomos, y el concurso ideal requiere una unidad de hecho que provoque varios tipos delictivos, podría rechazarse que en los supuestos de maltrato familiar habitual pueda apreciarse un concurso ideal de delitos, al considerar que en ellos no puede hablarse de unidad de acción, ya que la habitualidad precisa una pluralidad de acciones que no puede tener cabida dentro de la expresión «un solo hecho» recogida en el artículo 77 del texto punitivo. Por otro lado la STS de 13 de mayo de 1998 nos conduce al artículo 73 al afirmar que «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder» se ha de entender como «además», esto es, que cada uno de los delitos deberá castigarse por separado.

Por ello, en mi opinión, y siguiendo a un sector de la doctrina (87), resulta más adecuado optar por el concurso real de delitos para regular la cláusula concursal establecida en este precepto.

Con relación a la novedad introducida por la Reforma de 1999, referente a la inclusión de las faltas de maltrato físico o psíquico como objeto de concurso, es importante indicar que parte de la doctrina considera peligrosa esta modificación (88), pues atenta contra el principio *non bis in idem*, derivando esta vulneración de la amplia remisión que la cláusula concursal del artículo 153 efectúa, ya que quedan dentro del marco de acción tanto los delitos como la faltas, esto es, tanto las conductas que conllevan un resultado como las que no.

A mi juicio, el hecho de que el legislador haya ampliado expresamente el círculo de conductas que concurren en la determinación de la pena, es fruto de la previsión de la violencia psíquica como comportamiento protegido en el precepto de maltrato habitual. De

(87) *Vid.*, en este sentido, TAMARIT SUMALLA, J. M., *La Reforma...*, ob. cit., p. 181; CUENCA GARCÍA, M. J., «La violencia...», ob. cit., p. 43; y CUADRADO RUIZ, M. A./ REQUEJO, C., «El delito de malos tratos en el ámbito...», ob. cit., p. 1564. En sentido contrario, considerando oportuno para los supuestos de violencia doméstica el concurso ideal de delitos, *Vid.* CUELLO CONTRERAS, J., «El delito de...», ob. cit., p. 15; GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./ GRACIA MARTÍN, L./ LAURENZO COPELLO, P., *Comentarios...*, ob. cit., p. 487, quien fundamenta su decisión en base a la tesis de la «unidad de acción por efecto de abrazamiento»; GARCÍA ÁLVAREZ, P./ DEL CARPIO DELGADO, J., *El delito de...*, ob. cit., pp. 40 y 41; MONGE FERNÁNDEZ, A./ NAVAS CÓRDOBA, J. A., «Malos tratos y prevención de la violencia contra la mujer», en *Actualidad Penal*, 2000 (1), p. 213; y GÓMEZ RIVERO, C., «Algunos aspectos del delito de malos tratos», en *Revista Penal*, núm. 6, 2000, p. 83.

(88) *Vid.*, al respecto, CAMPOS CRISTÓBAL, R., «Problemas que plantea la nueva regulación de los malos tratos en el ámbito familiar: valoración y crítica desde la perspectiva...», ob. cit., pp. 27 y 28.

no haber sido así se habría generado una laguna, pues tanto la falta del artículo 617.2 como la del 620 podrían haber quedado condenadas, por voluntad del intérprete de la ley, a la única función de conformar la habitualidad sin obtener entidad propia como faltas contra las personas.

Por último, debe tenerse en cuenta que, aunque lo usual será que el delito de maltrato intrafamiliar concorra con delitos de lesiones o faltas que atenten contra la integridad física o psíquica, no se descarta la posibilidad de que el concurso se produzca con otros delitos como la violación o el homicidio.

6. Medidas y penas en los supuestos de agresiones domésticas

6.A. MEDIDAS CAUTELARES

La Reforma de 1999 modifica, entre otros, el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y crea, por remisión expresa de éste, un nuevo precepto, relativo a medidas cautelares. En efecto, el artículo 544 bis de este texto establece que cuando se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, se podrá imponer cautelarmente al imputado la prohibición de residencia o acercamiento a determinados lugares.

La inexistencia de medidas alternativas a la prisión preventiva con anterioridad a la Reforma de junio de 1999, pone de relieve la significativa aportación de ésta, que ofrece nuevos y mejores instrumentos con los que afrontar el tratamiento cautelar de problemáticas como la de los malos tratos habituales. A mi juicio la prisión provisional es una medida «peligrosa» pues supone privar a una persona de su libertad individual e implica, como recoge la Exposición de motivos de la Ley Orgánica de 26 de diciembre de 1984, por la que se modifican los artículos 503, 504 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una tensión dialéctica entre los principios de libertad personal y presunción de inocencia y aseguramiento del proceso.

Las medidas cautelares del artículo 544 bis no pueden imponerse en los procedimientos seguidos por hechos constitutivos de falta, pues es extraordinariamente preciso en la referencia exclusiva a los delitos (89). Podrán ser acordadas de oficio por el Juez Instructor, debatiéndose si el Juez de Paz tiene atribuciones en esta materia. Considero, siguiendo a

(89) En sentido crítico, *Vid.* «Informe sobre la violencia...», ob. cit., p. CP-109, que pone de manifiesto la necesidad de transformar radicalmente el panorama de la tutela cautelar de la víctima en los supuestos de falta.

parte de la doctrina, que caen dentro de su competencia objetiva (90), más cuando el fin de las medidas cautelares es actuar lo antes posible con el objeto de proteger a la víctima del daño jurídico derivado del retardo del procedimiento [*periculum in mora* (91)].

Cuestión distinta se plantea cuando de lo que se trata es de juzgar supuestos de malos tratos no de acordar medidas cautelares, pues la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé expresamente la exclusión de esta competencia para los Juzgados de Paz en su artículo 14, modificado también por la Reforma de junio de 1999: «... También conocerán los Jueces de Paz de los juicios por faltas tipificadas en el artículo 620.1 y 2 del Código Penal, excepto cuando el ofendido fuera alguna de las personas a que se refiere el artículo 153 del mismo Código». Comparto con Magro Servet que no se está poniendo en entredicho la calidad de la justicia de paz, ya que es digno de encomio que en municipios con pocos medios se esté realizando una insigne labor de cooperación judicial, sino que lo que se persigue con esta nueva redacción es centralizar en los Juzgados de Instrucción los hechos relativos a malos tratos (92), optando así a una mejora en la compilación de las causas en las que agresor y agredida sean los mismos sujetos. Son éste y la agilidad procesal los objetivos mayormente perseguidos con la creación de juzgados especializados en violencia doméstica en los partidos judiciales del territorio nacional, tan escasos todavía que sólo conforman experiencias pioneras (93).

A mi juicio, con carácter general, la actualización de la Ley de Enjuiciamiento Criminal facilita el adecuado tratamiento de los

(90) *Vid.*, en este sentido, MONGE FERNÁNDEZ, A./ NAVAS CÓRDOBA, J. A., «Malos tratos...», *ob. cit.*, p. 204.

(91) Este presupuesto se adhiere al común e implícito requisito del *fumus boni iuris*, es decir, la atribución a un sujeto determinado de la comisión de un hecho punible. Sobre el régimen de los nuevos instrumentos cautelares, *Vid.*, *in extenso*, TIRADO ESTRADA, J., «Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *La Ley*, núm. 4888, 1999. *Vid.* también ARANGÜENA FANEGO, C., «La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del artículo 544 bis», en *Actualidad Penal*, 2000 (1), pp. 237 ss.

(92) *Vid.* MAGRO SERVET, V., «La reforma del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 14/1999, de 9 de junio, y su incidencia en el ámbito de protección de las mujeres maltratadas», en *La Ley*, 1999 (4), pp. 1737 ss.

(93) Desde enero de 2000 existen juzgados especializados en violencia doméstica en Alicante, Elche y Orihuela. *Vid.* *El País*, de 2 de diciembre de 1999. Con relación a las ventajas de los juzgados especializados, *Vid.* MAGRO SERVET, V., «Los juzgados especializados en violencia doméstica», en *La Ley*, 1999 (6), pp. 1970 ss.

supuestos de violencias habituales *ab initio*. Destaca, entre todas las modificaciones, la de la posibilidad de acordar medidas cautelares de alejamiento del agresor, si bien es necesario hacer hincapié en que frecuentemente serán necesarias otras medidas o instrumentos anexos para la total efectividad de las mismas.

6.B. PENAS PRINCIPALES

6.B.1. En el delito de malos tratos

A pesar de que el artículo 153 del texto punitivo prevé un concurso real para la determinación de la pena, previsión necesaria por las características del delito, la conducta típica habitual, sin concurrencia de otros hechos punibles, se castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años, integrando las penas menos graves (art. 33.3 CP).

Por su duración, es una pena que en la mayoría de los casos podrá ser sustituida o suspendida:

En efecto, las penas inferiores a un año, y excepcionalmente las inferiores a dos, serán susceptibles de sustitución por arrestos de fin de semana o por multa cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, según establece el artículo 88 del texto punitivo.

Además, el artículo 80 del Código Penal faculta a los Jueces y Tribunales a dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y excepcionalmente las de tres, «mediante resolución motivada» atendiendo fundamentalmente a la *peligrosidad criminal* del sujeto. No obstante la suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito (art. 80.3 CP) ni a las costas procesales.

A mi juicio, a pesar de estar claramente previstas ambas opciones, es discutible que éstas sean adecuadas para los casos de violencia doméstica, por razones que afectan tanto a la víctima como al delincuente:

1. Respecto a la víctima porque las dos concesiones pueden suponer el regreso al hogar de quien agredió y la realidad demuestra que los malos tratos intrafamiliares, por su carácter habitual, auguran una repetición de la conducta típica, volviendo a exponer al sujeto pasivo del delito a un riesgo innecesario.

No obstante hay que indicar que los efectos criminógenos de la vuelta del sujeto activo al lugar de comisión de los hechos puede paliarse con la posibilidad establecida por el legislador de que el Juez o Tribunal, cuando decida suspender o sustituir la pena de prisión, imponga como condición

que el reo no acuda al lugar en que resida la víctima o su familia si fueran distintos, tal y como establecen los artículos 83 y 88 (por remisión de este último al anterior) del Código Penal. La Reforma de 9 de junio de 1999 ha introducido en el artículo 83 un nuevo subapartado 1 bis al apartado 1 del mismo en el que se establece que el Juez o Tribunal también podrá ordenar la «*prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine, o comunicarse con ellos*».

Por otro lado, en los supuestos en que la prisión sea sustituida por la multa, es importante considerar que con esta medida se puede repercutir negativamente en el sujeto pasivo del delito, que con frecuencia dependerá económicamente del reo, provocando su victimación secundaria como víctima del propio sistema penal.

2. Respecto al delincuente porque las condiciones exigidas, por la letra de la Ley, al Juez o Tribunal para conceder la sustitución o suspensión de la pena hacen referencia a la naturaleza determinada del hecho y a la peligrosidad criminal. Una de las peculiaridades de las agresiones domésticas es que no poseen una naturaleza esporádica y pasajera sino habitual, por lo que el pronóstico criminal del sujeto activo es fácilmente previsible, quedando éste condicionado al carácter cíclico de la conducta.

Llegados a este punto es notorio que la sustitución o suspensión de la pena en el delito de maltrato doméstico se tiene que someter a una profunda reflexión que corresponde hacer al Juez o Tribunal, aunque el legislador haya previsto las pautas a seguir para una correcta aplicación de estas medidas alternativas a la prisión.

Si se parte de la base de que el Juez o Tribunal no concede la suspensión de la pena por la «*peligrosidad criminal del sujeto*», se entra de lleno en el campo de las medidas de seguridad, ya que el artículo 6 de nuestro texto punitivo establece que éstas se fundamentan en aquélla.

Las medidas de seguridad, tanto las privativas como las no privativas de libertad, son un instrumento más de control social, que consiste en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado y que constituye una de las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por personas inimputables o con imputabilidad disminuida en cuanto revelación de una peligrosidad criminal del sujeto. La pena se basa en la culpabilidad del sujeto y está orientada a la prevención general y especial y la medida atiende a la peligrosidad y su naturaleza es de carácter preventivo-especial (94).

(94) *Id.*, al respecto, MUÑOZ CONDE, F., «Las medidas de seguridad en el Código Penal de 1995», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1996, pp. 304 ss.; y DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J., «Las medidas de seguridad y corrección», en *Actualidad Penal*, 1991 (2), pp. 449 ss.

Considero que utilizar medidas de seguridad para los sujetos que agreden habitualmente a miembros de su hogar es una acertada consideración, a pesar de que el legislador en un principio las haya previsto para «peligrosos social y criminalmente relevantes», con nula o escasa imputabilidad. Son raros los supuestos de patologías mentales constatables en aquellos individuos que maltratan habitualmente, pero sí suelen adolecer de carencias afectivas en la infancia, baja autoestima y falta de mecanismos de control, todo ello combinado, la mayoría de las veces, con un lastre social que les «otorga» el poder en el ámbito primario de convivencia, que es la familia.

¿Por qué no utilizar medidas de seguridad para intentar corregir las conductas violentas en el hogar? Aunque los sujetos activos sean imputables podemos canalizar la aplicación de estas medidas a través del artículo 20.2 del Código Penal, basándonos en la dependencia del sujeto al «ejercicio abusivo y enfermizo del poder», y remitirnos al artículo 102 del texto punitivo, que conlleva la medida de internamiento en centro de deshabitación, pues la conducta de maltrato habitual consiste en la repetición de agresiones y, a mi modo de ver, una forma de corregirla son las terapias de deshabitación adecuadas a esta problemática.

Por otro lado, si el legislador ha previsto la posibilidad de la aplicación de medidas de seguridad no privativas de libertad a los reos imputables cuando se les concede la libertad condicional (art. 90.2 CP) (95), y faculta al Juez o Tribunal a condicionar la suspensión de la pena al cumplimiento de obligaciones como participar en programas formativos y de otro tipo (art. 83.4.º CP), no veo inconveniente en aplicar medidas de seguridad a los agresores domésticos. Las medidas de seguridad no privativas de libertad de carácter positivo, tienen un contenido resocializador tendente a modificar la personalidad o al menos las pautas de comportamiento de las personas, por ejemplo el sometimiento a programas (art. 105.1.a) y f) CP). La combinación de éstas con las de carácter negativo dirigidas a obstaculizar la relación entre el sujeto y la situación criminalizadora, por ejemplo el alejamiento del agresor, es, en mi opinión, necesario para la neutralización de la peligrosidad criminal en los casos de malos tratos.

(95) En sentido contrario, *Vid.* DE LAMO RUBIO, J., «La ejecución penal y la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio», en *Noticias Jurídicas*, mayo 2000, p. 10, para quien la remisión del artículo 90.2 CP al artículo 105 CP es un dislate del legislador, pues, según él, debería haberse remitido al artículo 83 relativo a suspensión para no generar confusiones sobre la verdadera naturaleza jurídica de las medidas de seguridad previstas en el artículo 105 CP.

Por último, y después de poner de relieve en la importancia del empleo de las medidas de seguridad en los supuestos de violencia doméstica con carácter postdelictual, me gustaría aportar una posible forma de atajar la problemática de los malos tratos habituales con carácter preventivo-predelictual, razonando la explicación en base al desarrollado por Roxin cuando se refiere al estado pasional. Para él los hechos pasionales son el resultado de un conflicto de larga duración y transcurren la mayoría de las veces en las tres fases del nacimiento, agravación y descarga. En la fase de nacimiento los agravios y fracasos no conducen a tensiones físicas, que se «cargan» en la segunda fase y se convierten en representaciones destructivas, de modo que en la tercera fase basta un motivo aparentemente insignificante para hacer que se produzca el derrumbamiento total de la capacidad de control. En la segunda fase, cuando todavía existe capacidad de control, se puede constatar, la mayoría de las veces, un conflicto del sujeto con sus tendencias agresivas. Si en este estadio no se toman precauciones existe una provocación del ulterior resultado (96).

Es por todo lo explicado en el párrafo anterior por lo que considero una medida apropiada para vencer las agresiones en el hogar, la publicidad dirigida a quien maltrata, no sólo a la víctima, porque quizás existe un lapso de tiempo en el que es posible la intervención «temprana», y tratar supuestos incipientes de malos tratos es más sencillo que solucionar casos en los que la violencia doméstica está enquistada durante años.

6.B.2. *En las faltas de malos tratos*

Tanto el artículo 617.2, relativo a la falta de malos tratos carentes de lesión, como el artículo 620.2.º, referente a las faltas de amenazas, injurias, coacciones y vejación injusta de carácter leve, prevén en sus respectivos párrafos segundos, la agravación de la pena cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153.

La Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, no modifica la pena establecida en el Código Penal de 1995 para la falta de malos tratos familiares, si bien hay que indicar que añade todo el párrafo segundo *in fine* del artículo 620.2.º, como consecuencia, en mi opinión, de la inclusión de la violencia psíquica en el delito de maltrato habitual,

(96) Vid., *in extenso*, ROXIN, C., *Derecho penal, Parte General, I. Fundamentos. La estructura del delito* (trad. de la 2.ª Ed. alemana por LUZÓN PEÑA, D. M./ GARCÍA CONLLEDO, M./ DE VICENTE REMESAL, J.), Madrid, 1997, pp. 831 ss.

regulado en el 153 del texto punitivo y considera perseguibles de oficio las amenazas, coacciones y vejaciones leves ocasionadas a miembros del hogar, modificando simultáneamente el artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para posibilitar esta opción en el terreno procesal.

La sanción establecida en ambos preceptos es la de arresto de fin de semana o multa (97), siendo algo más elevada para los supuestos de malos tratos que para los casos de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones. No obstante las dos sanciones se incluyen dentro de las penas leves del artículo 33.4 de nuestro texto punitivo.

La gran novedad de la Reforma de 9 de junio de 1999, con relación a la pena de multa establecida en los artículos 617.2 y 620.2.º del Código Penal, es que en ambos preceptos se tiene en cuenta *la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar*. Es ésta una previsión necesaria y determinante para los supuestos de malos tratos intrafamiliares porque en caso de olvidarla se incurriría en una doble victimación del sujeto pasivo de agresiones en el hogar, que frecuentemente depende económicamente del sujeto activo. Lo deseable sería conseguir también que para los casos de violencia habitual en los que el Juez o Tribunal opte por la sustitución de la pena de prisión, y ésta la sustituya por la pena de multa, se tuviera igualmente en cuenta este objetivo.

6.C. PENAS ACCESORIAS

Junto a la pena principal no hay que olvidar las penas accesorias previstas en el Código Penal. Comparto con parte de la doctrina que la distinción en orden a la naturaleza jurídica de las privaciones de derechos relacionadas con el maltrato habitual es importante, considerando que su esencia es más acorde con las consecuencias accesorias que con las penas ya que las razones porque se imponen y las finalidades que se persiguen con ellas son diferentes, y aunque el texto punitivo les otorga el carácter de penas, debe repararse en que muchas de estas privaciones de derechos van a aparecer también como medidas de seguridad que pueden ser adoptadas (98).

(97) Al respecto, *Vid.* Memoria de la FGE, 2000, ob. cit., p. 315, que propone de *lege ferenda* la supresión de la pena de multa contemplada en los artículos 617 y 620 por considerarla inadecuada para las infracciones de maltrato familiar, excepto cuando las circunstancias concretas lo aconsejen.

(98) *Vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «Las penas privativas de derechos», en *Poder Judicial*, núm. 53, 1999, pp. 128 ss.

Lo que se pretende, en los casos de malos tratos con las privaciones de derechos no es sancionar sino proteger a la víctima. Los artículos 56 y 57 prevén que el Juez o Tribunal impongan las penas accesorias en ellos contenidas, siendo ambos supuestos susceptibles de aplicación en el delito de agresiones habituales en el hogar, pues su pena es inferior a diez años y el delito se incluye dentro de los de lesiones.

El artículo 33 clasifica como pena grave o menos grave, dependiendo si su duración es superior o inferior a tres años, las inhabilitaciones especiales. Por otro lado, nuestro texto punitivo establece en su artículo 56 que los Jueces o Tribunales impondrán, en las penas de prisión de hasta diez años y con carácter accesorio, una serie de penas, encontrándose entre ellas la «*inhabilitación de cualquier derecho, si hubiera tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación*».

Es evidente que existe una relación directa entre el delito de maltrato en el hogar y el ejercicio de la patria potestad, en aquellos casos en los que quienes sufren violencia son los hijos, y por lo tanto es oportuno aplicar esta pena accesorio a quienes los maltratan habitualmente. Sin embargo, parece criticable que la Reforma de junio de 1999 no haya previsto, como pena principal para el maltrato continuado en el hogar, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, que priva de los derechos de la primera y extingue los demás, ni la incapacidad de obtenerlos durante el tiempo de condena (art. 46 CP), como se hace con relación a los delitos cometidos en el ámbito familiar. También ha sido obviada por la Reforma la posibilidad de establecer como pena principal la privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

Lo que sí ha modificado la Ley Orgánica 14/1999 han sido los artículos 33.2.g), 33.3.f), y 39.f) del Código Penal, con la finalidad de incluir en el catálogo de penas privativas de derechos la prohibición de aproximarse a la víctima, a sus familiares o personas que determine el Juez o Tribunal, en su domicilio o fuera de él, o de comunicarse con ellos, con la consideración de pena menos grave o grave según que el tiempo de duración de la prohibición resulte superior a seis meses e inferior a tres años o superior a tres años. Respecto a las penas leves, inferiores a seis meses, ha incluido el artículo 33.4.b) bis que, además de las prohibiciones de aproximación y comunicación, contiene la de residencia en determinados lugares.

Del mismo modo se ha reformado el artículo 48 del texto punitivo para incluir que la «prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal,

impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas» y que la prohibición de comunicación «impide al penado establecer, por cualquier medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual».

También se modifica mediante la Reforma de 1999 el artículo 57 del Código Penal para admitir la posibilidad de que los Jueces o Tribunales puedan acordar en sus sentencias, como pena accesoria, las prohibiciones de que el reo se aproxime a la víctima u otras personas y la de comunicarse con ellas durante un tiempo a determinar según las circunstancias del caso y sin que puedan exceder de cinco años. Se rompe con el criterio general establecido en el artículo 33.6 de que la duración de las penas accesorias dependa de la duración de la pena principal. A diferencia de lo que ocurre con el artículo 56, la imposición prevista en el artículo 57 es facultativa, no obligatoria, y cambia la óptica de la clasificación, ya que no se parte de la pena sino de delitos concretos, siendo posible además, por la Reforma de 1999, imponer las penas accesorias en él contenidas a las faltas contra las personas de los artículos 617 y 620 del texto punitivo por un período de tiempo inferior a seis meses.

Lo ideal habría sido que para los supuestos de violencia doméstica las penas accesorias del artículo 57 se hubieran previsto como principales. Su dificultad de aplicación para los casos de maltrato en la familia es evidente. Por este motivo sería recomendable poder aplicar medios electrónicos para reforzar su efectividad. Hasta ahora el localizador por satélite conectado a la policía se entrega a las víctimas de maltrato de mayor peligro (99), medida que me parece tan útil como el traslado a una casa de acogida, pero ambas no dejan de ser parches porque no solucionan la problemática, y para colmo provocan que la víctima desarrolle una hipervigilancia que no le corresponde y que no tiene porqué asumir, pues aunque llegada la hora del proceso no se invierte la carga de la prueba, parece que llegada la ejecución de la sentencia se invierte «la carga de la pena».

En España, sin necesidad de debate alguno, el Reglamento Penitenciario de 1996 (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) previó, para el supuesto exclusivo de régimen abierto, la vigilancia electrónica de los penados que pernecten en sus casas (100). En mi opinión, una

(99) *Vid. El País*, 21 de junio de 2000.

(100) En este sentido, *Vid., in extenso*, PARÉS I GALLÉS, R., «Ejecución penal mediante control electrónico: presente y futuro», en *Poder Judicial*, núm. 46, 1997, pp. 259 ss., quien habla de otras posibilidades de aplicación futura de los sistemas de vigilancia electrónica.

vez que se articule jurídicamente, sería recomendable la posibilidad de aplicar medidas de control electrónico a la pena accesoria de alejamiento y optar a que la ejecución de la pena sea supervisada por la autoridad judicial.

6.D. RESPONSABILIDAD CIVIL Y COSTAS PROCESALES

Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente (art. 116 CP), de tal forma que la suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del hecho penado (art. 80.3 CP). Así pues, aun en el supuesto de que una condena por el delito de malos tratos fuera inferior a dos años y se suspendiera, ello no conllevaría la exclusión de la obligación de indemnización civil a la víctima por perjuicios materiales y morales.

Según el artículo 110 del Código Penal, la responsabilidad civil establecida en el artículo 109 de dicho texto comprende: la restitución; la reparación del daño; y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Por las características de las conductas que se analizan, esto es, los malos tratos físicos y psíquicos en el hogar, sólo es posible la indemnización, pues restituir y reparar algo intangible como el daño producido por las agresiones intrafamiliares, en mi opinión, es imposible.

Por regla general los Tribunales de justicia vienen fijando indemnizaciones de «poca monta» con relación al daño moral causado. En este sentido la Sentencia de 15 de febrero de 1999, del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Córdoba, exige una indemnización de 100.000 pesetas por maltrato habitual, y la Sentencia de 16 de junio de 1998 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, condena al agresor al pago de 50.000 pesetas por lesiones a la compañera sentimental y a 500.000 pesetas por el daño moral ocasionado a la que también fue víctima de agresión sexual. A pesar del carácter misceláneo de los malos tratos en el seno de la familia, lo más verificable son las lesiones, y por tanto, serán éstas las más frecuentemente indemnizadas.

Por otro lado, a los criminalmente responsables, ya sea de delito o falta, se les imponen las costas procesales (art. 123 CP), que comprenden los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales y, en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte, los honorarios de la acusación particular (art. 124 CP). Con la Reforma de 1999 las faltas de amenazas, coacciones, y vejaciones leves, cuando se causen a miembros del núcleo familiar, son perseguibles de oficio, exigiendo previa denuncia sólo la persecución de las injurias. Será en estos últimos supuestos cuando pueda surgir la posibilidad de tener que pagar el denunciado los honorarios de la acusación particular.

V. CONCLUSIONES

1.^a La antesala de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quedó configurada por un interés de cambio alentado tanto desde el ámbito jurídico como desde el ámbito social. El 26 de noviembre, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en la Comisión Mixta de Relaciones con el Defensor del Pueblo de 16 de septiembre de 1997, e impulsada por el Defensor del Pueblo, se celebró una conferencia sectorial del Código Penal sobre violencia contra las mujeres, a la que asistieron representantes de los Ministerios de Justicia, Interior, Sanidad, y Educación y Cultura. En dicha conferencia se presentó un amplio informe y se tomó el acuerdo de elaborar un Plan de Acción a tres años, con objetivos y medidas específicas.

2.^a Tras esta decisión se generaliza y hace patente la situación de inseguridad, jurídica y vital, de la que adolecen estas víctimas y la sociedad se concienza de la necesidad de dar una respuesta a estos supuestos, por lo que demanda directa e indirectamente la agilización de las medidas de cambio en el tratamiento de los malos tratos.

3.^a El 16 de enero de 1998, en línea con el Plan de Acción, el Gobierno aprueba diez medidas urgentes para mejorar los servicios de atención y consulta a la mujer maltratada. De forma vertiginosa surgen propuestas de solución, o al menos de ayuda, al problema de las agresiones en el hogar. El 30 de abril de 1998 se aprueba el I Plan de Acción contra la Violencia Doméstica, que se articula en torno a seis grandes apartados, siendo el sexto el objeto de este estudio, relativo a «Legislación y práctica jurídica», y que distingue entre las medidas legislativas y las judiciales. El fruto de tal empresa es la Ley Orgánica 14/1999, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que por avatares parlamentarios no vio la luz hasta el 9 de junio.

4.^a La Reforma representa un hito en la regulación de la violencia en el hogar porque rellena casi todas las lagunas técnico-jurídicas existentes en la materia. A mi juicio es innegable que su carácter es positivo. A pesar de ello me parece criticable el hecho de mantener el artículo 153, regulador de las agresiones habituales dentro del hogar, en el Título relativo a lesiones, cuando éste es un delito en el que el bien jurídico protegido no es en puridad la salud ni la integridad física.

5.^a Es conveniente, para una correcta clasificación penal, el cambio de Título del delito de malos tratos, pues el bien jurídico protegido

en este tipo es la integridad moral, y por lo tanto tiene perfecto encaje en el Título VII del Libro II de nuestro texto punitivo, encargado de regular las «Torturas y otros delitos contra la integridad moral». Desde 1995 no sólo se incluyen en él los abusos de poder por parte de los funcionarios sino también por particulares, como pone de manifiesto el artículo 173 del Código Penal, y es patente que las agresiones en el hogar son una materialización del abuso de poder por parte de algunos sujetos pertenecientes al núcleo familiar.

6.^a Con la inclusión de la violencia psíquica en el tipo, por la Reforma de 1999, se pone de manifiesto la verdadera esencia del precepto, denunciando como inidónea su ubicación. Además de argumentos jurisprudenciales que avalan mi propuesta, ésta se refuerza en el hecho de que la falta de malos tratos no prevea los malos tratos de palabra, que se podrían haber previsto si el legislador hubiera decidido que el artículo 153 del Código Penal siguiera siendo una cualificación de la falta del 617.2. Además, con la inclusión del nexo entre el artículo 620.2 y el 153 se rompe con la coherencia de mantener como tipo de lesiones la violencia habitual en la familia, pues existe un valor a proteger por encima de la salud y de la integridad física que es la integridad moral.

7.^a La previsión de la violencia psíquica como acción típica en el precepto de malos tratos habituales nutre al tipo de entidad y coherencia y cabe ser calificada de «decisiva y positiva», y ello no sólo porque hasta este momento no podían considerarse delito de maltrato en el hogar las conductas habituales que consistieran en agredir psíquicamente a un miembro del núcleo familiar por no tener encaje en el precepto penal que nos ocupa, sino porque con la previsión se posibilita el hecho de que las violencias psíquicas y físicas conformen conjuntamente el requisito de la habitualidad. No obstante, hay que recordar que habría sido mejor introducir el término «psicológica» en vez de «psíquica» para evitar problemas de aplicación práctica, ya que por regla general las víctimas de maltrato no adolecen de enfermedades mentales sino de secuelas psicológicas por la situación vivida, siendo más fácilmente «observables» por psicólogos que por psiquiatras a la hora de hacer las peritaciones.

8.^a Resulta criticable que las violencias sexuales en el hogar todavía no tengan cabida en el tipo de malos tratos habituales. No concurren en el cómputo de la habitualidad y aunque se repitan con frecuencia no conforman este requisito.

9.^a A través del ejercicio habitual de agresiones por algunos miembros de la familia se ataca la integridad moral de otros sujetos más débiles del núcleo familiar. No es lo más determinante si son los

malos tratos físicos, psíquicos o sexuales los que provocan la indefensión y la humillación de esos sujetos sino la frecuencia de las agresiones y el pánico que genera la incontrolabilidad de la situación al no poder escapar de ella ni predecirla.

10.^a La Reforma de 9 de junio de 1999 añade un último párrafo en el precepto regulador de los malos tratos intrafamiliares para facilitar la labor del juzgador a la hora de apreciar la habitualidad, teniendo que atender éste «al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores». No obstante, la proximidad debería quedar definida en el precepto para evitar desajustes en su aplicación.

11.^a Con relación a los sujetos pasivos parecen positivas, pero no completas, las modificaciones llevadas a cabo al respecto por la Reforma de 9 de junio, porque el legislador se ha olvidado de la inclusión de los hermanos dentro de los sujetos protegidos en el delito de malos tratos habituales. Tampoco quedan incluidos en el tipo los hijos de los hermanos, los descendientes que no sean hijos (nietos), y los parientes por afinidad (cuñados o suegros), aunque convivan bajo el mismo techo con el agresor. Por otro lado, el término «afectividad», definidor de las relaciones no conyugales protegidas por el tipo, distorsiona la correcta interpretación del precepto, ya que dentro de lo que sugiere la frase «análoga relación de afectividad» caben también las relaciones de noviazgo y las relaciones homosexuales, y sin embargo la jurisprudencia viene entendiendo lo contrario, es decir, que en caso de que existan agresiones entre los miembros de estas parejas no puede aplicarse el delito de maltrato, postura que no comparto.

12.^a La Reforma de 1999 abre la posibilidad de establecer el alejamiento del agresor como medida cautelar para los delitos y como pena accesoria tanto para los delitos como para las faltas. Sin embargo no es oportuno que sea el arbitrio judicial y no la letra de la Ley quien decida en última instancia la aplicación de dicha pena, pues es de esencial relevancia en los supuestos de maltrato doméstico y debería haberse previsto como pena principal.

La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción (*)

JOACHIM HRUSCHKA

Catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho.
Universidad de Erlangen-Nüremberg

I. EL PROBLEMA

El Código Penal alemán (StGB) distingue, como es sabido, entre hurto [*Diebstahl*], estafa [*Betrug*] y extorsión [*Erpressung*] y además entre robo [*Raub*] y extorsión agravada [*räuberische Erpressung*]. Por lo que se refiere a los elementos del tipo objetivo, el hurto se caracteriza (1) por la toma de una cosa mueble ajena, donde «tomar», según

(*) Traducción de «Das Opferverhalten als Schlüssel zum System der Sachentziehungsdelikte», en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. II (1994), pp 177-190, a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz. Titular de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra. Agradezco las observaciones realizadas a esta traducción por Jan Schuhr, asistente de la cátedra de Derecho penal, Derecho procesal penal y Filosofía del Derecho en la Universidad de Erlangen-Nürnberg.

(1) § 242 I StGB: [hurto] «Quien toma una cosa mueble ajena de otro con la intención de apropiársela antijurídicamente, será castigado...». [La 6.^a Ley de reforma penal, de 26 de enero de 1998, modificó los preceptos citados en algunos extremos; por este motivo se facilita también el texto de los preceptos reformados, cuando ello es de interés a los efectos de este trabajo, señalando en letra cursiva las variaciones introducidas: «Quien toma una cosa mueble ajena de otro con la intención de apropiársela él o un tercero antijurídicamente, será castigado...» (N. del T.)].

la doctrina general de la bibliografía autorizada, significa «ruptura de la posesión ajena e instauración de una nueva sobre la cosa en cuestión» (2). *Estafa* es, también según la opinión general, el engaño a una persona, que le hace caer en un error por cuyo motivo lleva a cabo un acto de disposición patrimonial experimentando así un perjuicio patrimonial. También un tercero puede sufrir un perjuicio patrimonial, si el engañado dispone del patrimonio de aquél (3). Comparando los elementos de la *extorsión* con los del tipo de la estafa, aquélla consiste en el empleo de violencia o amenaza de un mal relevante, en virtud de las cuales el afectado se ve en una situación de necesidad, ante la que lleva a cabo un acto de disposición patrimonial experimentando así un perjuicio patrimonial. También aquí es posible que un tercero experimente un perjuicio, si el afectado realiza un acto de disposición sobre el patrimonio de aquél. Podría entenderse que esta interpretación de la extorsión se corresponde con la opinión dominante hoy día en la bibliografía jurídico-penal (4). Según el tenor de la ley —y la doctrina hoy dominante—, un hurto pasa a ser *robo* y una extorsión se agrava [sancionándose como *robo*], si el hecho se lleva a cabo empleando violencia contra una persona o intimidación, con un peligro actual para la integridad física o la vida (5).

Por consiguiente, el Derecho penal alemán distingue, como específicos delitos que llevan consigo sustracción de cosas: el hurto, que

(2) Cfr. por ejemplo LACKNER, *StGB mit Erläuterungen*, 20.^a ed., 1993, § 242, núm. marg. 8.

(3) § 263 I StGB: [estafa] «Quien con la intención de conseguir para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, produce un perjuicio a otro en su patrimonio provocando o manteniendo un error, por simulación de algo falso o por deformación o supresión de hechos verdaderos, será castigado...».

(4) § 253 I: [extorsión] «Quien coacciona antijurídicamente a otro, con violencia o con intimidación de un mal relevante, a actuar, tolerar u omitir, y ocasiona así una pérdida en el patrimonio del coaccionado o de un tercero, para enriquecerse injustamente él o un tercero, será castigado...».

(5) § 249 I: [robo] «Quien, con violencia contra una persona o empleando intimidación mediante un peligro actual para la integridad física o la vida, toma una cosa mueble ajena de otro con la intención de apropiarse de ella antijurídicamente [él o un tercero], será castigado...». § 255: «Si la extorsión se realiza con violencia contra una persona o con la aplicación de intimidación con un peligro actual para la integridad o la vida, entonces se sancionará al autor igual que al del robo.» [El tipo de la *Erpressung* del § 253 no es idéntico a la extorsión del art. 243 CP. El § 255 define la conducta de *räuberische Erpressung* como tipo cualificado: la violencia o intimidación empleadas suponen un peligro actual para la vida o integridad, en cuyo caso la conducta se sanciona como robo. Algunas conductas que en España se consideran robo violento o intimidatorio (por ejemplo, las seguidas de entrega de la cosa por la propia víctima amedrentada) constituyen *Erpressung* según el § 253. Debe tenerse en cuenta este matiz cuando en la traducción se emplea el término *extorsión*. (N. del T.)]

puede pasar a ser robo; y además, también dentro de aquella misma categoría, la extorsión referida a cosas, que puede pasar a ser extorsión agravada [y sancionarse entonces como *robo violento o intimidatorio*]; y la estafa sobre cosas. Cuando los delitos de extorsión y estafa recaen sobre cosas nos hallamos ante sendos supuestos de aplicación, caracterizados por existir un acto de disposición patrimonial por parte de la víctima al disponer sobre la tenencia de una cosa; o bien –según la terminología acostumbrada en el hurto– al disponer sobre la posesión de la cosa, pues ya la simple tenencia de una cosa es un elemento integrante del patrimonio sobre la que puede disponerse. Los tipos de extorsión y estafa comprenden, claro está, otros supuestos además de los que se refieren a cosas.

Los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción, como el hurto, estafa sobre cosas y extorsión, se caracterizan porque un tenedor de la posesión pierde, a través del delito, la posesión sobre una cosa. Por esto, la apropiación indebida de cosas [*Unterschlagung*] no forma parte de los delitos que llevan consigo sustracción, porque éstos son sólo aquellos cuyo tipo presupone una pérdida de la posesión para el hasta entonces tenedor de la posesión; no porque se encuentre junto a un hecho de tal género pasa la apropiación indebida a ser un delito de sustracción (6). Con frecuencia, la pérdida de la posesión que experimenta la víctima viene acompañada de la obtención de la posesión de la cosa por un tercero, por lo general, el autor. Sin embargo, la obtención de la posesión a través de un tercero, como dicho tenedor de la posesión, no forma parte del concepto de delito patrimonial con sustracción de cosas.

Además, todo delito de esta clase se caracteriza porque el autor de alguna manera determina o codetermina la pérdida de la posesión, porque en verdad «sustra» la cosa a la víctima. La conducta puede definirse por medio de ulteriores elementos; el autor puede así emplear violencia o intimidación de un mal relevante, o bien recurrir a la astucia como medio comisivo. Otra diferencia específica entre las diversas modalidades de delitos patrimoniales de sustracción viene dada por el modo de la eventual *participación de la víctima* en la pérdida de la posesión sufrida. La víctima puede no tomar parte en la desposesión; o

(6) Tras la nueva versión del § 246, el tipo de la apropiación indebida puede ser integrado con el del hurto. El § 246 StGB define la apropiación indebida como «apropiación de una cosa mueble ajena». El inciso «que el autor haya recibido en tenencia o posesión» fue suprimido en la nueva versión del precepto. [El contenido de esta nota y de la frase del texto a la que viene a completar, fueron modificadas de acuerdo con el autor. (N. del T.)]

puede en cambio participar, sea aportando algo de forma activa, sea tolerándola.

Los intentos hasta ahora realizados para construir un sistema acabado de los delitos de sustracción de cosas parten de la actual regulación de los tipos recogida en los §§ 242 (hurto), 263 (estafa), 253 (extorsión), 249 (robo) y 255 (extorsión agravada, sancionada como robo). Se procede a «interpretar» los tipos «delimitando» entre unos y otros. Pero el defecto de un método así es palmario. Hurto, estafa y los restantes delitos, tal y como hoy los conocemos, son resultado provisional de una evolución histórica. Al contemplar dicha evolución, de inmediato se aprecia cómo los tipos actuales se han formado de manera separada unos de otros (7). Por eso, no está justificado prescindir de esas diferencias y separaciones entre los tipos al construir un sistema de los delitos de sustracción. En la medida en que partamos de los tipos del StGB hoy vigente, conseguiremos a lo sumo aproximarnos a un sistema. Así el grado de aproximación al sistema dependerá de cuánto se haya ido acercando a éste la evolución de los tipos hasta el momento (8). En los métodos de trabajo que son hoy usuales, nos hallamos condicionados por el curso de la historia del Derecho hasta nuestros días. Y como los resultados alcanzados hasta ahora en la evolución de la historia del Derecho son provisionales, ello ha de afectar necesariamente a nuestras investigaciones.

El presente trabajo sigue otro camino. Su objeto consiste en cierto modo en efectuar una reconstrucción racional del sistema de los delitos de sustracción, producto de lo que se percibe en el transcurso de la historia del Derecho. Dicho de otro modo: se expone cómo en los delitos de desposesión (hurto y robo, extorsión y extorsión agravada y estafa de cosas) subyacen estructuras prepositivas, de cuyo análisis se trata en lo que sigue.

(7) Sobre el desarrollo histórico, incluyendo los conceptos del Derecho romano de *furtum*, *stellionatus* y *concessio*, cfr. HERMANN-BLEI, *Strafrecht Besonderer Teil*, 12.^a ed., München, 1983, pp. 169, 215-249 ss.

(8) La idea es una obviedad; y por eso hace ya mucho tiempo que ha sido tenida en cuenta. Cfr. únicamente August HEGLER, «Das System der Vermögensdelikte», en *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* IX (1915/1916), pp. 153-154 ss. Otros trabajos de importancia sobre nuestro tema son: Horst SCHRÖDER, «Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung», en *ZStW* 60 (1941), pp. 33 ss.; Harro OTTO, «Zur Abgrenzung von Diebstahl, Betrug und Erpressung bei der deliktischen Verschaffung fremder Sachen», en *ZStW* 79 (1967), pp. 59 ss.; el mismo, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, 1970; Rolf Dietrich HERZBERG, «Betrug und Diebstahl durch listige Sachverschaffung», en *ZStW* 89 (1977), pp. 367 ss.; cfr. también, más recientemente, Rudolf SCHMITT, «Nehmen oder Geben, ist das hier die Frage?», en Manfred SEEBODE (ed.), *Festschrift für Günter Spendel*, Berlín, 1992, pp. 575 ss.

II. LAS ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN COMO MEDIO DE ANÁLISIS

Elementos para el análisis son las diferenciaciones existentes entre *imputatio facti*, *applicatio legis ad factum* e *imputatio iuris*; entre imputación ordinaria y extraordinaria; y entre cuatro motivos distintos que excluyen la imputación (9).

1. La diferenciación entre *imputatio facti*, *applicatio legis ad factum* e *imputatio iuris* (10)

a) Lo primero de todo, han de diferenciarse la aplicación de una ley (*lex*) a un hecho (*factum*) y la imputación de ese hecho. Ambos constituyen actos de juicio. También Kant, en conexión con Christian Wolf, califica de forma expresa la «imputación» como un «juicio». Sobre la relación entre ambos juicios, se lee en Wolff (11): «Ex applicatione legis ad factum intelligitur, actionem esse talem, quae imputari possit.» («de la aplicación de una ley a un hecho se pone de manifiesto que el hecho es un acontecimiento que puede ser imputado.»). Dicho pasaje afirma que toda *applicatio legis ad factum* implica la imputabilidad del *factum*, al que la *lex* se aplica; lo cual viene a afirmar, como efecto final, la tesis de que una *applicatio legis ad factum* contiene siempre una *imputatio facti*. Una *imputatio facti* es así aquello que en Kant (12) se denomina simplemente «imputación»: «Imputación (*imputatio*) es el juicio por el que alguien es visto como *Urheber* (*causa libera*) de una acción, que entonces se denomina hecho (*factum*)».

(9) He presentado lo que sigue últimamente en mi trabajo: «Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln», en *Rechtstheorie* (22) 1991, pp. 449 ss. [existe traducción castellana, a cargo de BALDÓ LAVILLA, «Reglas de comportamiento y reglas de imputación», en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Pamplona, 1995, pp. 171 ss.]. Cfr. también «Imputation», en *Brigham Young University Law Review* 1986, pp. 669 ss.

(10) La distinción procede en lo esencial de Joachim Georg DARIES. Cfr. *Institutiones Iurisprudentiae Universalis*, Ienae, MDCCXXX, *Introductionis ad Ius Naturae et Gentium Pars generalis*, en especial, §§ 211 ss.; y *Observationes Iuris Naturalis, Socialis et Gentium*, vol. II, Ienae, 1754, Obs. XLII, § XXI, y Obs. LI. Al respecto, cfr. el «anexo II: Zur Entdeckungs- und zur Rezeptionsgeschichte der Unterscheidung von imputatio facti und imputatio iuris», de mi trabajo publicado en *ZStW* 96 (1984), [pp. 661 ss.], pp. 692 ss.

(11) Christian WOLFF, *Philosophia Practica Universalis... Pars prior*, Francofurti et Lipsiae, MDCCXXXVIII (reimpr., Hildesheim, New York, 1971), § 598.

(12) KANT, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), Akademie-Ausgabe (= AA), vol. VI, p. 227.

Donde «Urheber (causa *libera*) de una acción» designa de manera clara al sujeto que actúa libremente. Kant: «imputamos (algo) cuando *simpliciter* es atribuido a una persona, esto es, cuando es concebido como originado en la *libertad*.» (13). Expresado de otro modo: la imputación de un proceso o de una inactividad como «hecho (*factum*)» –de forma más precisa: como «realización de una acción» u «omisión de una acción»– equivale a aceptar por quien emite el juicio de imputación que la persona a la que él –el que emite el juicio– imputa la realización o la omisión como hecho disponía de una alternativa a ese hecho. La cita de Wolff afirma así que en la aplicación de una ley a un hecho, quien emite el juicio –quien juzga– parte de la aceptación de que la persona a cuyo hecho se aplica la ley, tenía una alternativa a ese hecho (14).

b) La *imputatio iuris* es el juicio sobre el mérito del hecho, en el amplio sentido de la palabra «mérito», que comprende tanto el positivo como el negativo. La aplicación de la ley a un hecho puede dar lugar a alguno de estos tres resultados: puede mostrar que la persona a cuyo hecho se aplica la ley: 1) ha obrado conforme a la ley (dicho de modo más exacto: conforme a la versión prospectiva de la ley aplicada); o 2) ha infringido las leyes; o 3) ha llevado a cabo más de lo que la ley requiere, es decir, ha obrado de manera supererogatoria. En el tercer caso se imputa el hecho supererogatorio «a mérito» (*meritum*); en el segundo se imputa el hecho antijurídico «a la culpabilidad» (*demeritum*): en estos casos la *imputatio iuris* es equivalente a alabanza o reproche. En el primer caso, por el contrario, la persona ha llevado a cabo precisamente su deber (*debitum*); siguiendo a Pufendorf (15) y Kant (16), en este caso no tiene lugar ninguna *imputatio iuris* (17).

Si ha procedido un juicio de imputación de este género –una *imputatio iuris*–, ello significa que ya ha tenido lugar la aplicación de la ley

(13) KANT, AA, vol. XIX (Reflexionen zur Moralphilosophie), p. 157, refl. 6775.

(14) La frase de Wolff constituye la versión retrospectiva del conocido «“deber” implica “poder”». Al hablar sin ironía y sin rodeos, afirmamos «“deber” implica “poder”» cuando, por ejemplo, quien da una orden, pone de manifiesto al enunciarla, que quien la recibe se encuentra en condiciones de seguirla: la orden «¡cierra la puerta!» implica por tanto que quien ordena da por supuesto que quien la recibe puede en efecto también cerrar la puerta. Consecuentemente, toda *applicatio legis ad factum* implica la aceptación de que el suceso al que la ley se aplica puede ser imputado –como un *factum*, como hecho– al ser humano que en él se ve involucrado.

(15) *Elementa Iurisprudentiae Universalis*, Hagae-Comitis, MDCLX, Lib. I, Def. XX (pp. 241 ss.).

(16) AA, vol. 6, pp. 227 ss.

(17) Como tampoco hay motivo alguno para alabar o reprochar, si todos los días cumplo la norma «no debes matar».

(*lex*) al hecho. Por eso existe también aquí una relación de implicación: la *imputatio iuris* implica la aplicación de la *lex* al hecho. Así ya Daries (18): «*Mihi videtur*», «*quod hic actus (i.e. actus applicationis legis ad factum) imputationi iuris antecedit, et imputationi facti sequatur.*» «A mi entender, el acto de aplicación de la ley precede a la *imputatio iuris* y sucede a la *imputatio facti.*» *Por eso, podemos en adelante caracterizar a la imputatio facti también como «imputación de primer nivel» y a la imputatio iuris como «imputación de segundo nivel».*

2. La diferenciación entre imputación ordinaria y extraordinaria (19)

Si no existe motivo alguno que excluya la imputación (enseguida trataremos de ello, *infra* 3), sea la de primer nivel, sea la de segundo nivel, entonces hablamos de «imputación ordinaria». Si, por lo contrario, sucede que la situación proporciona un motivo para excluir la imputación, y sin embargo a la persona a la que debe imputarse le hacemos responsable de encontrarse en esa situación (que excluye la imputación ordinaria), hablamos de «imputación extraordinaria». La terminología se adapta así al lenguaje en el que de forma generalizada se habla de «imputación». El lenguaje tradicional emplea la misma diferenciación, pero resalta el hecho imputado en lugar del juicio de imputación. El hecho imputado de forma ordinaria significa en la tradición «*actio libera in se*», esto es, «acción considerada en sí misma libre», mientras que el hecho imputado de forma extraordinaria significa «*actio libera in (sua) causa*», esto es, «acción libre en su causa».

3. Motivos en virtud de los cuales se excluye la imputación ordinaria, sea de primero, sea de segundo nivel: situación de necesidad y error (20)

1) Una «situación de necesidad absoluta», una «*necessitas simplex seu absoluta*» [Daries (21)] excluye la imputación ordinaria de

(18) *Institutiones*, § 225 (escolio).

(19) Cfr. al respecto, HRUSCHKA, «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf - Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von *actio libera in causa in se* und *actio libera in sua causa*», en *ZStW* 96 (1984), pp. 661 ss.; «Probleme der *actio libera in causa* heute», en *JZ* 44 (1989), pp. 310 ss.

(20) Cfr. al respecto, HRUSCHKA, «Rechtsfertigungs- und Entscheidungsgründe: Das Brett des Carneades bei Gentz und bei Kant», en *GA* 138 (1991), p 1 ss.; pp. 6 ss.

(21) *Observationes Iuris Naturalis, Socialis et Gentium*, vol. II, Obs. LI, pp. 166 ss.

primer nivel. Eso significa que el tener o no lugar un evento físico, del que se trata en un caso concreto, *no* se imputa a la persona que en él se ve inmersa como «hecho», como «aportación de una acción» o, en su caso, como «omisión de una acción». Ejemplo: A golpea con intensa violencia («*vis absoluta*») a B en el codo atravesando el vidrio de una ventana. La exclusión de la imputación ordinaria (la destrucción del vidrio de la ventana como conducta de daños materiales) se deriva de la regla «*Impossibilium et necessariorum nulla est imputatio*» [Hutcheson (22)].

2) La imputación ordinaria de un suceso como «realización de una acción», y la imputación ordinaria de que no tenga lugar un evento como «omisión de una acción» (es decir, de nuevo: la imputación de *primer nivel*), quedan además excluidas también si la persona a la que debe imputarse el hecho desconoce las circunstancias que son relevantes para caracterizar el hecho a imputar. Casos de este género se denominan, de acuerdo con la tradición, «casos de una *ignorantia facti*». Ejemplo: A podría salvar a un sujeto que se está ahogando, si le lanza un salvavidas. Hay un salvavidas, y A podría también hacerse con él. Sin embargo, el salvavidas está oculto en la arena de la orilla, y A lo desconoce. También aquí rige la regla «*Impossibilium et necessariorum nulla est imputatio*», porque para A, a causa de su error, le resulta imposible utilizar el salvavidas para salvar a quien se ahoga.

3) Una «*necessitas cum adiunctione*» (Daries), una situación de necesidad «con limitaciones» (*) puede excluir la imputación ordinaria en el *segundo nivel*. Lo cual significa que el hecho se considera en verdad como «hecho», y también es enjuiciado como antijurídico, pero no imputado a la «culpabilidad». Ejemplos de ello ofrecen los casos de una «*vis compulsiva*», de una amenaza con causar un mal relevante, y otros casos semejantes, como cuando A, mostrando una pistola, compele a B a que maltrate a C golpeándole. Sin embargo, excluir aquí la imputación de segundo nivel resulta tan evidente, como difícil fundamentarlo. Lo mejor es buscar una fundamentación en paralelo con la

(22) En el Digesto 50, 17, 185 se atribuye a CELSUS «*impossibilium nulla obligatio*». En la consideración retrospectiva de un suceso corresponde el enunciado «*impossibilium nulla imputatio*». HUTCHESON, *A system of Moral Philosophy*, posthum London MDCCLV, reimpr. B. Fabian (ed.), *Collected Works of Francis Hutcheson*, vol. V, 1969, p. 229, nota, caracteriza el enunciado reproducido en el texto como «*common maxim*».

(*) *Necessitas cum adiunctione* significa situación de necesidad que no excluye actuar con volición, pero sí el actuar voluntariamente en el caso en cuestión: no puede decirse con propiedad que sea una situación de necesidad (pues, con rigor, situación de *necessitas* es la absoluta), pero por extensión se considera así (N. del T.).

regla «*Impossibilium et necessariorum nulla est imputatio*», como Kant la entiende al tratar el caso de la tabla de Carnéades (23). Aunque también podría ser que la propia formulación de Kant, según la cual, en una situación de necesidad de las que aquí se trata, una «ley penal» no puede «alcanzar de ningún modo» «el efecto pretendido» (*i. e.*, hacer desistir de su hecho al autor) pareciera necesitada de mejoras.

4) Por último, la imputación ordinaria de un hecho antijurídico a la culpabilidad (asimismo, por tanto, *en el segundo nivel de imputación*) se excluye si el autor desconoce la norma que le prohibía o, en su caso, le prescribía la realización de la conducta. Estos son los casos de una *ignorantia iuris*. Ejemplo: el panadero infringe la prohibición de hacer uso del horno durante la noche, porque desconoce la norma que prohíbe ese trabajo durante noche. En los casos de esta índole es claro que la norma no puede tener «el efecto buscado» (a saber: hacer desistir de trabajar de noche al panadero).

Para completar lo expuesto, habría que añadir que en las constelaciones de casos 1) a 4) siempre puede entrar en consideración una *imputación extraordinaria*. Para una imputación extraordinaria en los casos del número 2) se habla de «imprudencia». Los §§ 35.1 (segundo inciso) StGB, con la cláusula de creación del peligro, y 17 (inciso 1), con la cláusula de evitabilidad, prevén una imputación extraordinaria (*). Sin embargo, sobre ello no se precisa aquí una exposición más detallada, dado que la imputación extraordinaria no desempeña ningún papel en las estructuras de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción, de las que enseguida se tratará.

4. Igualmente, sólo puede hacerse referencia a que a ambos niveles de imputación corresponden sendos conceptos de libertad. La libertad de la que se trata cuando se imputan un suceso o inactividad como

(23) *Die Metaphysik der Sitten*, AA vol. 6, p 235 s.

(*) Expresa el § 35: «Estado de necesidad exculpante. 1) El que, ante un peligro actual, e inevitable de otro modo, para la vida, integridad o libertad, comete un hecho antijurídico para apartar un peligro de sí mismo, de un pariente o de otra persona allegada, obra sin culpabilidad. Esto no rige en caso de que al autor, en función de las circunstancias, en particular *por haber creado él mismo el peligro* o porque se encuentre en una relación jurídica especial, pueda exigírsele hacer frente al peligro; no obstante, la pena podrá atenuarse conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1, si el autor había tenido que hacer frente al peligro, pero no en consideración a una relación jurídica especial. 2) ...». Y el § 17 StGB: «Error de prohibición. Si al autor le falta, en el momento de cometer el hecho, el conocimiento de estar obrando antijurídicamente, actúa sin culpabilidad *siempre que no haya podido evitar* dicho error. Si lo hubiera podido evitar, cabrá atenuar la pena conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1.». Versión extraída de SILVA SÁNCHEZ, Anexo a *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 196-197 (N. del T.).

«realización» u «omisión de una acción» —como «hecho»—, es distinta de la libertad de la que se trata en relación a la imputación «a la culpabilidad». La diferencia se expresa en alemán también con la oposición de las expresiones *willentlich* («con volición») y *freiwillig* («voluntariamente»), que se corresponden con la existente entre «voluntad» [Wille] y «deseo» [Wunsch] (*). Quien obra «con [un acto de] volición» no siempre obra voluntariamente, pero quien obra «voluntariamente» sin duda obra «con volición». Resulta aquí oportuno también el adagio «*quod quis agat, vel non agat, prout vult agere, vel non agere.*» Es decir, «lo que se hace, se quiere hacer; y lo que no se hace, no se quiere hacer» (24).

Actúa «con volición», aun cuando no «voluntariamente», quien se ve compelido a actuar en una situación de necesidad del número 3), mientras que quien se halla en una situación de necesidad del número 1) en absoluto «actúa» (en el significado actual del término), es decir, tampoco tiene «volición». También la persona que no encuentra el salvavidas —cfr. *supra* 2)— permanece pasiva sin un acto de «volición» en lo que a la salvación del que se ahoga se refiere. En los casos del número 4) la acción transgresora de la norma ignorada (en el ejemplo, la transgresión de la prohibición de hacer pan por la noche), no se realiza «voluntariamente».

III. APLICACIÓN DE ESTOS CRITERIOS A LOS DELITOS PATRIMONIALES QUE LLEVAN CONSIGO SUSTRACCIÓN

¿Qué aportan estas diferenciaciones al problema que nos ofrecen los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción? La idea

(*) Los términos del original (*willentlich* y *freiwillig*) han sido traducidos respectivamente como «con volición» y «voluntariamente», tanto en este texto, como en «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias». En este último (en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, enero 2000, núm. 5, p. 210, nota ****), se explica cómo los grupos de casos (1) y (2) en los que se aprecia un actuar no *willentlich*, podrían calificarse también con la expresión castellana «sin querer», pero no siempre resulta idónea en este contexto. A pesar de las referencias a «*desire*» y «*Wunsch*», no se ha traducido como «deseo», para mantener el paralelismo de las raíces de los términos empleados, y porque el autor, pudiendo hacerlo, no emplea *Wunsch* directamente. Cfr. nota siguiente (N del T.).

(24) Encuentro el adagio en Gershom CARMICHAEL, en el comentario a PUFENDORF, *De Officio Hominis et Civis*, editio secunda Edinburgi MDCCXXIV, Lib. 1, Cap. I, § 10, nota 1. Allí Carmichael remite a LOCKE, que en *An Essay Concerning*

básica que deseo presentar aquí es sencilla. Las estructuras de imputación tal y como ahora han sido expuestas, se refieren al *autor* de un hecho. Se trata de trasplantar el modelo hallado para el autor a la *víctima* de la acción delictiva en los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción.

Las siguientes consideraciones parten de la premisa de que no es posible hablar de un delito patrimonial que lleva consigo sustracción si la pérdida de la cosa debe imputarse de forma plena al anterior tenedor de la posesión. El panadero que por la mañana vende sus panecillos al fin y al cabo pierde la posesión de éstos. Sin embargo, aunque el cliente sin duda determina –o en cualquier caso co-determina– que el panadero pierda la posesión sobre los panecillos comprados, no realiza ningún delito patrimonial de sustracción. Y ello porque la pérdida de los panecillos es plenamente imputable al panadero, que los entrega sin violencia ni error. El panadero obra con volición y voluntariamente. No es posible una sustracción delictiva por parte del comprador.

Lo mismo ha de valer si el tenedor de la posesión tolera la pérdida y dicho tolerar se realiza sin violencia ni error. Si el panadero observa y deja que una persona le quite un panecillo, aunque sin dificultad podría impedir esa pérdida de la posesión, llevarse de la panadería el panecillo no constituye ningún delito (consumado) de sustracción. El panadero obra con volición –«*quod quis agat, vel non agat, prout vult agere, vel non agere*»– y voluntariamente, y por consiguiente está de «acuerdo», en el sentido técnico de la palabra, con la transmisión de la posesión. Claro que, haciendo muchas reservas mentales, igual desea explicarnos que él no consentía en transmitir la posesión; o que está indignado porque haya un sinvergüenza capaz de llevarse un panecillo sin decirle nada; o también que tiene motivos éticos muy elevados para no atacarle. Pero nada de eso varía su estar de acuerdo. A la vista de que voluntariamente ha aprobado la pérdida de la posesión, cualquier explicación de lo contrario sería un simple *venire contra factum proprium*, una autocontradicción que nada variaría el hecho de haber tolerado sin violencia ni error esa transmisión de la posesión. Esto hoy en buena medida se reconoce (25).

Human Understanding (1690; 4.^a ed., 1700), Book II, Chap. XXI, § 30 (ed. Peter H. Nidditch, Oxford, 1979, p 249 s), establece más exactamente que habría que distinguir entre «willing» y «volition», por un lado, y «desire» por otro. De forma muy adecuada hay que distinguir también en alemán entre «Wille» y el mero «Wunsch»; cfr. también KANT, *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten*, AA, vol. VI, p 213.

(25) Cfr. LACKNER, § 242, núm. marg. 14.

Distinto es si el hasta entonces tenedor de la posesión no toma parte en la pérdida de la posesión ni contribuyendo de forma activa, ni tolerando ante las circunstancias, o si su participación adolece de un defecto de imputación. Si dicho tenedor de la posesión de ninguna manera se ve inmerso en la pérdida de la posesión, entonces estamos ante una primera modalidad de delitos patrimoniales de sustracción. Pertenecen aquí los clásicos casos de (simple) hurto: por ejemplo, si el hipotético cliente, aprovechando una ausencia momentánea del vendedor, se lleva de la tienda el panecillo de forma subrepticia. Si, por el contrario, el tenedor de la posesión se halla inmerso de alguna manera en la pérdida de la posesión, pero su participación adolece de algún defecto de imputación, entonces el carácter de delito patrimonial de sustracción deriva, por una parte, de cuál sea el género de ese defecto de imputación y, por otra, de si ha de hacerse responsable al autor –y entonces, cómo– del defecto de imputación. Para decidirlo resulta clave la diferencia entre imputación de primer nivel (al respecto, ahora núms. 1 y 2) e imputación de segundo nivel (al respecto, núms. 3 y 4 siguientes).

1) Se excluye la imputación ordinaria de la pérdida de la posesión –en el primer nivel de imputación– en primer lugar si al tenedor de la posesión, estando allí presente, quizá incluso pudiendo observar cómo le quitan sus cosas, le resulta físicamente imposible su intervención debido a las circunstancias exteriores. Así, cuando el panadero está encerrado en la trastienda mientras le vacían el comercio. Casos de esta clase se corresponden con los más arriba designados como de *necessitas simplex seu absoluta*.

2) Se excluye la imputación ordinaria de la pérdida de la posesión –de nuevo, en el primer nivel de imputación– además, si el tenedor de la posesión contribuye en la pérdida de la posesión de sus cosas –por medio de un hacer o de un tolerar–, pero desconoce que le quitan las cosas y en consecuencia tampoco conoce que está contribuyendo a ello. Así, cuando el panadero ayuda al hipotético buen cliente a llevarse una bolsa con mercancías, sin darse cuenta de que son suyas (del panadero), y que el cliente en secreto ha metido en su bolsa. O también, cuando el panadero no impide, aunque en sí podría, que le quiten su mercancía porque no ha notado que alguien se las lleva. Estos casos se corresponden con los de una *ignorantia facti*.

3) Puede excluirse la imputación ordinaria de la pérdida de la posesión –ahora, en el segundo nivel de imputación– también si el tenedor de la posesión contribuye a transmitirla –por medio de un hacer o de un tolerar–, e incluso conoce además que está contribuyendo a transmitir la posesión. De entrada esto es válido si el tenedor de la posesión se encuentra en una situación de necesidad de la clase

de una *necessitas cum adiunctione* y entrega la cosa a causa de esta situación. Pertenecen aquí los casos de extorsión [*Sacherpressung*]: por ejemplo, el autor amenaza con desvelar algo comprometedor induciendo así a la víctima a pagar el precio de su silencio. También entran aquí casos como el analizado en la sentencia BGHSt. 7, 197: la autora, a raíz de una relación amorosa con su cuñado durante la guerra, había tenido un hijo, y para ocultar la relación a la familia designó como padre a un conocido caído en batalla; más tarde explicó al cuñado, faltando a la verdad, que el supuesto padre regresaba, y exigía un precio por guardar silencio; si no, lo revelaría a la familia del cuñado; a consecuencia de ello, éste pagó el dinero exigido por mantener el silencio (26). En el ejemplo de la amenaza, como en el del BGH, la víctima se halla en una situación de necesidad (27) que conduce a que respecto al pago del precio del silencio no sea posible la imputación ordinaria a la víctima en el segundo nivel de la imputación.

4) Se excluye la imputación ordinaria de la pérdida de la posesión –de nuevo, en el segundo nivel de imputación– además, si el tenedor de la posesión entrega la cosa desconociendo que está sufriendo una pérdida patrimonial. Si se es consecuente, entonces estos casos corresponden a la categoría de los supuestos de una *ignorantia iuris*; la víctima es vencida por un error, pero no sobre la cualidad de su propia conducta –la pérdida de la posesión–, sino sobre su valoración. Pertenecen a éstos los casos de estafa sobre cosas, como el clásico de la estafa de consumición (28), pero también es ejemplar el siguiente: el cajero del banco abona, con plena conciencia de lo que hace, 2.000 marcos a quien presenta un cheque al portador, sin darse cuenta de que está librado sólo por 200. Hay que partir además de que el portador presenta el papel sin engañar al cajero sobre lo elevado del importe; y de que un «engaño por omisión» quedaría excluido por la falta de un deber de garante. Únicamente se aprovecha del error del cajero (29). La víctima se encuentra, no sólo en el ejemplo de la estafa, sino también en este último caso, en un error que da lugar a que la disposición patrimonial por ella realizada no le sea imputable de forma ordinaria en el segundo nivel de la imputación.

(26) El caso no constituye un supuesto de extorsión, porque la autora no «amenazó» en sentido técnico al cuñado, sino que le «previno». Sólo constituye una «amenaza» el anuncio de un mal cuya realización se debe a la influencia del que amenaza.

(27) En el caso del BGH, porque el cuñado creyó en la veracidad del aviso.

(28) El autor engaña al camarero sobre la capacidad patrimonial para el pago de su consumición, por lo que el camarero le sirve lo solicitado.

(29) Por eso no se trata de una estafa sobre cosas, aunque el error del cajero hace que la entrega del dinero no sea plenamente imputable.

¿Cómo enjuiciar los casos de estos cuatro grupos? En los casos de los grupos 1) y 2) el autor comete un hurto. Para fundamentarlo resulta decisivo que la pérdida de la posesión no puede imputarse a la víctima ya *en el primer nivel de la imputación*. Además es suficiente con que quede excluida la imputación ordinaria. Ello no depende de si la pérdida de la cosa puede quizá ser imputada a la víctima de forma extraordinaria. El hecho sigue siendo hurto también si el panadero no puso suficiente atención sobre sus panecillos.

En los casos de los grupos 3) y 4), por el contrario, la víctima contribuye en la traslación de la posesión consciente y con volición. La imputación *en el primer nivel de la imputación* no se excluye. Y, precisamente por este motivo, la realización de la traslación de la posesión por el autor, no es un hurto en el sentido técnico del § 242 StGB. En su lugar, entran en consideración el tipo de la extorsión (sobre cosas) para los casos del grupo 3) y el de la estafa (sobre cosas) para los del 4). De nuevo es suficiente con que quede excluida la imputación ordinaria (ahora, en el segundo nivel); y, de nuevo, ello no depende de si la pérdida de la cosa puede eventualmente imputarse a la víctima de forma extraordinaria (30).

Lo mismo puede expresarse también mediante una contraposición de las ideas de «con volición» y «voluntariamente», una terminología que en la actual discusión jurídico-penal sobre los conceptos de extorsión y estafa juega ya un relevante papel. La víctima del hurto no contribuye en la traslación de la posesión «con un acto de volición», mientras que la víctima de la extorsión o de la estafa sí lo hace «con un acto de volición». Sin embargo, el extorsionado bajo el influjo de coacción no actúa «voluntariamente», como tampoco la víctima de una estafa actúa en cierto sentido «voluntariamente». Así como el panadero que desconoce la prohibición de trabajar de noche elabora «voluntariamente» sus panecillos, pero no actúa «voluntariamente» contra la prohibición, también la víctima de la estafa contribuye «voluntariamente» en el desplazamiento de la posesión, pero no actúa «voluntariamente» contra los criterios de lo razonable en términos económicos —como podría decirse, y luego se hará alusión a ello.

La distinción entre hurto y extorsión desde el punto de vista de la imputación proporciona también claros y, sobre todo, comprensibles criterios para distinguir entre robo y extorsión agravada [*räuberische Erpressung*, sancionada como robo], cosa que no permite la actual

30) Sobre la posibilidad de que la conducta imprudente de la víctima tenga relevancia sobre nuestro juicio del hecho del autor, cfr. Manfred ELLMER, *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlín, 1986, *passim*.

situación legal. Así, si el autor ha generado la situación de necesidad (la *necessitas simplex seu absoluta*) en la que se encuentra la víctima en los casos del grupo 1), y la emplea como medio para quitarle las cosas, entonces el hurto pasa a ser robo. Esto presupone, claro está, que el autor emplea violencia y que ésta debe ser una *vis absoluta*. Una *vis compulsiva* o una intimidación nunca pueden llevar a una situación de *necessitas absoluta*. Pero si esto es correcto, entonces no hay lugar en el actualmente vigente § 249 StGB [robo] para un robo intimidatorio mediante peligro actual para la vida o integridad (*). En este sentido, la ley incurre en un error y debe modificarse en este aspecto. En cambio, en los casos del grupo 3), *vis compulsiva* e intimidación pueden emplearse con un peligro actual para la vida o la integridad como medio para conseguir una disposición patrimonial. Ambas transforman una extorsión en una extorsión agravada [*räuberrische Erpressung*, sancionada entonces como robo]. No puede darse una extorsión agravada en la que el empleo de violencia constituya ya una *vis absoluta*. Cualquier hipótesis contraria disuelve el sistema.

Pero siendo así, no todos los casos incluidos en la categoría 3) son casos de extorsión: por ejemplo, no lo es el caso enjuiciado en BGHSt. 7, 197. Como tampoco todos los casos de la categoría 4) son supuestos de estafa: por ejemplo, no lo es el caso tratado más arriba del cajero del banco. En general, pertenecen a la categoría 3), pero no constituyen casos de extorsión ni aquellos supuestos en los que el autor genera la situación de necesidad que entonces aprovecha para lograr sus objetivos, aunque no aplicando violencia o intimidación, sino de otro modo (así, en el caso del BGH, donde lo que hace es «prevenirle»), ni aquellos en los que el autor aprovecha una situación de necesidad que existe con independencia de él. Y paralelamente, pertenecen a la categoría 4), pero no constituyen casos de estafa ni aquellos supuestos en los que el autor genera el error relevante de la víctima que entonces aprovecha para lograr sus objetivos, aunque no por medio de un engaño, sino de otro modo, ni aquellos en los que el autor aprovecha un error que existe con independencia de él. En ello estriban en parte

(*) Cfr. en nota 5 el texto del § 249 I. Partiendo de que el robo violento es tal porque la sustracción se produce mediante *vis absoluta* que excluye la imputación del primer nivel, no cabe robo violento mediante una situación de *vis compulsiva* o amenaza (segundo nivel). La regulación española del robo violento e intimidatorio (arts. 237 y 242 CP) podría encontrar aquí también un motivo para distinguir el tan tradicional binomio conceptual de la «violencia e intimidación», aceptando que bajo dicha denominación a menudo se consideran casos de muy diversa entidad: unos supuestos (robo violento) que excluyen la imputación de primer nivel, y otros (robo intimidatorio y mediante *vis compulsiva*) que excluyen la del segundo nivel (N. del T.).

las dificultades que la dogmática jurídico-penal actual encuentra en el § 253 [extorsión] y, en especial, en el § 263 [estafa] StGB. Ante todo, lo que hay que hacer al enfrentarse con el texto de la ley en esta materia es obrar con honradez y reconocer que hay lagunas de punibilidad, y no intentar cubrir dichas lagunas (real o de forma hipotética) mediante cuestionables «interpretaciones» de la ley.

Las dificultades con los actuales §§ 242, 253 y 263 StGB estriban sobre todo –según entiendo– en que la cuestión decisiva todavía no ha sido ni siquiera planteada. La base de partida es la determinación de que la exclusión de la imputación en todos los casos de los grupos 3) y 4) no tiene lugar en el primer nivel. Ahora bien, si es así, la cuestión de si la imputación en el segundo nivel debe excluirse o no, supone aceptar por parte de quien se la plantea que ya ha sido aplicado un sistema de reglas, en atención al cual puede hablarse con toda razón de una imputación y una exclusión de la imputación. La cuestión implica dicha aceptación, del mismo modo que toda *imputatio iuris* implica una *applicatio legis ad factum*. Cuando tratamos de la imputación de segundo nivel, buscamos con ello el sistema de reglas que ya venimos aplicando (intuitivamente) al hacer o tolerar de la víctima que ha contribuido en la traslación de la posesión. Tal vez habría que pensar en las reglas que un sujeto racional sigue al actuar en el campo de la economía. Sólo en atención a tal sistema de reglas cabe plantear con rigor las cuestiones que se suscitan en relación con las ideas de extorsión sobre cosas y estafa sobre cosas. Nos encontramos así ante la tarea de elaborar dicho sistema de reglas, una tarea que en este lugar sólo puede plantearse, pero no resolverse.

Derecho penal (*)

CARMEN JUANATEY DORADO

1. DEFINICIÓN Y LÍMITES

Es el instrumento sancionador, y no las materias sometidas a la disciplina, en buena parte comunes a otras ramas del Derecho público o privado, lo que caracteriza y distingue al Derecho penal del resto del ordenamiento jurídico (1).

La sanción penal tradicional –la pena– se caracteriza por ser intencionalmente aflictiva: recae sobre el condenado (aunque inevitablemente el sacrificio implica a las personas cercanas a él) sin eliminar o compensar las consecuencias del ilícito y sin perseguir resultados útiles a corto plazo (más bien al contrario, comporta costes elevados para la misma colectividad) (2).

El carácter aflictivo no es suficiente, sin embargo, para diferenciar esta categoría, puesto que también se encuentran sanciones represivas en otras ramas del Derecho (administrativo, tributario, procesal: es más este fenómeno ni siquiera es ajeno al Derecho privado). En realidad, desde el punto de vista de los contenidos aflictivos, la sanción

(*) Traducción de la voz «Diritto penale» del *Digesto delle discipline penali-stiche*, Tomo IV, 1990 (reimpresión 1992). Traducido por Carmen Juanatey Dorado, Profesora Titular de Derecho penal, Universidad de Alicante.

(1) Sobre la distinción entre «campo material» y «tipo de disciplina», cfr., AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962, 89.

(2) Sobre la tipología de las sanciones cfr., PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, en *Le pene private*, edición de Busnelli y Scalfi, Milano, 1985, 55.

propriadamente penal parece caracterizarse más por la cualidad que por la intensidad: ya sea porque afecta (al menos potencialmente, como la pena pecuniaria convertible en prisión en caso de insolvencia del condenado) al bien supremo de la libertad personal (o a la misma vida en el estrecho margen de las leyes penales de guerra: artículo 27, párrafo último de la Constitución); ya sea por su capacidad para no agotarse en sí misma, sino para dejar tras de sí una estela de «efectos penales» (art. 20 CP.) que continúan afectando negativamente a la posición jurídica del sujeto, acentuando los efectos estigmatizantes de la condena.

La caracterización desde el punto de vista del contenido no es por sí sola determinante: cumple una función constitutiva el criterio nominalista que se refleja en el elenco taxativo de las «penas principales» contenido en el artículo 17 CP (3). Lo que caracteriza a una norma como penal y a un ilícito sancionado como delito es la conminación de una pena principal. Así, son las penas principales las que pueden verse en parte reemplazadas por las «sanciones sustitutivas» introducidas por la Ley núm. 689 de 1981 (arts. 53 ss.), así como llevar consigo las penas accesorias (cuyo elenco no se agota en el artículo 19 CP) y los demás efectos penales de la condena. A la previsión de un hecho como delito (punible con una pena principal) se condiciona también la aplicación de las medidas de seguridad (art. 202 CP): las mismas figuras excepcionales de «cuasi-delito» (el delito imposible del art. 49, párrafo 21 CP, así como el acuerdo delictivo no ejecutado o la inducción al delito no aceptada regulados en el art. 115 CP), se construyen como tipos penales integradores, estructuralmente complementarios de un hecho penalmente sancionado (4).

Centrado, también desde la perspectiva constitucional (art. 27), en el mecanismo de la «responsabilidad», es decir, del sometimiento a las consecuencias sancionadoras de un ilícito, el ordenamiento penal tiene dificultades para asimilar, junto a las sanciones propiadamente punitivas (penas principales, accesorias, sustitutivas) el instituto de la medida de seguridad: aplicable tanto *post delictum* (salvo las excepciones de los cuasi-delitos, carentes de significado práctico), pero proporcionada a una magnitud totalmente subjetiva como es la peligrosidad, respecto a la cual el hecho delictivo juega como condición de relevancia, o todo lo más como síntoma; como apta para sacrificar o limitar (dejando a salvo la

(3) Sobre el nominalismo del criterio distintivo, cfr., DELITALA, «Diritto penale», en *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 1095. En sentido crítico PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, III, Milano, 1987, 18.

(4) En el sentido de que el cuasi-delito, en cuanto no punible, no es verdadero delito véase ahora VASALLI, «Quasi-reato», en *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 36; en otro sentido, PAGLIARO, *Principi*, cit., 219.

figura de la confiscación en cuanto tal) el bien de la libertad aun cuando su afflictividad constituye un medio y no un fin. A ello ha de añadirse el ambiguo régimen procesal: la aplicación de las medidas está ciertamente protegida por la garantía constitucional, pero no tiene técnicamente carácter de «condena» (arts. 205 CP y 479, último párrafo, CP).

Sobre la pertenencia de las medidas al Derecho penal, en un tiempo vivamente debatida, ya no es lícito dudar (5). Tanto por razones históricas y político-criminales, dado que la medida fue introducida en el Código Rocco como sustitutivo y complemento de la pena, en una estrategia unitaria de lucha contra la criminalidad; como por la función represiva que acaba por asumir no sólo de hecho, por el peso de su ineliminable afflictividad, sino también normativamente: a pesar de la reciente derogación del artículo 204 CP (art. 31, l. 10-10-1986, n1 663), el ámbito de aplicación de las medidas personales viene determinado principalmente, al margen de la necesaria comprobación de la peligrosidad, por la gravedad y por el tipo de delitos cometidos (la peligrosidad concreta cumple una función de límite, más que de fundamento: es casi una presunción *iuris tantum* en lugar de la suprimida presunción absoluta). Con la inclusión de las medidas de seguridad en el sistema también los inimputables (art. 203 CP) adquieren una (aunque reducida) capacidad jurídico-penal (6).

Han tenido escaso éxito las propuestas de cambio terminológico, que sugieren sustituir «sanciones penales» (y Derecho penal) por el término más amplio de «sanciones criminales» (y Derecho criminal), utilizando como criterio para ello el hecho generador, en lugar de la pluralidad de posibles sanciones (7). Al margen de la inoportunidad de abandonar el lenguaje del Código (y de la misma Constitución: art. 27), es innegable que la medida de seguridad, a pesar de la homologación constitucional (art. 25, párrafo 31), resulta en definitiva una institución marginal debido a su propia legitimación político-criminal, que resulta demasiado problemática como para situarla en el mismo plano que la pena (8).

(5) Por todos CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, 237. Para una noción de responsabilidad penal «en sentido amplio», véase Boscarelli, *Compendio di diritto penale*, VI, Milano, 1988, 5.

(6) Cfr., M. GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, RIDPP, 1956, 422; y ahora MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, 1988, 93. Desde un punto de vista diferente DELL'ANDRO, «Capacità giuridica penale», en *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 117.

(7) Así, por ejemplo, BOSCARRELLI, *Compendio*, cit., 6.

(8) Sobre la «marginalidad» de la medida en el sistema sancionador, cfr., MUSCO, *La medida di sicurezza detentiva*, Milano, 1978, 278; sobre la pena como «eje central», cfr., MANTOVANI, *Diritto penale*, II, Padova, 1988, 4.

Irreducible a una dialéctica de la responsabilidad y, por ello, extraña al mundo penal, se encuentra, por el contrario, la institución de la medida de prevención, que responde a situaciones de mera sospecha, a manifestaciones antisociales no cualificadas penalmente, a indicios que aún no han alcanzado un nivel de concreción penalmente significativo (*). En contraposición a la medida de seguridad, se trata de una forma de prevención todavía más incierta en cuanto a sus presupuestos (9).

Al género represivo pertenece también sin duda la prohibición del ilícito castigado con la sanción administrativa del pago de una suma de dinero, regulada en el Capítulo I de la Ley 24-11-1981, n.º 689, represión que, no obstante, se sitúa fuera del Derecho propiamente penal (10) como reflejo de una política de despenalización dirigida a restablecer el prestigio y efectividad de la pena, a través de la remoción de excesos inflacionistas y de la degeneración que suponen los delitos de bagatela.

La relación entre disciplina punitiva y represión administrativa no pretende ser, sin embargo, de incomunicabilidad, sino de coordinación, gracias al apoyo técnico del «principio de especialidad» del artículo 9. La alternativa administrativa completa así el proyecto de un sistema represivo modulado (en este sentido, la ley n.º 689 postula la continuidad de una política coherente de elecciones) (11). La adopción de modelos penales en la construcción del ilícito administrativo acentúa la exigencia de un nivel de garantía mínimo, inherente a la sanción puni-

(*) Nota del traductor: «Las medidas de prevención» son medidas de prevención especial consideradas tradicionalmente –y desde el punto de vista formal– de naturaleza administrativa, dirigidas a evitar la comisión de delitos por parte de determinados sujetos considerados peligrosos. Se trata de medidas predelictivas que se aplican con independencia de la previa comisión de un hecho constitutivo de delito. Esto es lo que las diferencia de las medidas de seguridad, únicamente aplicables a sujetos peligrosos que hayan cometido un hecho delictivo.

(9) Sobre tal problemática véanse las actas del Convenio de Nicola sobre *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975; define las medidas de prevención «sanciones criminales impropias e indirectas» NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II, Padova, 1982, 18. De este último autor véase además *La prevenzione nella teoria generale della materia penale* (1956), en *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, 269.

(10) La naturaleza de pena es sin embargo afirmada por NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, RIDPP, 1968, 68.

(11) Un útil documento programático sobre los «criterios orientativos para la elección entre sanciones penales y sanciones administrativas» lo representa la Circular del Presidente del Consejo de Ministros del 19-12-1983, en *GU Suppl. ord.* n.º 22 del 23 de enero de 1984. Sobre la relación entre los dos sistemas represivos cfr., DOLCINI, *Sui rapporti fra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, RIDPP, 1987, 792.

tiva en cuanto tal (12). La rama penal del ordenamiento abarca la totalidad de las normas que contribuyen a disciplinar este tipo peculiar de responsabilidad, ya sea definiendo los tipos constitutivos, ya sea graduando las respuestas sancionadoras con las correspondientes circunstancias modificativas y extintivas (13). En el conjunto total de la disciplina encuentran su lugar también normas favorables, en relación con las cuales se plantea un problema de vigencia de los principios garantistas de legalidad y de taxatividad (14). No es incompatible con la represión penal la adopción de «técnicas premiales», tendentes a estimular mediante reducciones de la pena, manifestaciones de arrepentimiento y de abandono de la delincuencia (15).

El Derecho penal sustantivo encuentra un imprescindible complemento en el Derecho procesal penal: sólo a través del proceso penal, y con la salvaguarda de los valores garantistas, constitucionalmente reconocidos, que lo caracterizan, pueden imponerse sanciones penales. El carácter instrumental del ordenamiento procesal es, por tanto, insustituible. La distinción entre la categoría de la punibilidad y la de la procedibilidad se mide a través de los efectos de la declaración de sobreseimiento: la verificación de la ausencia de una condición de procedibilidad no impide por sí misma volver a plantear la acción penal (art. 17, en relación con el art. 90 del CP) (16).

(12) La extensión de las garantías procesales del artículo 6 de la Convención europea de los derechos del hombre a la materia de las Ordnungswidrigkeiten ha sido afirmada por la Corte de Estrasburgo en la sentencia Ötztürk (21-2-1984), RIDPP, 1985, 894, e ivi nt. de PALIERO, *Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo: una questione «classica» e una svolta radicale*.

Sobre el problema de la extensión de las garantías más allá de la materia estrictamente penal cfr., en particular BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta «reale» nella politica criminale?*, PD, 1982, 369; ID, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, en *Funzioni e limiti del diritto penale*, edición de De Acutis y Palombarini, Padova, 1984, 76; ID., *La riscoperta delle «pene private» nell'ottica del penalista*, en *Le pene private*, cit., 49; PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 199; SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 151.

(13) Cfr., M. GALLO, *La Legge penale*, Torino, 1967, 3. Sobre la tipología de las normas penales véase también MUSOTTO, *Diritto penale, parte generale*, Palermo, 1981, 28.

(14) Sobre el problema, por todos, PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, cit., 248.

(15) Véanse las actas del simposio organizado por la Fundación Luzzani sobre *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983; así como las actas del Convenio de Nicola sobre *La legislazione premiale*, Milano, 1987. Véase, además, PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, RIDPP, 1981, 529, y FLORA, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984, 99.

(16) Sobre la delimitación entre Derecho penal sustantivo y procesal véase en particular PAGLIARO, *Principi*, cit., 25.

2. LA FUNCIÓN

El problema de la función del Derecho penal deriva de la peculiaridad de los instrumentos sancionadores. Esto se puede plantear bien en términos de deber ser (de empleo constitucionalmente correcto y políticamente apropiado) o bien en términos (en absoluto coincidentes) de efectividad histórica (17), con frecuencia cambiantes en la práctica jurídica dependiendo de las coyunturas y de las materias (piénsese en la recurrente tentación de la ejemplaridad en situaciones de gran alarma social). Además, cada subtipo de sanción penal se caracteriza por una peculiar combinación teleológica.

A partir de tales premisas, la actual forma de enfocar la disciplina punitiva se puede resumir en la bipolaridad: en la coexistencia de una función de tutela jurídica y una función de promoción humana, reconducibles, respectivamente, a las perspectivas de la prevención general y de la prevención especial.

La tutela de un conjunto de condiciones para la vida en sociedad, articulada en el sistema de los «bienes jurídicos» (18), es inherente a la eficacia disuasoria de sanciones aflictivas establecidas previamente. La función de tutela, sin embargo, está sometida a los principios de legalidad y taxatividad (art. 25 Const.), que la sujetan en una red de preceptos inevitablemente contrarios al empuje de la demanda social y la constriñen a una fragmentariedad cuyo inventario responde más a un residuo histórico que a una planificación racional (19).

Tal tutela no es necesariamente síntoma de conservación social: aun con la moderación propuesta por las cautelas garantistas y político-criminales, la sanción penal parece prestarse también a usos promocionales, dirigidos a alentar relaciones sociales más satisfactorias (20) (pero

(17) Sobre la separación entre plano especulativo y plano realista cfr., PETTOELLO MANTOVANI, *Il valore problematico della scienza penalistica*, II, Milano, 1983, 151.

(18) Sobre esta categoría véase ahora ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983.

(19) Sobre el «principio de fragmentariedad», véase, por todos, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 1985, 9; PALIERO, «*Minima non curat praetor*», Padova, 1985, 159.

(20) Cfr., ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, Milano, 1940, 78; FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, RIDPP, 1982, 67 (limitado a la promoción de valores colectivos); MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 27; NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del diritto penale*, DD, 1977, 680; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 1987, 11. No faltan, sin embargo, las voces críticas: véase, por todos, PALIERO, *Minima*, cit., 139. Para un amplio examen puede verse ahora CADOPPI, *Il reato omisivo proprio*, I, Padova, 1988, 373.

no puede proporcionarse tutela a lo futuro en cuanto tal: los objetivos perseguidos por el legislador penal deben materializarse de algún modo, deben situarse en parámetros del ser, susceptibles de tipificación).

Las exigencias de tutela social encuentran su límite en los «derechos inviolables» de los que también el reo es titular: de la garantía prevista en el artículo 2 de la Constitución deriva, en el párrafo 31 del artículo 27, la prohibición de tratos inhumanos, límite perentorio de toda sanción de carácter aflictivo. Pero en su relación con el reo, el Derecho penal de nuestro tiempo no se mantiene en una actitud de mero respeto, sino que asume un compromiso de solidaridad que, en nuestro ordenamiento, se eleva a deber constitucional, con el énfasis puesto en la función de prevención especial en su versión más avanzada (no como neutralización o marginación, sino como «reeducación», previa a una plena reinserción en la vida social: art. 27, párrafo 31, reconducible al principio de igualdad material del art. 3, CP) (21).

En realidad, el humanismo del Derecho penal no se limita al ámbito de la sanción, al condicionar la elección, la medida, la ejecución y la extinción de la misma. El momento generador, el delito, se encuentra impregnado también de componentes personalistas: no sólo por la riqueza y plasticidad del tipo subjetivo, no reducible al formalismo de la imputación (22), sino también por la significación de su proyección exterior, que no se agota con la perspectiva de los efectos de la lesividad. En cuanto ilícito en su «modalidad de lesión» (23), el delito engloba un desvalor de la conducta que se añade al desvalor de resultado (24). La riqueza de los tipos no es sólo un producto de la taxatividad: expresa una diversidad de vocaciones personales de resonancia ético-social y de interés criminológico (25).

(21) Para esta conexión cfr., DOLCINI, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 175. En el sentido de excluir una finalidad reeducativa véase ahora ROMANO, «Prevenzione generale e prospettive di riforma», en *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, edición de Romano y Stella, Bologna, 1980, 165; BRICOLA, *Tecniche di tutela*, cit., 2. La afirmación de una función «regulativa» de la reeducación parece recuperar la vieja tesis que refería el principio de la reeducación al momento de la ejecución (por todos BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, en las actas del congreso *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, 15).

(22) Por todos PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, RIDPP, 1973, 554.

(23) Así M. GALLO, *L'elemento oggettivo del reato*, Torino, s.d., 11.

(24) Sobre recientes direcciones doctrinales en materia de relaciones entre desvalor de acción y desvalor de resultado cfr., MAZZACUVA, *Il disvalore dell'evento nell'illecito penale*, Milano 1983, 29.

(25) Según DELITALA, *diritto pen.*, cit., 1099, las modalidades de la conducta representan «quizás el dato de carácter penal de mayor relieve». Con particular referencia a los delitos contra el patrimonio véase ahora SGUBBI, «Patrimonio

3. EL DERECHO PENAL Y LA MORAL

Como punto de partida hay que decir que se trata de un tema que se plantea de forma persistente: tan sólo si se sitúa la cuestión en el terreno del Derecho positivo, es evidente la distinción entre ambos planos. En la actualidad se admite de forma generalizada que en el Estado secular, orientado hacia objetivos terrenales, la inmoralidad del comportamiento no constituye razón suficiente para justificar la reacción punitiva (26).

No obstante, es igualmente innegable que la relación con la ética se presenta, para la rama penal del ordenamiento, en términos sumamente problemáticos. Nadie se atrevería a suponer que las convergencias normalmente apreciadas (la doctrina del «mínimo ético» (27) es sólo una fórmula particularmente expresiva) sean casuales.

Si como rama del ordenamiento positivo el Derecho penal encuentra su legitimación en la Constitución, desde el punto de vista de la funcionalidad social (como dato de la experiencia jurídica) es bien conocida la tendencia de la norma penal a evocar y defender valores metapositivos. Es común observar que una disciplina punitiva que renuncie a una pretensión de justicia (reduciendo la «justicia»... al aparato) renuncia a un factor básico de eficacia (28).

Ello es así, en primer lugar, en relación con la prevención general, que la doctrina más informada no entiende como mera intimidación, sino como acción social-pedagógica tendente a reforzar en la conciencia de los ciudadanos una determinada tabla de valores con las consiguientes directivas de conducta (29). Los intereses tutelados penalmente se imponen como «valores» en cuanto dotados de una intrínseca dignidad: el objeto de la tutela penal «antes que valor jurí-

(reati contro il)», en *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 343; MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 121.

(26) Cfr. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, RIDPP, 1981, 477; STELLA, «Laicità dello Stato: fede e diritto penale», en *Diritto penale in trasformazione*, edición de Marinucci y Dolcini, Milano, 1985, 309; FIAN-DACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984, 99; SIRACUSANO, *I delitti in materia di religione*, Milano, 1983, 86.

(27) Sobre ésta, en la doctrina italiana, véase, en particular, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, I, IV, Torino, 1981, 35.

(28) Cfr., VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, RIDPP, 1963, 303; MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 7. Sobre el problema de la «justificación» de las normas penales cfr., RAMACCI, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1988, 109.

(29) Véase, en particular, ANDENAES, «La prevenzione generale», en *teoria e prassi*, cit., 33; PAGLIARO, *Principi*, cit., 684; ROMANO, *Commentario*, cit., 3 y 8; MILITELLO, *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, Milano, 1982, 83.

dico es un valor social, derivado del orden inmanente en la realidad de las cosas» (30). Una criminalización que se vea como un acto de abuso por parte de las clases dominantes o de fuerzas políticas hegemónicas carece de fuerza persuasiva (de capacidad estigmatizadora) (31).

A los fines de la prevención especial, una pena padecida como injusta (carente de legitimación retributiva) no puede aspirar a cumplir una función reeducativa: más bien al contrario incita a la rebelión (32). Una reeducación digna de ese nombre (dando no obstante por descontada una cierta ambigüedad) no persigue un efecto de condicionamiento fisio-psíquico; debe ser entendida como sensibilización a los valores consagrados por el ordenamiento: no adoctrinamiento forzoso, sino predisposición al reconocimiento y al respeto (aun cuando falte una íntima adhesión) (33).

La idea de la moral como «fuente sustancial» (para el legislador) es equivocada si identifica inmoralidad y merecimiento de pena. También la visión del Derecho penal como garante del «mínimo ético» corre el riesgo de olvidar que capítulos centrales de la ética, no relativos a las relaciones intersubjetivas, no admiten ser trasladados al Derecho positivo (véase la actual polémica sobre «delitos sin víctima», al margen del problema de la delimitación de la categoría) (34); por otro lado, el minimalismo puede parecer reductivo, vista la creciente propensión a sancionar penalmente deberes de solidaridad social, como pone de manifiesto el incremento de los tipos omisivos (35).

Establecida la distinción de los ámbitos y de los planos, la relación, en definitiva, es más de implicación que de ajenidad (36). Una cosa es rechazar la ecuación delito-pecado, otra cerrar los ojos a potenciales concordancias que los dictados de la ética social aconsejan sean atendidos por el legislador (sin perjuicio, claro está, de las decisivas

(30) Así BETTIOL, *Diritto penale*, XI, Padova, 1982, 83.

(31) Cfr., PAGLIARO, *Principi*, cit., 9. Para algunas observaciones a esta tesis, véase FIANDACA, *Considerazioni su colpevolezza e prevenzione*, RIDPP, 1987, 845.

(32) Véase MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, J, 1974, 25.

(33) Para un planteamiento correcto cfr., DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, RIDPP, 1979, 469.

(34) Por todos MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 223; NUVOLONE, *Sistema*, cit., 240.

(35) En particular sobre los tipos omisivos propios: cfr., CADOPPI, *Il reato omisivo*, cit., 373; PALIERO, *Minima*, cit., 145. Pero el incremento afecta a la responsabilidad omisiva en general: por todos, SGOBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 54.

(36) De una relación de *correlación* habla PAGLIARO, *Principi*, cit., 13 u 683. Un punto de referencia normativo orientado éticamente viene representado, según CARBONI, por la Constitución, en *Diritto ed etica*, RIDPP, 1984, 1244.

consideraciones de oportunidad político-criminal) (37). De hecho, las legislaciones penales contienen un núcleo tradicional que refleja valores éticos fundamentales (38).

Es frecuente objetar que, junto al catálogo de los *mala in se* la represión comprende también una masa de *mala prohibita*: violaciones de reglas de creación política, esencialmente técnicas, necesarias para el gobierno de sociedades complejas. El hecho es indiscutible, pero ello no impide la evidencia de que existen preceptos penales éticamente fundados, sentidos como Derecho penal por excelencia, cuyo realce puede favorecer la interiorización, por parte de la conciencia colectiva, de valores muy problemáticos para el Estado (la lealtad fiscal, el respeto al medio ambiente). Entre la conciencia social y los imperativos jurídico-penales tiende a establecerse una relación circular: una ley penal que hunda sus raíces en la conciencia social (39) puede aspirar al mismo tiempo a modelarla. En un ordenamiento plenamente legitimado en la conciencia social (en primer lugar, fuertemente deflacionado) la propia observancia de la ley positiva puede asumir el carácter de precepto moral, aun cuando se trate de contenidos éticamente neutrales.

La objeción fundada en el pluralismo de la sociedad actual, caracterizada por la libre elección de valores, olvida la capacidad unificadora del consenso sobre los valores humanos universales que encuentran en el Código Penal la más explícita traducción positiva (40). La dialéctica parlamentaria que viene impuesta por la reserva de ley, ayuda a asegurar que en la legislación penal pueda sentirse reflejado el más amplio sector social posible (41).

(37) Típicamente político-criminales las exigencias de pragmatismo y eficiencia que reclama MARINUCCI, *L'abbandono del Codice Rocco: tra rassegnazione e utopia*, en *Diritto pen. in trasformazione*, cit., 341. Advierte contra el irracionalismo de la «necesidad de pena» PULITANÒ, «Politica criminale», en *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 96.

(38) Sobre este núcleo fundamental común, por todos, DELITALA, *Diritto pen. in trasformazione*, cit., 341; para la distinción entre constantes y variables históricas véase, MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 5.

(39) Sobre esta condición de efectividad véase, PAGLIARO, *Aspetti giuridici della prevenzione*, IP, 1976, 5; y además ANDENAES, *Op. cit.*

(40) Véase, ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, J, 1985, 413

(41) Cfr. DELITALA, *Cesare Beccaria e il problema penale*, RIDPP, 1964, 968; CARBONI, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Milano, 1970, 239. Subraya una exigencia de «decantación» BARATTA, «Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limite della legge penale», en *Del. e pene*, 1985, 451.

4. SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD

El principio de subsidiariedad, de origen iluminista, exige que se recurra a la tutela penal como *ultima ratio*, sólo en los casos de probada (o presumible) insuficiencia de las sanciones previstas por otras ramas del ordenamiento (42). Esta máxima, comúnmente aceptada como fundamento de la política criminal, tuvo que hacer frente tradicionalmente a una objeción: de hecho, el recurso a la pena no siempre viene impuesto por la peligrosidad de la ofensa para el orden constituido; a menudo (baste pensar en el caso de las faltas) se castiga por falta de alternativas (por una razón, por así decir, de orden técnico): porque el tipo de ilícito no permite acudir a una reacción más atenuada (43). Con la construcción de un ilícito administrativo de alcance general (no circunscrito ya a la esfera de los intereses de la Administración pública) se reduce la eficacia del argumento (pero permanece, en amplísimos campos, la imposibilidad de suprimir una reacción de carácter represivo, como respuesta al ilícito elemental pero cualificado).

El discurso sobre la elección de las sanciones debe rechazar el postulado falaz de una fungibilidad general, de una mera diferencia de grado. Las sanciones de tipo restitutorio (civiles en primer lugar, pero también administrativas, tributarias, contables), desde el punto de vista funcional no son en realidad alternativas a la pena (el carácter reversible o reparable del daño, propio sobre todo de las ofensas patrimoniales, no es suficiente para hacer superflua la represión) (44). Esto no impide que una efectiva anulación de las consecuencias (y de los beneficios) del ilícito (piénsese, por ejemplo, en la denegación de protección jurídica mediante una declaración de invalidez, allí donde sea practicable) sea a menudo considerada como el remedio adecuado, gracias también a su innegable capacidad para desincentivar.

En el Estado contemporáneo la prevención se confía, en gran medida, a instrumentos de control administrativo, a un entramado de

(42) El principio es generalmente reconocido, si bien escasamente practicado: v. por ejemplo, además de la Circular citada en la nota 11, BRICOLA, *Tecniche di tutela*, cit., 4; DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, RIDPP, 1984, 619; FIANDACA-MUSCO, *Diritto pen.*, cit., 7; MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 14; MARINUCCI, *Politica criminale*, cit., 81; PULITANO, *Politica criminale*, cit., 78.

(43) Cfr., ANTOLISEI, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, 155; CARNE-LUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, 54; DELITALA, *Diritto pen.*, cit., 1098.

(44) De sanciones alternativas y sanciones concurrentes habla GALGANO, *Criminalità economica: il punto di vista del civilista*, RS, 1980, 425; del mismo véase también «Civile e penale nella produzione di giustizia», en *Funzioni e limiti*, cit., 99.

incentivos y desincentivos. Tal método de orientación social no excluye, obviamente, un complemento represivo, pero tampoco lo exige necesariamente cuando los intereses en juego no sean de primera importancia (en la práctica legislativa la protección penal viene a menudo relegada por los intereses de fondo para la funcionalidad de los mecanismos de gobierno) (45).

La comparación se hace más directa dentro de la clase de las sanciones de tipo represivo: en relación con sanciones sobre todo de orden administrativo (y, marginalmente, también tributario, procesal, civil), la pena se distingue no sólo por una marcada fuerza preventiva, sino más aún por su expresividad: como expresión de reproche, en cuanto cargada de capacidad estigmatizadora tanto en el momento de la amenaza (de la «criminalización») como en el momento de la aplicación (46). Si la norma penalmente sancionada posee una operatividad específica, es en el sentido de proponer a los destinatarios algo más que un mero cálculo de conveniencia: una llamada a exigencias de valor. Una política coherente de *ultima ratio* busca valorizar este potencial cualificante y, al mismo tiempo, preservarlo, evitando que la sanción penal se banalice o asuma una connotación persecutoria (47).

El discurso sobre esta capacidad de la sanción penal no puede dejar de tener en cuenta otro llamativo aspecto de la represión penal: una flexibilidad que se manifiesta tanto en la vertiente de las sanciones como en la de los tipos. El carácter graduable de la pena desde las perspectivas tipológica (acentuado hoy por la búsqueda de sustitutivos de las penas tradicionales) y cuantitativa, con el juego de los «beneficios» y de las causas de extinción de la pena, hace de ella un instrumento único dentro del arsenal de las sanciones jurídicas, apto para acoger el componente personal del ilícito y utilizable a los fines de la prevención especial. Es igualmente digna de mención (en comparación con la esquematicidad del ilícito civil, centrado en las consecuencias) la ductilidad del tipo, capaz de establecer diferentes estadios del proceso lesivo, anticipando o retardando la intervención represiva:

(45) GALGANO, *Civile e penale*, cit., 87, describe un «derecho administrativo de la economía penalmente sancionado»; una administrativización del Derecho penal es señalada también por BARATTA, «Integrazione-prevenzione. Una “nuova” fondazione della pena all’interno della teoria sistemica», en *Del. e pene*, 1984, 13. Como ejemplo cfr., BAJNO, *La tutela penale del governo del territorio*, Milano, 1980, cap. I. Véase además RONCO, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell’ordinamento vigente*, Torino, 1979, 29.

(46) Por todos, sobre la «pública y solemne descalificación jurídica y social del hecho que se expresa a través de la pena» cfr., VASALLI, *Funzioni*, cit., 312.

(47) Para una definición de la criminalidad de bagatela v., PALIERO, *Minima*, cit., 627.

dentro del sistema coexisten delitos de daño, delitos de peligro concreto, delitos de peligro abstracto o presunto, e incluso, marginalmente, delitos de sospecha (48). En el plano subjetivo, la opción capital viene representada por la extensión de la responsabilidad al ámbito de la imprudencia.

De ello se sigue una exigencia de proporcionalidad, núcleo ineludible de la idea retributiva: proporcionalidad entre gravedad objetiva y subjetiva de la ofensa (también en consideración al diferente estadio del proceso lesivo) y límite máximo de las consecuencias sancionadoras (49).

Llegados a este punto, habrá que preguntarse si los principios de subsidiariedad y proporcionalidad no encuentran un necesario complemento en un compromiso de tutela penal de los valores que la conciencia social aprecia como esenciales para una convivencia ordenada (claro está, en el momento histórico dado, pero especialmente con respecto a las constantes históricas que confieren plausibilidad al fantasma del «delito natural») (50). Sin duda el dato estructural de la fragmentariedad (*supra*, par. 2) frena un ideal del carácter completo de la tutela, pero es igualmente sabido que la credibilidad del ordenamiento es sacudida, no menos que por los excesos represivos, por lagunas que hieren la sensibilidad común (ya se trate de nuevas necesidades de tutela o de áreas de inmunidad consideradas como inaceptables) (51). La doctrina tiende a excluir que se puedan extraer de la

(48) Véase sobre el argumento ANGIONI, *Contenuto e funzioni*, cit., 163; FIAN-DACA, *Note sui reati di pericolo*, TN, 1977, 173; ID., «La tipizzazione del pericolo», en *Del. e pene*, 1984, 441; MARINUCCI, *Il reato come azione*, 1971, 167; PULITANO, *Politica criminale*, cit., 91.

(49) Sobre el criterio de la proporcionalidad, por todos, DOLCINI, *Sanzione penale*, cit., 589. Para una rehabilitación de la retribución como garantía de proporcionalidad cfr. M. GALLO, en AA.VV., *Orientamenti per una riforma del diritto penale*, Napoli, 1976, 27; ROMANO, «Prevenzione generale e prospettive di riforma», en *Teoria e prassi*, cit., 161. Para una recuperación en clave psicodinámica véase MORSELLI, *Il significato della capacità a delinquere nell'applicazione della pena*, RIDPP, 1977, 1353; ID., *La prevenzione generale integratrice nella moderna prospettiva retribuzionistica*, RIDPP, 1988, 48. En sentido radicalmente crítico EUSEBI, *La «nuova» retribuzione*, RIDPP, 1983, 914 y 1315. Sobre el principio de culpabilidad como función de límite véase, en particular, BRICOLA, *Tecniche di tutela*, cit., 43; DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 176. Crítica la contraposición entre «límite» y «fundamento» MORSELLI, *La prevenzione*, cit., 67.

(50) Para una remisión a la categoría del «delito natural», véase, MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 5 y NUVOLONE, *Sistema*, cit., 81.

(51) Sobre el surgir de nuevos bienes merecedores de tutela, por todos, MARINUCCI, «Profili di una riforma del diritto penale», en *Beni e tecniche della tutela penale*, edición del CRS, Milano, 1987, 25.

Constitución imperativos de criminalización (52); sin embargo, es un dato de hecho que un número creciente de Tratados incorpora exigencias de represión penal sentidas por la Comunidad internacional (53).

5. ¿SUBJETIVIZACIÓN DE LA NORMA PENAL?

La tutela penal es esencialmente objetiva: opera independientemente de la voluntad de los portadores de los intereses protegidos, en relación con los cuales no crea situación jurídica activa alguna (54). El Derecho penal muestra así una peculiar aptitud para hacerse cargo de intereses difusos, pertenecientes a la entera comunidad social o a categorías o grupos no personificados (de ahí la tradicional clase de los «delitos vagos», carentes de sujeto pasivo individualizado).

No representa una excepción la eficacia despenalizadora reconocida al consentimiento del ofendido, que no excluye el automatismo de la reacción punitiva, sino que incide –inicialmente– sobre la misma configuración del ilícito (la «disponibilidad», que constituye su presupuesto, es una característica del «derecho» ofendido que no depende de la norma penal, la cual se limita a tomarla en consideración al no existir un imperioso interés público en la represión). Tampoco se puede apreciar una derogación en la existencia de delitos perseguibles mediante querrela o a instancia del ofendido; este último fenómeno no pone en cuestión la punibilidad del ilícito penal, pero se manifiesta posteriormente en el ámbito procesal, como establece el artículo 17 CP.

El *ius puniendi* representa un atributo de la soberanía estatal, que encuentra en la Constitución su fundamento y sus límites (55). Por

(52) V. en particular PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico tra codice e costituzione*, QC, 1981, 111; ID., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, RIDPP, 1983, 484; BRICOLA, *Tecniche di tutela*, cit., 9; FIANDACA, *Il «bene giuridico»*, cit., 73.

(53) La necesidad de una legislación penal para la protección de valores fundamentales y de aspectos esenciales de la vida privada, regulada en el artículo 8 de la Convención, ha sido afirmada en la sentencia 26-3-1985 (X e Y contra Países Bajos) del Tribunal europeo de Derechos Humanos. V. además BOSCARRELLI, *Considerazioni in tema di reati internazionali, con particolare riferimento a convenzioni stipulate dall'Italia*, RIDPP, 1987, 485.

(54) Cfr., ANTOLISEI, *L'offesa*, cit., 98; M. GALLO, «Capacità penale», en *NN.D.J.*, II, Torino, 1974, 889.

(55) Por todos DELOGU, *La loi pénale et son application*, Alexandrie, 1956-1957, 141; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, I, II, Milano, 1947, 277; MANZINI, *Trattato*, cit., 92.

tanto, el carácter público del Derecho penal no puede ponerse en duda. Si bien es cierto que la obligatoriedad subrayada en el artículo 3 CP (en función de los límites de eficacia personal y espacial) no constituye una prerrogativa de la ley penal (56), sin embargo es igualmente cierto que la categoría de las normas dispositivas y supletorias, derogables por la voluntad de los particulares, quedan fuera del ámbito del Derecho penal (57). La inderogabilidad de la Ley penal viene además fortalecida, en nuestro ordenamiento, por la constitucionalización del principio de obligatoriedad de la acción penal (art. 112 Const.): los fenómenos de «selección» que se observan en sede aplicativa representan una disfunción (prácticamente inevitable) contra *legem* (58).

Del mismo modo, tiene una connotación puramente de Derecho público la «potestad punitiva» que se origina por la violación del precepto sancionado penalmente. Por el lado activo esa potestad se caracteriza como indisponible (59). Sólo impropriamente, en lenguaje empírico, en las manifestaciones del principio de indulgencia (amnistía, indulto y gracia) pueden reconocerse otras tantas formas de «renuncia» para hacer valer la pretensión punitiva: se trata en realidad de institutos dotados de una posición funcional e institucional autónoma que caen dentro de la competencia de órganos diversos de aquellos a los que viene asignada la aplicación de la Ley penal (60). Técnicamente, desde el punto de vista de los efectos, confluyen en el cauce de las causas de extinción de la responsabilidad criminal, puesto que el carácter ineluctable de la efectiva aplicación de la pena, sinónimo de intransigencia retributiva, ha sido superada por los modernos sistemas sancionadores (61).

Por el lado pasivo es igualmente clara la imposibilidad de proponer una «obligación» de someterse a la pena: la situación del reo es de mera «sujeción» (62), la cual pasa de potencia a acto en virtud de la condena (la posibilidad de sustraerse a la represión penal que ofrece el

(56) Cfr., DELOGU, *Op. cit.*, 147.

(57) Cfr. GRISPIGNI, *Diritto pen.*, cit., 257.

(58) Véase sobre el tema el análisis de PALIERO, *Minima*, cit., 203.

(59) Véase en particular VASSALLI, *La potestà punitiva*, Milano, 1942, 105.

(60) Cfr. VASSALLI, *Op. cit.*, 134.

(61) Para una visión histórica véase PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981. Contra la exasperación del principio retributivo, por todos, DELITALA, *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, RIDPP, 1950, 701.

(62) Por todos VASSALLI, *La potestà*, cit., 43 y 70; por el contrario, en el sentido de la obligación véase, DELOGU, *La loi*, cit., 152.

instituto de la *oblazione* (*) ha de incluirse también entre los mecanismos del sistema sancionador). Solamente pueden trazarse verdaderas y propias obligaciones (sancionadas penal o disciplinariamente) en la fase ejecutiva, en relación con la estructura de cada una de las concretas sanciones (piénsese en las situaciones subjetivas propias del régimen penitenciario, por no hablar de la prohibición de evasión, válida por otro lado para cualquier situación legítima de arresto o detención: art. 385 CP; piénsese también en las obligaciones y prohibiciones inherentes a las penas accesorias: art. 389 CP) (63).

Probablemente la misma noción de potestad punitiva representa una redundancia. Las consecuencias jurídicas de la norma penal sustancial se miden en el ámbito del proceso, donde dan lugar a posiciones de deber, en un primer momento del titular de la acción penal (obligado a proceder) y luego de los órganos jurisdiccionales [donde no hay espacio para el llamado «Estado-administración» (64)]. La sanción penal, baluarte de la norma penal, se procesualiza en la fase de aplicación.

6. DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN

La relación de subordinación jerárquica no se agota en una red de límites deslegitimadores: en la fuente suprema la reciente doctrina ha apreciado un verdadero y propio sistema de principios constitutivos, sobre los que basar no sólo un programa de reforma, sino —ya de *lege data*— la reconstrucción de amplios sectores de la disciplina (65).

Incuestionablemente la Constitución no cumple sólo una función garantista entendida como mera preclusión, sino que fija las *têtes de chapitre* del ordenamiento penal: en materia de fuentes (los princi-

(*) Nota del traductor: La «*oblazione*» común se regula en el artículo 162 del Código Penal italiano. Este precepto establece que en las faltas castigadas con pena pecuniaria, el inculpado, antes de la apertura de la vista oral o bien antes de que se dicte «*decreto di condanna*» (resolución judicial, dictada sin previo juicio oral y a instancias del Ministerio Fiscal, que pone fin al juicio especial por decreto —arts. 459 y 460— del Código procesal italiano), podrá pagar una suma equivalente a la tercera parte del máximo de la pena establecida para la falta cometida, además de las costas procesales. El pago de dicha suma extingue el delito.

(63) En el sentido del texto, VASSALLI, *La potestà*, cit., 46.

(64) Sobre este punto véase, CORDERO, *Procedura penale*, IX, Milano, 1987, 9.

(65) Sobre la Constitución entendida como fundamento y no como límite cfr., en particular BRICOLA, *Legalità e crisi: l'articolo 25, commi 21 e 31, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, *QC*, 1980, 180. Véase la sentencia núm. 364 de 1988 de la C. Cost. y la nota de PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, *RIDPP*, 1988, 686.

pios de legalidad, taxatividad e irretroactividad: art. 25, párrafos 21 y 31), de fundamento de la responsabilidad (el «principio del hecho» del art. 25, párrafo 21; el carácter personal de la responsabilidad criminal del art. 27, párrafo 11), de articulación y límite de las consecuencias sancionadoras (la doble vía del art. 25, párrafos 21 y 31; los contenidos y la función de la pena, regulados en el art. 27, párrafos 31 y 41) (66).

Es discutida, sin embargo, la constitucionalización de un «principio de lesividad u ofensividad» que excluiría técnicas de tutela no sólo difícilmente sustituibles (nos referimos, en especial, a la fórmula del peligro presunto), sino suficientemente precisas bajo el aspecto descriptivo (cuando el tipo de interés en juego no permita expresar de manera directa el fenómeno lesivo) (67). También es problemático el esfuerzo por constreñir el empleo de la sanción penal, condicionándolo a un presupuesto constitucional: se discute si los valores constitucionalmente consagrados constituyen un *numerus clausus* de bienes objetivos penalmente tutelables (68); o si el principio de legalidad no comporta más que una delegación al legislador ordinario (claro está, dentro del respeto a los principios constitucionales) (69). El garantismo de la primera alternativa resulta más aparente que real, siendo necesario reconocer que el anclaje constitucional puede también estar implícito (70).

(66) Véase, por todos, BRICOLA, «Teoria generale del reato», en *NN.D.J.*, XIX, Torino, 1973, *passim*; MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 25; PALAZZO, «Valori costituzionali e diritto penale (Un contributo comparatistico allo studio del tema)», en *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, 531; SINISCALCO, *Giustizia penale e costituzione*, Torino, 1968; SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966.

(67) En sentido afirmativo véase, en particular, M. GALLO, *I reati di pericolo*, *FPe*, 1969, 9; BRICOLA, *Teoria*, cit., 81; MARINUCCI, *Il reato*, cit., 183. En sentido crítico, véase sobre todo VASSALLI, «Considerazioni sul principio di offensività», en *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, Milano, 1982, 659; ZUCCALÀ, «Sul preteso principio di necessaria offensività del reato», en *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, III, Milano, 1984, 1700.

(68) En este sentido BRICOLA, *Teoria*, cit., 15; y más reciente *Tecniche di tutela*, cit., 22; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 124. En ese mismo sentido también STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, *RIDPP*, 1973, 36.

(69) Véase en particular NUVOLONE, *Sistema*, cit., 51; PAGLIARO, *Principi*, cit., 231; ROMANO, *Commentario*, cit., 263. Sobre la perspectiva de una Constitución «abierta» cfr., PULITANÒ, «Bene giuridico e giustizia costituzionale», en *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, edición de Stile, Napoli, 1985, 158.

(70) Cfr., en particular FIANDACA, *Il «bene giuridico»*, cit., 57, y el mismo BRICOLA, *Legalità*, 227. Observa ANGIONI que el alcance selectivo de la relevancia constitucional es muy limitado, «porque pocos son los bienes jurídicos de los que pueda

Menos problemático resulta el fundamento constitucional de los principios político-criminales de la subsidiariedad y de la proporcionalidad (*supra*, p. 4), reconducibles, respectivamente, a la inviolabilidad de la libertad personal (art. 13, párrafo 11) y al principio de igualdad (art. 3). Pero la discrecionalidad de la valoración política ligada a ello no permite un control jurisdiccional más que en los límites de la irracionalidad (art. 28,1. 11-3-1953, núm. 87).

7. LA RELACIÓN CON LAS DEMÁS RAMAS DEL ORDENAMIENTO

La diferenciación de las otras ramas del Derecho público y privado —inequívoco dato positivo— no impide una exigencia de coordinación, dado el postulado de la unidad del ordenamiento, que implica coherencia en las valoraciones normativas y eliminación de cualquier antinomia a través de mecanismos internos (71).

a) La calificación de antijuridicidad, que se refleja en una sanción (penal, civil, administrativa), tiene que radicarse en un sector específico (72). El imperativo de armonización admite la compatibilidad de la valoración sectorial negativa con una actitud indiferente de las otras ramas (acción civilmente ilícita y penalmente indiferente): no con una valoración de signo positivo por parte de una norma diversa, donde quiera que esté situada, que autorice o imponga el mismo comportamiento (73). De ahí la eficacia eximente del ejercicio de un «derecho» (entendido como situación subjetiva tutelada de alguna forma) o del cumplimiento de un deber (art. 51 CP); y, por otro lado, la preclusión de la acción civil cuando haya sido comprobado por el juez penal que el hecho fue cometido en el cumplimiento de un deber o en el ejercicio de una facultad legítima (art. 25 CP).

Igualmente se ha de afirmar que la valoración de licitud o ilicitud se expresa con una coloración particular —en el ámbito y de acuerdo con los fines de cada sector— pero a la luz del ordenamiento en su

afirmarse que no son contemplados por la Constitución al menos implícitamente» (*Contenuto e funzioni*, cit., 202).

(71) Cfr., GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959, 75.

(72) Cfr., PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, Padova, reimpresión, 1947, 26; y ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Torino, 1913, 471.

(73) Por todos MARINUCCI, *Fatto e scriminanti*, RIDPP, 1983, 1228.

conjunto (74). A ello ha de añadirse que entre las normas de uno y otro sector pueden establecerse nexos de implicación y condicionamiento no siempre fácilmente descifrables. Derechos de otra matriz pueden encontrar restricciones de orden penal: no tendría sentido invocar el ejercicio de un derecho, por ejemplo, frente a las numerosas normas penales que limitan el «*ius abutendi*» del propietario (a partir de la incriminación del incendio de cosa propia: art. 423, CP v. CP) (75).

b) Ha pasado de moda la teoría sancionadora del Derecho penal, cuya autonomía funcional es hoy enérgicamente reivindicada. La construcción no tenía su origen en la observación empírica, sino en una aproximación de teoría general: al reducir el Derecho penal al característico momento sancionador, debía encontrar una ubicación diferente para los preceptos penalmente sancionados. En el pensamiento de Binding la Ley penal (*Strafgesetz*) entra en función tras la comisión del delito, imponiendo al juez la aplicación de la sanción; suprimida de la Ley penal como cuerpo heterogéneo, la regla de conducta transgredida por el delito, la *Norm*, viene asignada al Derecho público (76).

En el pensamiento de Grispiigni, el carácter «en último término sancionador» del Derecho penal viene, por el contrario, fundado en el principio político-criminal de la sanción penal como *ultima ratio*, en el sentido de que la tutela penal postula una tutela extrapenal previa cuya insuficiencia hace a aquella necesaria; pero la implicación, se precisa, es de orden lógico-sistemático, no de carácter histórico (77).

No es éste el lugar adecuado para una crítica interna. Desde el punto de vista histórico es evidente el papel de guía del Derecho penal (operante también en nuestros días) en la individualización de importantes bienes de la vida a los que extender la protección jurídica. Pero también, independientemente de la perspectiva evolutiva, es un hecho que en los actuales ordenamientos no pocos valores fundamentales,

(74) Por todos PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., 28. Para una síntesis, véase VASSALLI, *La dottrina italiana dell'antigiuridicità*, *Festschrift für H. -H. Jescheck*, Dunker e Humblot, Berlín, 1985, I, 427.

(75) Cfr., FROSALI, *L'esercizio di un diritto nel sistema delle cause di non punibilità*, en *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, 222; CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano, 1965, 41; MANTOVANI, «Esercizio del diritto», en *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 634; y ahora MALINVERNI, *L'esercizio del diritto. Un metodo di interpretazione*, RIDPP, 1988, 367.

(76) Para una síntesis del pensamiento de Binding cfr. ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Otto Schwartz, Göttingen, 1954, cap. I.

(77) Cfr. GRISPIGNI, *Diritto pen.*, cit., 232. Para una formulación más cauta véase FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, rist., Milano, 1971, 12.

sean individuales, colectivos o estatales, alcanzan precisamente en la Ley penal el estatuto de «bienes jurídicos» (78).

La específica coloración de la cualificación de antijuridicidad, que se acaba de señalar, no excluye un proceso de difusión de la relevancia de un sector a otro. Sin embargo, es la cualificación penal la que se sitúa en lugar prioritario.

De acuerdo con el artículo 185 del Código Penal la criminalidad del hecho generador conlleva sin más la injusticia del daño, integrando el cuadro típico del artículo 2043 Código Civil; del mismo modo la actuación preventiva de la autoridad de policía (art. 1 t.u.l.p.s.), y más en general la sanción elemental consistente en impedir una acción derivan su legitimidad del hecho de que se trate de un ilícito penal. Pero bien mirado, ni siquiera en estos casos el reflejo extrapenal es automático y no puede darse por descontado cual sea el conjunto de calificaciones jurídicas. El delito obliga al resarcimiento en cuanto (artículo 185 CPv) «haya causado un daño patrimonial o no patrimonial»; una intervención para impedirlo (por parte de la fuerza pública o de los particulares) es admisible dentro de los límites de la proporcionalidad (excepcionalmente en relación con los ilícitos omisivos) (79).

c) Los vínculos intersectoriales se manifiestan en otro fenómeno bien conocido: la frecuente remisión por parte de la norma penal a conceptos e institutos definidos en otras ramas del ordenamiento. Precisamente porque se distingue por la originalidad de la sanción, no por las materias reguladas, la Ley penal se mueve a menudo en territorios ya encuadrados por normativas de Derecho privado o público: sus supuestos de hecho acogen, junto a fenómenos de carácter físico, biológico o psicológico, datos jurídicamente preformados (los elementos normativos por excelencia) (80).

(78) El examen crítico más profundo de la teoría sancionadora se debe a DELOGU, *La loi pénale*, cit., 180 ss. En el sentido de una «primacía» de hecho alcanzado por el Derecho penal sobre otras ramas del ordenamiento, recientemente, GALGANO, *Civile e penale*, cit., 85.

(79) Así, DELITALA, *Diritto pen.*, cit., 1098. Sobre el problema de *l'impedibilita* de los delitos omisivos véase en particular PADOVANI, *La condotta omissiva nel quadro della difesa legittima*, RIDPP, 1970, 675.

(80) Cfr., por todos, PULITANÒ, *La formulazione delle fattispecie di reato: oggetti e tecniche*, en *Beni e tecniche*, cit., 36. Sobre los elementos normativos véase, en particular, M. GALLO, «Dolo (diritto penale)», en *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964; PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Priulla, 1960, 483; *ID.*, *Riserva di legge, elementi normativi e questioni pregiudiziali*, TN, 1977, 374; PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 214; RUGGIERO, *GLi elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli, 1965.

Tales remisiones exigen, sin embargo, cautela al intérprete: es preciso verificar si la coincidencia con la matriz extrapenal es efectiva, conceptual, o meramente terminológica, bajo la cual se esconde una conceptualización autónoma (como en el ejemplo emblemático de la «posesión») (81). Es un problema de interpretación a resolver caso por caso, a la luz de la íntima ratio de la norma incriminadora (incluso el dato topográfico tiene también su peso: piénsese en la ubicación en contextos legislativos esencialmente extrapenales y en los presumibles nexos con las reglamentaciones allí recogidas).

Ciertas posiciones doctrinales absolutizan la autonomía definitoria del Derecho penal. Se afirma que la norma penal, cuando asume como objeto situaciones creadas por el Derecho (por ejemplo, derechos patrimoniales), las reformula en función de sus propias exigencias hacia fines superiores característicos de sus propias sanciones [de ahí se deriva, innegablemente, una tutela de carácter público de los intereses privados (82), que puede ir más allá de las medidas de protección civil, normalmente anticipable al estadio del peligro, gracias a la figura general de la tentativa; piénsese además en la configuración del hurto en cuanto a los daños del ladrón o de la estafa en las relaciones ilícitas]. Se invoca el «realismo» que aporta el tipo penal al privilegiar las estructuras sustanciales, las relaciones económico-sociales, sobre las construcciones jurídico-formales, a menudo miméticas o falaces (83).

No negamos la validez programática de semejantes directivas, propias del funcionalismo del Derecho penal contemporáneo, pero una exégesis unilateralmente dominada por preocupaciones socioeconómicas corre el riesgo de caer en el arbitrio, cuando no de sustituir al legislador. El intérprete ha de ponerse en guardia frente a generalizaciones preconcebidas (84).

El problema es puramente interpretativo. Puesto que la norma penal es norma primaria, en ningún modo tributaria de otras ramas del

(81) Sobre ésta, véase recientemente MARINI, «Possesso (diritto penale)», en *NN.D.I.*, XIII, Torino, 1976, 409; RAMPIONI, «Possesso (dir. pen.)», en *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 520.

(82) Una diferencia «ontológica» respecto al Derecho civil es afirmada por BETTIOL, *Diritto pen.*, cit., 100. En el sentido de una necesaria distinción de los respectivos preceptos, PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, cit., 24; MOCCIA, *Tutela penale*, cit., 70.

(83) Véase, con varias acentuaciones, ANTOLISEI, *Problemi*, cit., 47; BETTIOL, *Concetto penalistico di patrimonio e momento consumativo della truffa*, *GI*, 1947, IV, 48; GUARNERI, *Diritto penale e influenze civilistiche*, Torino, 1947, 51; PAGLIARO, *L'altruità della cosa nei delitti contro il patrimonio*, *RIDPP*, 1965, 708.

(84) Para un reciente énfasis en la base civilista de las posiciones de garantía en el seno de la empresa cfr. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, *RGL*, 1982, IV, 180.

ordenamiento, la visión autonomista es la única correcta. Dentro del límite de la conformidad a la Constitución, la norma penal debe ser interpretada de acuerdo con sus exigencias internas, en función de sus propios fines: sin olvidar las peculiaridades del régimen sancionador que la vincula a un sistema normativo (el Derecho penal en su conjunto) también caracterizado funcionalmente (85).

No es, sin embargo, lícito predeterminar los límites de la interpretación, a la cual no se le puede impedir fijar el puro y simple carácter extrapenal, sin manipulaciones, de algún extremo del supuesto de hecho (un ejemplo típico sería el «matrimonio que tiene efectos civiles» del art. 556 CP). Al igual que la obvia autonomía en la selección de los intereses dignos de tutela no excluye *a priori* una convergencia de objetivos con medios de protección extrapenales; las reivindicaciones de autonomía y de realismo no deben introducir subrepticamente apriorismos interpretativos. Igualmente, el problema de la relevancia de los vicios civiles o administrativos de los actos que juegan como elementos constitutivos o impositivos del delito únicamente se puede resolver en el ámbito de una interpretación del tipo específico orientada teleológicamente (86).

d) De hecho, en la realidad del vigente ordenamiento también tiene carta de naturaleza un Derecho penal sancionador, aun cuando sea como fenómeno circunscrito, periférico, en cuanto propio de la legislación complementaria (87); ello es fruto de una técnica legislativa sumaria, que olvida el fuerte carácter personalista del ilícito penal (88), lo cual a veces no es fácilmente eludible, entre otras cosas, porque es capaz de evitar contradicciones e insuficiencias en el ámbito de reglamentaciones globales.

(85) Cfr. PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, Napoli, 1933, 81; NUVOLONE, *Il possesso nel diritto penale*, Milano, 1942, 62. Véase, recientemente, PECORELLA, «*Patrimonio (delitti contro il)*», en *NN.D.I.*, XII, Torino, 1976, 632.

(86) Por todos CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione*, Bari, 1979, *passim*.

(87) Reenviamos a nuestro escrito *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, edición de Gauthier, 1985, 15. Una acentuación de la función sancionadora en el Derecho penal contemporáneo es señalada por MANTOVANI, *Diritto pen.*, cit., 28

(88) Los inconvenientes de la técnica sancionadora han sido a menudo lamentados por la doctrina. Véase, en particular, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari*, VI (edición de Conti), Milano, 1987, 284; CONTI, *Diritto penale commerciale*, I, II, Torino, 1980, 24; CRESPI, *Mauvaises pensées et autres sulle disposizioni penali del progetto per la riforma delle società*, RIDPP, 1966, 786; FLICK, *Problemi attuali e profili costituzionali del diritto penale di impresa*, RIDPP, 1983, 443; NUVOLONE, *Relazione introduttiva a los actos del Convenio de Nicola sobre el diritto penale delle società commerciali*, Milano, 1973, 10.

Hablamos de Derecho penal sancionador cuando la regla de conducta (el «precepto») no es formulada por la misma norma incriminadora, sino que se encuentra incorporada en una disposición normativa presidida, en vía primaria, por sanciones extrapenales (por tanto pertenecientes a otra rama del ordenamiento), a las que la norma incriminadora hace un expreso reenvío.

El fenómeno no debe confundirse con la mera separación topográfica entre precepto y sanción [ejemplificado por la cláusula sancionadora que se encuentra en numerosos textos legislativos (89)]. Es diferente, sin embargo, la estructura de la norma penal en blanco, que prevé un mecanismo de integración, abriéndose a una diversidad de contenidos preceptivos (90).

Por otro lado debe subrayarse que también por parte de la norma penal sancionadora la determinación del precepto no se agota en una pura y simple remisión a la fuente extrapenal: momentos esenciales del tipo (el elemento subjetivo, las causas de justificación, las formas de aparición) son definidas por el Código Penal. Resulta en todo caso innegable, también en relación con la regulación del error, una preeminencia de la contribución preceptiva externa (91).

e) La observación del dato positivo pone de manifiesto una forma atenuada, si bien siempre significativa, de subordinación intersectorial. Existen normas penales que podemos denominar sancionadoras en sentido lato: que en su tipo objetivo, si bien recortado autónomamente, incorporan un momento de ilicitud extrapenal. El precepto penal viene así a penetrar, casi en función de refuerzo, en un precepto público o privado.

Se habla de un requisito de antijuridicidad especial, en ocasiones implícito en algún extremo aparentemente descriptivo (92). Piénsese en la sustracción a los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad de los padres o a la cualidad de cónyuge (art. 570 CP), en la inobservancia de las obligaciones derivadas de un contrato de suministros (art. 355 CP), en la omisión de la (o en la irregular o incompleta)

(89) Cfr., sobre este fenómeno PULITANÒ, *L'errore*, cit., 190; PALIERO, *Minima*, cit., 100.

(90) Sobre el reenvío a un acto normativo de grado inferior como característica de la norma penal en blanco, véase en particular PAGLIARO, *Principi*, cit., 69; en sentido diverso ROMANO, *Commentario*, cit., 417 y antes *Repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1974, 157.

(91) Sobre el fenómeno de la «integración» de la norma extrapenal en la penal véase ROMANO, *Commentario*, cit., 420.

(92) Véase sobre todo PULITANÒ, *Illiceità espressa e illiceità speciale*, RIDPP, 1967, 92; *ID.*, *L'errore*, cit., 376; y ahora ROMANO, *Commentario*, cit., 284.

llevarla de los libros contables prescrita por la ley (art. 217, par. 21, 1. fall.); incluso en la «distracción» que lleva implícito un destino prefijado (arts. 314 y 315 CP) (93).

La relación con las otras ramas del ordenamiento es diferente respecto a la hipótesis normal (*supra sub a*): para eludir la antijuridicidad de carácter penal no es necesaria ya un prescripción o una autorización de otra fuente; basta con la mera irrelevancia extrapenal (la ausencia de ilicitud civil o administrativa) para hacer desaparecer la tipicidad.

En tales hipótesis (y no solamente en el caso de la norma en blanco), la Ley penal se ve condicionada por fuentes heterogéneas: no sólo leyes extrapenales, sino también fuentes secundarias (reglamentos) e incluso normas internas (circulares, ordenanzas de servicio que, por ejemplo, prescriben el secreto de determinadas «informaciones de las que se tenga conocimiento por razón del oficio»: art. 326 CP), disposiciones administrativas (órdenes, autorizaciones), normas contractuales (los «contratos de suministros»).

Se hace particularmente delicado el problema del error *iuris*, la discriminación entre el ámbito del artículo 5 y el del artículo 47, par. 31 Código Penal: la fuente extrapenal no fija solamente el presupuesto estático de la obligación o de la prohibición, sino que define el dinamismo de la conducta, aportando el parámetro tipificante de la violación o incumplimiento (basta pensar en la distracción como disconformidad con el destino prefijado, o en la irregularidad de los libros contables) (94).

8. EL SISTEMA Y LOS SUBSISTEMAS

La mayoría de las normas incriminadoras se encuentran diseminadas fuera del Código, formando el llamado Derecho penal complementario (95). Sin embargo, la extensión y la organización de la parte especial (particularmente del Libro II en el que encuentran su lugar buena parte de las figuras delictivas tradicionales, cuidadosamente cla-

(93) Cfr. PALAZZO, *L'errore sulla legge extrapenale*, Milano, 1974, 121. Sobre la actualidad de los deberes públicos de actuar presupuestos por la norma del artículo 328 CP cfr., STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, Napoli, 1974, 119.

(94) Como decir que la ley extrapenal define el «nucleo central» del tipo (para esta terminología cfr., GROSSO, *L'errore sulle scriminanti*, Milano, 1961, 197). Consideran aplicable el artículo 47, párrafo último, del Código Penal., con diferentes motivaciones, PULITANO, *Illiceità espressa*, cit., 104; PALAZZO, *L'errore*, cit., 208; ROMANO, *Commentario*, cit., 284.

(95) Sobre la distinción entre Derecho penal *fondamentale e complementare*, por todos, GRISPIGNI, *Diritto pen.*, cit., 265.

sificadas conforme a los objetos jurídicos reagrupados por categorías) garantiza todavía hoy al Código una posición de primacía, si bien empañada por la obsolescencia tanto del cuadro en su conjunto (de impronta estatolatra), como de importantes capítulos (96).

Alcance rigurosamente técnico (preceptivo) posee, sin embargo, el carácter central del Libro I, complemento esencial de toda norma incriminadora, dondequiera que se encuentre ubicada. La aplicación de toda la parte general «a las materias reguladas por otras leyes penales», expresamente establecida en el artículo 16 CP, garantiza la homogeneidad del sistema penal, como sector claramente singularizado del ordenamiento jurídico italiano, regido por principios irrenunciables (97).

La distribución topográfica es, en consecuencia, un dato a no sobrevalorar, pero no privado de relieve político-legislativo e interpretativo. Es una observación común que la ubicación en el Código contribuye al prestigio del bien tutelado, cuando menos desde el punto de vista de la estabilidad. Pero la actual tendencia centrífuga no es imputable solamente a la vocación efímera de tanta producción normativa o a la falta de diligencia del legislador. La colocación fuera del Código no carece por lo demás de una justificación histórica y técnica: una estrecha conexión genética estructural y funcional con disciplinas que se encuentran «en la base» (relativas a la quiebra, societarias, laborales, ambientales, urbanísticas, etc.). La desconcentración tiende a acentuarse debido a que hoy el legislador es llamado a hacer frente a patologías poliédricas, alimentadas por raíces profundas y ramificadas (la droga, la criminalidad organizada), y también a transformaciones en su conjunto positivas, pero cargadas de vicios inaceptables (piénsese en las innovaciones tecnológica y financiera). De ahí la necesidad de un acercamiento multilateral, basado en la dosificación de remedios tomados de diversas ramas del ordenamiento: estrategia global a la que debe subordinarse funcionalmente también el momento represivo (98). Tampoco sorprende el carácter experimental de no pocas intervenciones legislativas, ello sin tomar en consideración la auspiciada «excepcionalidad» de clamorosos rigorismos represivos (99).

(96) Ratifica el carácter central del Código, BRICOLA, *Considerazioni introduttive*, QC, 1981, 15.

(97) Por todos PALAZZO, *La recente legislazione penale*, III, Padova, 1985, 9; ROMANO, *Commentario*, cit., 159.

(98) Para análogas consideraciones PULITANÒ, *La formulazione*, cit., 37.

(99) Sobre el fenómeno de la «descodificación» en el ámbito penal véase FIORE, «Decodificazione e sistematica dei beni giuridici», en *Beni e tecniche*, cit., 73; PADOVANI, *La sopravvivenza del Codice Rocco nell'«età della decodificazione»*, QC, 1981, 89; PALIERO, *Minima*, cit., 89 (este autor denuncia el abandono de la regla de la fragmentariedad, 165).

La interpretación de la norma penal externa al Código sufre a su vez un doble condicionamiento sistemático, cargado de íntimas tensiones: de un lado, la perentoriedad de los principios de la parte general; de otro lado, el contexto legislativo receptor: el sistema interno de disciplinas sectoriales rígidamente integradas, también éste vinculante, limita el arbitrio interpretativo.

Esencialmente en el Derecho penal complementario (sin excluir alguna ramificación del Código) se suelen distinguir algunos ámbitos normativos caracterizados por la homogeneidad del ámbito de la disciplina, con terminología arraigada en el lenguaje de los juristas como: Derecho penal comercial, Derecho penal laboral (e incluso, con límites más lábiles, Derecho penal económico), cuya incorporación responde al tipo de intereses tutelados y a quiénes son sus destinatarios (100). Alcance verbal (sólo descriptivo) tendría la atribución a tales divisiones de una nota de especialidad: la ubicación en leyes «especiales» (en el sentido de la rúbrica del art. 16 CP, que no debe confundirse con el significado mucho más característico —estructural— del art. 15) es común a todo el Derecho penal complementario (101).

Esto no impide que semejantes reagrupamientos tengan su utilidad: didáctica, considerada la importancia práctica de las materias reguladas; y también científica, en cuanto promueven una solución armónica de problemas interpretativos comunes y sensibilizan a los estudiosos, y al mismo legislador, sobre directrices de intervención penal de notable y actual relieve (102). No debe, sin embargo, omitirse el riesgo de acentuaciones particularistas que agravarían los riesgos de desestabilización del sistema penal ínsitos ya en el peso excesivo de la legislación complementaria.

Un margen de *autonomía* (más que de especialidad) se debe reconocer, sin embargo, a determinados complejos normativos que se sus-

(100) Véase ROMANO, *Commentario*, cit., 161. Por lo que respecta a la delimitación de los destinatarios, la doctrina tradicional se limitaba a contraponer al Derecho penal común un Derecho penal *especial*, aplicable a particulares categorías de asociados (por todos GRISPIGNI, *loc. ult. cit.*). Los autores citados en la nota precedente temen que se consolide también en el ámbito penal «estatutos de grupo», contratados por los grupos de presión.

(101) Sobre los índices de «especialidad» de los diversos subsectores véase recientemente PADOVANI, *Diritto penale del lavoro*, II, Milano, 1985, 20; VENDITTI, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, III, Milano, 1973, 18; PALAZZO, *La recente leg.*, cit., 9.

(102) Una autonomía científica es reconocida por DELOGU, *La loi*, cit., 238; rechaza la legitimidad de las divisiones por razón de las palabras ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, X, Milano, 1985, 16. Sobre el problema de la autonomía de las ramas jurídicas cfr., MALINVERNI, *Principi di diritto penale tributario*, Padova, 1962, 239.

traen parcialmente a las reglas del libro I, de las que el artículo 16 CP admite expresamente su derogabilidad. Se dibujan así subsistemas caracterizados por una peculiaridad de parte general, a los que suelen acompañarse regímenes procesales bien específicos, sin, no obstante, salir del marco del sistema, pues se trata, en todo caso, de derogaciones bien circunscritas (103).

a) La autonomía alcanza su punto culminante en el Derecho penal militar, dotado de una codificación propia, sustancial y procesal, e incluso de especialidad jurisdiccional. Soporte del ordenamiento militar, estructura en sí misma fuertemente centralizada en el ámbito de la organización estatal (104), sólo marginalmente encuentra aplicación en las confrontaciones entre sujetos que no poseen la cualidad de militares (art. 1 CPmp). En el plano sustancial, lo distinguen, además de unas reglas singulares, en materia de ignorancia de los deberes militares, de causas de justificación y de circunstancias modificativas genéricas, un sistema sancionador que comprende «penas militares» principales y accesorias, con una regulación peculiar del concurso de delitos y de las causas de extinción del delito y de la pena.

b) Bastante más reducido es el margen de autonomía sustancial del Derecho penal financiero (o tributario), unificado por la función de tutela del poder impositivo (105). Su estatuto viene tradicionalmente representado por las «normas generales para la represión de las violaciones de las leyes financieras», reguladas en la Ley 7-1-1929, n1 4 (cuya esfera de operatividad está por otro lado limitada a los tributos del Estado: art. 1) (106); actualmente, a partir de la derogación de alguna de sus disposiciones por parte del d.l. 10-7-1982, n1 429, transformado en la Ley 7-8-1982, n1 516, la eficacia derogatoria parece circunscrita a la disciplina del delito continuado (art. 8), de la oblazione (arts. 13-14) y de la prescripción (art. 16), así como al principio de irretroactividad de la Ley penal financiera derogatoria o modificativa

(103) Cfr. DELOGU, *La loi*, cit., 240; PADOVANI, *Diritto pen.*, cit., 22; ROMANO, *Commentario*, cit., 161. Para un elenco de normas derogatorias de libro I cfr., PALIERO, *Minima*, cit., 106.

(104) Cfr., por todos, VENDITTI, *Op. cit.*, 1 y 20.

(105) Cfr., en particular DELOGU, *L'oggetto giuridico dei reati fiscali*, *Studi in onore di Francesco Antolisei*, I, Milano, 1965, 311; FLORA, *Profili penali in materia di imposte dirette ed I.V.A.*, Padova, 1979, 158.

(106) Véase en particular MALINVERNI, *Principi*, cit., 117; NUVOLONE, «I principi generali del diritto penale tributario», ahora en *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova 1982, 495; CONTI, en ANTOLISEI, *Manuale*, cit., *leggi complementari*, 645; LANZI, *Lezioni di diritto penale tributario*, Padova, 1985, 40.

(art. 20) (107). Un radio de acción más restringido (circunscrito a la materia de los Impuestos sobre la Renta y sobre el Valor Añadido) tiene la disciplina autónoma de la citada Ley 516/1982 en materia de error sobre normas tributarias (art. 8) y de prescripción (art. 9) (108). También debe recordarse la habitual exclusión de los «delitos financieros» de los procedimientos generales de clemencia (109).

c) El Código de la navegación contiene, en el Libro I de la parte III, un grueso apéndice penal, que comprende algunas disposiciones generales y una conspicua serie de tipos delictivos y de faltas, ordenados de acuerdo con el modelo del Código Penal. El Derecho penal de la navegación presenta, en consecuencia, un carácter compacto también hacia el exterior: más allá de la variedad de los intereses protegidos, explicitados por los títulos, el cemento unificador está representado por la focalización de la disciplina sobre la singular convivencia en el medio de la nave o de la aeronave.

Los aspectos de verdadera autonomía en el plano de la parte general son, sin embargo, tenues. No se puede reconocer alcance derogatorio ni a las peculiares penas accesorias, de tipo interdictivo, de los artículos 1082 y 1083, ni a las agravantes especiales de los artículos 1084 y 1085; del mismo modo el criterio de punibilidad de los delitos cometidos en territorio extranjero, regulado en el artículo 1080, se puede reconducir a las cláusulas de reenvío del artículo 3, CP. y del artículo 7, núm. 5 CP (110).

Tiene particular resonancia la regulación de la intervención del extraño en los delitos propios (previstos por el mismo Código de la Navegación) establecida por el artículo 1081 (111). Pero la admisibilidad general de una contribución atípica por defectos de cualificación subjetiva, fuera del supuesto de cambio de título del delito (art. 117 CP), es comúnmente reconocida en todo el ámbito penal: la originali-

(107) Cfr., GROSSO, Osservazioni sui principi del diritto penale tributario dopo l'entrata in vigore della legge 7 agosto 1982, núm. 516, *RIDPP*, 1984, 35; TRAVERSI, *I nuovi reati tributari*, Milano, 1982, 31; D'AVIRRO-NANNUCCI, *I reati nella legislazione tributaria*, Padova, 1984, 394.

(108) Cfr., GROSSO, *I principi generali della responsabilità penale nei reati tributari*, en AA. VV., *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, Milano, 1986, 3; LANZI, *Lezioni*, cit., 53; VINCIGUERRA, «Tributi (reati in materia di)», en *NN.D.I., App.*, VII, Torino, 1987, 898.

(109) Sobre la «práctica coincidencia» entre delitos *financieros* y delitos *tributarios*, CERQUETTI, «Reati tributari», en *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 1043.

(110) Así, LEONE, *Nuove questioni in tema di riforma del diritto penale della navigazione*, ahora en *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1987, 721.

(111) Sobre la oportunidad de tal norma cfr., LEONE, *Questioni in tema di riforma del diritto penale della navigazione*, *Scritti*, cit., II, 675. Extiende su eficacia a todo el sistema penal BETTIOL, *Diritto pen.*, cit., 614.

dad de la disposición citada parece reducirse a la atenuante facultativa dispuesta por el párrafo a favor del extraño interviniente (112).

9. APÉNDICE

La reforma *ab imis* del ordenamiento procesal desestabiliza una relación de instrumentalidad en sentido único que se daba lógicamente por descontada (*supra*, par. 1). La llamativa variable introducida en la respuesta sancionadora para incentivar procedimientos abreviados refleja la prioridad asignada a exigencias de simplificación y de economía procesal.

La dimensión también sustancial del factor tiempo está obviamente fuera de discusión: nadie ignora que la punición es tanto más convincente cuanto más tempestiva es. Pero las razones del procedimiento se hacen absorbentes: la justicia del caso particular cede abiertamente el paso a preocupaciones de funcionalidad de la institución.

En el plano sustantivo no se puede dejar de constatar la aparición de un sistema de disparidad de tratamiento irreducible a una medida que responda al fin de la pena como tal: no se trata ya de medidas de emergencia de carácter urgente, sino de verdadero y propio dato estructural. Lo que lo inspira es un pragmatismo que pretende servir como remedio a las disfunciones de la disciplina punitiva, pero que lleva consigo un germen de deslegitimación desde la perspectiva de los valores.

(112) Sobre las relaciones entre el artículo 1081 C. Nav. y el artículo 117 del Código Penal, así como sobre el alcance de la atenuante véase PADOVANI, «Reati della navigazione», en *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 1200.

La funcionalización del Derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral desde un margen (*)

MIGUEL RAFAEL PÉREZ ARROYO (**)

A mi padre, Rafael Pérez Vásquez, porque todo sea como en Orcotuna

SUMARIO:—I. Introducción.—II. Funcionalismo, funcionalización y Derecho penal.—III. La funcionalización del Derecho penal: ¿Modernización del Derecho penal?—IV. Flexibilización de las reglas de imputación como expresión de la funcionalización: ¿flexibilizar las reglas de garantía penal?—V. ¿Cómo debemos entender estas posturas flexibilizadoras de las garantías penales, a la luz de las corrientes funcionalistas, en el Perú?—VI. Referencias Bibliográficas.

(*) Este trabajo se terminó de escribir en junio de 1999 e insertado algunas modificaciones de forma hasta diciembre del mismo año. Aún cuando a la fecha de su publicación han aparecido trabajos interesantes en torno a este tema he preferido mantener lo dicho a este respecto en las fechas indicadas (como por ejemplo las reflexiones que contiene la última edición de «*Derecho penal. Introducción*» de Antonio García Pablos (*Vid. Ob. Cit.* 2.^a ed. Madrid: UCM, 2000, pp. 29 ss.)). Las conclusiones a las cuales llegué finalmente con relación a la lectura de la flexibilización del Derecho penal en América Latina, en especial en Perú, cobran a mi criterio vital importancia hoy dada la trascendencia negativa del modelo de represión y dictadura con que entre abril y mayo de 2000 se ha asentado en el Perú de la mano del régimen de Fujimori, a la vez que la crisis de legitimidad democrática en toda la región iberoamericana, crisis que, sociológicamente hablando, afecta al Derecho penal dada su utilización a modo de instrumento de contención social respecto de la sociedad en sí. Se reafirma así lo expuesto en dicho apartado de este trabajo.

(**) Profesor de Derecho penal y Procesal Penal (Perú). Becario doctoral y de investigación de la AEI/ ICI del Ministerio español de Asuntos Exteriores. Postgraduado en Criminología y Derecho penal (UCLM). Actualmente integrante del Seminario de Derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid.

I. INTRODUCCIÓN

En la ciencia penal moderna, tanto material como procesal, incluso casi llegando a esa «*gesamte Strafrechtswissenschaft*» de von Liszt, la exigencia progresiva a la objetivización y renovación de las más elementales, y otras no tan elementales, estructuras dogmáticas, es creciente.

Del lado del Derecho penal material actual y moderno se observa dos fenómenos importantes, 1) *La objetivización y flexibilización de las reglas de imputación del hecho punible*, lo cual trae consigo, en palabras de Hassemer una *erosión de los principios fundamentales consolidados que informan el Derecho penal*; y 2) *la relativización de las reglas de garantía penal y político criminal* (1). Fenómenos encuadrados en una lógica de *funcionalización y modernización* del Derecho penal y que de conjunto trae consigo una tendencia a quitarle significación a la ciencia en la política y práctica del Derecho penal (2).

Desde nuestro punto de vista, estos dos fenómenos representan de modo contundente los caminos por donde se habrá de construir las más firmes propuestas innovadoras o los más importantes replanteamientos dogmático-penales y político-criminales. Ambos casos en aras, se ha sostenido y se sostiene, de hacer más versátil al Derecho penal en el contexto de las actuales sociedades: postindustriales o post-modernas.

II. EL FUNCIONALISMO, FUNCIONALIZACIÓN Y DERECHO PENAL

En palabras del citado Hassemer se viene modelando un Derecho penal *funcionalista* o un Derecho penal funcional a las nuevas y aún no tan claras exigencias político criminales de dichas sociedades post-modernas. Sociedades que, atendiendo a sus rasgos característicos son: 1) sociedades de riesgo; 2) sociedades plurales y culturalmente diversas; 3) sociedades de relaciones económicas complejas (globali-

(1) En este sentido revisar el trabajo de Jesús M.^a SILVA SÁNCHEZ: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cívitas, 1999, *ad integrum*, esp. p. 64. También, HASSEMER, W. «La ciencia jurídico penal en la República Federal Alemana», en *ADPCP*, 1993 (enero-abril), T. XLVI, Fasc. I. *ad integrum*, esp. p. 68 ss.

(2) Cfr. HASSEMER, W. *Ibid. Loc. cit.*

zación de las economías y de las fronteras territoriales en función de la maximización de los beneficios conjuntos y la competitividad en el mercado internacional); y 4) sociedades de integración supranacional y globalización; determinan a su vez, en el Derecho penal una exigencia del Derecho penal el cual debe responder a tales exigencias de modo funcional.

1. A estas características de la sociedad actual habría que añadir el hecho de un *incremento sustancial de la presencia de la víctima en el Derecho penal y procesal penal*, afianzando sus lados identificativos entre ella y el resto de la sociedad (asimilación víctima-sociedad), en donde al parecer, como señala bien Silva Sánchez, *todos parecieran ser víctimas, pasivos de delito*, con lo cual se incrementa la búsqueda de la ansiada *efectividad* y el *desprecio progresivo de las formas* (afectando esto último de modo más que contundente al Derecho procesal penal) (3).

Claro está que la funcionalidad del Derecho penal cobra nuevos matices en relación con la clásica pretensión de si no desaparecer, reducir, los índices de la criminalidad (combatir la criminalidad), criminalidad que en sí misma contiene ya caracteres distintos, no convencionales a la criminalidad común y tradicional: la criminalidad organizada, de incidencia básicamente económica y lesiva de intereses supraindividuales y hasta supraestatales (4).

2. *Funcionalizar el Derecho penal*, en el sentido antes reseñado por Hassemer, a propósito de la evolución del Derecho penal alemán, es apelar a su «modernización». Pero creo debe acotarse de modo más rígido el contenido de lo que en sí significa o pudiera significar esa funcionalización como sinónimo de modernización a fin de evitar riesgos producto de la *eclosión punitiva*, ya sea en sentido negativo o positivo, respecto de las *fronteras punitivas* que ahora se hacen cada vez

(3) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M. S., *Ob. cit.* pp. 31-62.

(4) A estas nuevas incidencias supranacionales de un tipo de criminalidad especial (la criminalidad organizada) se presenta un nuevo tipo de exigencias político criminales las cuales deben responder a este tipo de criminalidad. Desde la perspectiva europea, la nueva realidad de la unión supraestatal que representa desde ya la «Unión europea» exige un redimensionamiento de las clásicas estructuras jurídicas de los estados eurocontinentales, de todos los sectores del derecho, en favor de dicha unión y desde luego del Derecho penal el cual no sólo se convierte en integrante inequívoco de este complejo halo de redefiniciones por el efecto propio de la unión (*Vid.* TIEDEMANN, Klaus, «La armonización del Derecho penal en los estados miembros de la Unión europea». Trad. M. Cancio M. Bogotá: UEC/CIDPFD, 1998. pp. 7 y ss.), sino también, como ya se ha dicho, por efecto propio de la nueva forma de criminalidad organizada, económica y supranacional. Así por ejemplo, en el caso europeo, las propuestas unificadoras del *Corpus Iuris*.

menos claras. Esto es, respecto de un proceso de *sobrecriminalización o descriminalización excesiva, producto de las llamadas nuevas exigencias sociales y de la nueva morfología social postindustrial o post-moderna*, evitando o tratar de evitar esos efectos nocivos y perniciosos que se podrían desencadenar si no acotamos o restringimos esa dualidad hoy muy aceptada entre modernización y funcionalización.

Si nos fijáramos en los mismos orígenes de esta categoría a modo de metodología de aprehensión científica y de su introducción al lenguaje de las ciencias sociales y humanas, como la propia sociología, la filosofía y el Derecho, entre otras, nos daríamos perfecta cuenta de que el Derecho penal no es el primero en utilizarla y menos la ciencia en cuyo seno se ha desarrollado más o por lo menos de modo coherente o unívoco.

2.1. Funcionalizar algo o hacer funcional algo (un sistema jurídico, por ejemplo, o una ciencia completa en sus fundamentos metodológicos), puede significar y de hecho significa, muchas cosas y nada a la vez. Nada de modo único o por lo menos de una sola a la vez. De hecho saben más los filósofos y los sociólogos de *funcionalismo* que los propios juristas. Empero, irónicamente, hablamos más los juristas de *funcionalismo* que los propios sociólogos y/o filósofos.

La idea básica del funcionalismo, entendido primero como una postura sociológica, es que en las investigaciones sociales no deben contentarse con el análisis causal que explican o determinan los fenómenos objeto de análisis, sino que también debe uno plantearse por las *funciones, fines y consecuencias que se desprenden del propio efecto* (5). El estudio de la sociedad resulta más completo si en él concurre una proyección hacia «adelante» del espectro con que normalmente opera la ciencia (6).

Idea básica que pertenece a Emilie Durkheim, quien en su intento de «caracterizar y definir» un método de estudio de los hechos sociales, propone, en sus «Reglas del método sociológico», singularizar dicha ciencia, diferenciándola de las demás; conforme lo quiso hacer, en un primer momento Comte (el padre de la sociología), en su *Curso de Filosofía positiva*, tarea que, a su criterio, no fue retomada por ningún otro, como por ejemplo Spencer («Introducción a la Ciencia Social») o Mill. Este último, a criterio de Durkheim, no hizo más que

(5) Vid. DURKHEIM, Emile. *Las reglas del método sociológico*. Traducción del original «Les règles de la méthode sociologique» (1895) de Santiago González Noriega. Introducción y notas de Santiago González Noriega. Madrid: Alianza Editorial, 1988, pp. 143 ss.

(6) RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, José E. *La perspectiva sociológica*, Madrid: Taurus Humanidades, 1989, p. 163.

«pasar por el tamiz de su dialéctica lo que Comte había dicho al respecto» (7).

2.2. No obstante ello hubieron y aún las hay, en las Ciencias sociales, ciertas críticas que se alzan contra la concepción del «método» funcional. Una de ellas está constituida por Nagel al afirmar rotundamente que «el funcionalismo no constituye una perspectiva clara ni unitaria dentro de la investigación social». Así, el enfoque funcional carece de concreción en sus formulaciones y, por consiguiente, impide que puedan ser contrastadas empíricamente a menos que el *estado* que presuntamente se mantiene o se modifica sea formulado con mayor precisión. Ante esta imposibilidad el control empírico se hace imposible. De igual forma, dice, a lo máximo que podría aspirar el funcionalismo sería descubrir las relaciones de «interdependencia» continuada «entre pautas de conducta estandarizada, entre instituciones económicas y jurídicas, entre ideales religiosos, sociales y económicos, entre estilo arquitectónico, norma social y doctrina filosófica, entre estratificación social y personalidad, pero este análisis, con ser esclarecedores, sigue diciendo el mencionado autor, «no pueden ser considerados como ilustraciones de un enfoque teórico exclusivo» (8). Por su parte, Hempel aunque negándole un rango científico propiamente dicho, en el sentido filosófico-científico, sí lo considera como un programa de investigación dotado de entidad (9). La preocupación funcionalista, a criterio de este autor, aunque tiene un claro valor científico y de creación al estimular la investigación (valor heurístico), permitiendo un relativo grado de generalizaciones empíricas, bordea el riesgo de las explicaciones *ex post facto* (10).

2.3. Esta postura metodológica triunfó en las Ciencias sociales, especialmente en la Sociología y la Antropología, hasta evolucionar en lo que modernamente se conoce como «*Estructural-funcionalismo*» (de la mano de científicos discípulos del padre del funcionalismo, Durkheim: Malinowski, Brawn y Lévi-Strauss) (11) así como también

(7) Cfr. DURKHEIM, Emile. *Ob. cit.*, p. 53.

(8) NAGEL, E., *La estructura de la Ciencia*, Buenos Aires: Paidós, 1974, pp. 473, 477, 481.

(9) HEMPEL, C., *La explicación científica*, Buenos Aires: Paidós, 1979, pp. 325 ss.

(10) Vid. RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, José E., *Ob. cit.* pp. 163 ss.

(11) Son obras trascendentales de cada uno de estos autores: MALINOWSKU, B., *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje (Crime and Custom in savage society, Londres -1926-)*. Barcelona: Ariel quincenal, 1982; BRAWN, Radcliffe. *Estructura y función en la sociedad primitiva (Structure and function in Primitive Society, Londres -1952-)*. Barcelona: Península, 1974; LÉVI-STRAUSS. *El estructuralismo y la teoría sociológica (Structuralism and Sociological Theory, Londres -1975-)*, México: FCE, 1979.

en la Teoría de los sistemas» (con Parsons como principal propulsor) (12).

3. A nivel político criminal esta propuesta innovativa de orden metodológico caló recién a partir de la década de los sesenta, en Alemania, en cuya sociedad se venía discutiendo la reforma de esos años a partir del Proyecto alternativo de 1962 (13). Así, se afiaron principios fundamentales del Derecho penal de hoy como son el de su fragmentariedad y el de protección de bienes jurídicos. De modo consecuente se recortó el Derecho penal protector del Estado, del aborto y el Derecho penal sexual y más tarde esta línea se extendió también al Derecho penal de bagatela (14) (15). También se rechazaron las teorías

(12) La obra de Parsons, como manifiesta RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, se puede dividir en tres períodos. La primera intersubjetiva o fenomenológica. La segunda funcionalista y la tercera, ya sistémica. En la primera fase publica: *La estructura de la acción social* –The structure of social action– (NY: Free press, 1937). En la segunda: *El sistema social* –The System social– (NY: Free Press, 1959)/Trad. José Jiménez Blanco y José Casorla Pérez. Madrid: Alianza Editorial, 1988). La tercera fase se presenta como una corrección en medida de autocrítica que Parsons se hace a sí mismo de una manera muy particular: «An outline of the social system», en *Theories of society*, (NEAGLE, PITTS, PARSONS & SHILS - Coord.) NY: Free press, 1968; *Action theory and the human condition*. Milán: Sugarco, 1979.

(13) Hassemer recuerda lo «paradigmático» que resulta la publicación de dos ediciones de bolsillo de Jürgen BAUMANN: 1) *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1966; y 2) *Misslingt die Strafrechtreform?*, 1969. Vid. HASSEMER, W., *Ob. cit.* p. 50.

(14) Estamos hablando de la institución relativa a la pena que implica la renuncia de ella por parte del Estado en relación a su *Ius puniendi*, «cuando la aplicación de dicha pena sería errónea puesto que las consecuencias del delito son, de por sí, aún más graves para el reo»: *Absehen von Strafe* (§ 60 StGB alemán: «Das Gericht sieht von Strafe ab, wenn die Folgen der Tat, die den Täter getroffen haben, so schwer sind, daß die Verhängung einer Strafe offensichtlich verfehlt wäre...»). Los primeros antecedentes de esta fórmula político criminal, sin embargo, hay que reconocerlo en el proyecto de reforma penal de 1909 (*Entwurf von 1909*), accediendo al Derecho penal positivo alemán por obra de la Ley de 28 de junio de 1935 (para casos, en principio, en donde la renuncia a la pena parece justificarse en función a la «insignificancia o bagatela del delito»). Recién el Proyecto Alternativo de 1969 contuvo una fórmula genérica en este sentido (§ 58 Alternativ Entwurf); fórmula utilizada de modo creciente por el legislador alemán, tal como recuerda JESCHECK (Cfr. *Derecho penal. PG* Trad. Manzanares Samaniego. Granada: Comares, 1993, p. 776-777).

(15) La fórmula de la renuncia de pena (*Absehen von Strafe*) tiene auténtico sentido en un Derecho penal fragmentario y de mínima intervención. Más aún cuando en su seno se ubica una cuestión primordial que es el de la *actualización de la norma penal* que el Derecho penal y especialmente el proceso penal pretende como fin y de lo que se trata de verificar en el seno del proceso delitos de contenido lesivo mínimo o *de bagatela*. De este modo lo expresado por Jescheck en cuanto a que la fórmula de la renuncia de pena es «utilizada de modo creciente por el legislador...» (*Ibid. Loc. cit.*) cobra especial relevancia fuera ya de los marcos punitivos clásicos del Derecho penal en donde su idoneidad político criminal aún no ha tenido sus mejo-

de la justa retribución por anacrónicas y se votó a favor de un derecho de sanciones ajustado a la prevención especial con nuevas respuestas a la criminalidad: humanas, eficaces e imaginativas. El Derecho penal visto desde este prisma cambió de una orientación «input» a una «output»: de una justificación del Derecho penal desde el concepto y el sistema a una justificación desde las consecuencias que este produce (16).

Postura metodológica que identificó y propulsó de modo decisivo Roxin justamente en esta década, concretamente desde 1963 con «Täterschaft und Tatherrschaft» (17), posteriormente con la no menos brillante disertación sobre «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem» (=Política criminal y sistema del Derecho penal) (18). Ideas y fundamentos realmente innovadores en el seno de la dogmática penal moderna que no deja de trabajar y reelaborar (19).

La década de los sesenta como vemos significó para Alemania un avance importante en la modernización de su actual Derecho penal, tanto a nivel legislativo como de su auténtica sistematización dogmá-

res frutos. Hablamos, por citar sólo un ejemplo de los muchos que podrían citarse (de *lege lata*) y construirse (de *lege ferenda*) del principio de oportunidad reglado (por ej. en los aquí citados *delitos de bagatela*: §153 StPO alemán; art. 280 CPP de Portugal; art. 442 CPP de Italia; art. 2 CPP de Perú, entre otras legislaciones); instituto propiamente procesal en donde esa «renuncia de pena» se justifica en razón de una *insignificancia del hecho punible*, de *necesidad y merecimiento de pena*; entre otras reglas o *mecanismos de oportunidad*. Se materializa sin alcanzar siquiera el inicio formal del proceso a modo de excepción a la «legalidad procesal», no constituyendo obstáculo para el sobreseimiento de la causa el inicio formal del sumario. (Al respecto se puede revisar, entre otros; ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad. Alemania y España*. Barcelona, 1991, *passim*.)

(16) Esta expresión: *input/output*; pertenece a otros ámbitos del saber humano. Se introduce en el Derecho, como bien recuerda HASSEMER (*Vid. HASSEMER, W. Ob. cit.* pp. 51-52) con LUHMAN (*Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, pp. 25-58 ss.; hay traducción del texto de LUHMAN al español: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: CEC, 1983, p. 47).

(17) Hay edición recientemente traducida al español por GONZÁLEZ DE MURILLO y CUELLO CONTRERAS: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 1998.

(18) Traducción al español que tempranamente hiciera MUÑOZ CONDE en 1972 (Barcelona: Bosch, 1972).

(19) Así en obras de trascendencia como *El tipo penal*, Trad. E. Bacigalupo. BBAA: Depalma, 1979; *Culpabilidad y prevención en Derecho penal de hoy*, Trad. Muñoz Conde, Madrid: Reus, 1981; entre otros. Artículos de relevancia como: «La reparación en el sistema de los fines de la pena», en *De los delitos y las víctimas* (Julio B. J Maier, Coord.). BBAA: Ad Hoc, 1992, pp. 129-156 (publicado originariamente en *Wiedergutmachung und Strafrecht* (=Reparación y Derecho penal), München, 1987. También: «Tiene Futuro el Derecho penal», en *Poder Judicial*, 49, 1998. pp. 373-392; «Culpabilidad y exclusión de culpabilidad en Derecho penal», en *NDP*, 1996b, pp. 479-498; entre otras.

tica que tanta influencia a tenido incluso fuera de sus fronteras (20). También significó un punto de inflexión importante para las Ciencias penales de tradición eurocontinental que olvidándose y alejándose cada vez más del viejo debate entre casualistas y finalistas, protagonizadas en antaño por Mezger y Welzel, propiciaron, desde el *Alternativ Entwurf von 1962* y las diversas propuestas alternativas que desde 1966 se formularon en relación a la reforma por el grupo de jóvenes penalistas de esa época (21).

4. *En medio de este convulsionado panorama postfinalista* aparecen posturas de diverso talante y de marcado tono ecléctico en sus planteamientos metodológicos que como señala Silva Sánchez dieron lugar a lo que ya se podía antelar desde un par de párrafos más arriba: las posturas funcionalistas (22) las cuales son aún hoy las dominantes en la Ciencias penales de tradición eurocontinental. Sin embargo nos encontramos en el mismo agujero de antes. Por un lado aún no podemos definir con relativa exactitud lo que significa que un Derecho penal sea funcional y cuál debe ser el contenido, o por lo menos los límites observables de esa funcionalización; no dejando de tomar en cuenta las diversas objeciones metodológicas que desde las Ciencias sociales (ámbito de conocimiento propio del Funcionalismo) se han esgrimido contra ella a la vez que la vaguedad de su enunciado básico y la inexistencia de un molde único con qué medir dicho funcionalismo.

4.1. Si partimos de la idea básica que nos proporciona el *funcionalismo* como sistema metodológico de investigación científica, idea que como hemos visto pertenece a Durkheim, en relación al «método de investigación sociológica» o de «reglas» de investigación (*reglas del método sociológico*) se puede observar, según dichos postulados que en las investigaciones sociales no deben contentarse con el análisis causal que explican o determinan los fenómenos objeto de análisis, sino que también debe uno plantearse por las *funciones, fines y consecuencias que se desprenden del propio efecto* (23). Concluyéndose

(20) Afirmación que ha sido ampliamente reconocida por amplios, mayoritarios y casi unánimes sectores de la dogmática penal internacional, sin posibilidad de exclusión de España y sus teóricos del Derecho penal. Véase por citar sólo un ejemplo: MIR PUIG, Santiago, «Laudatio: *Honoris Causa a Claus Roxin* (junio de 1994), en *Política Criminal y nuevo Derecho penal* (J. M. Silva Sánchez, ed.) Barcelona: Bosch, 1997, pp. 31 ss.

(21) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1993, pp. 62 ss. También al mismo HASSEMER, W., *Ob. cit.* p. 50.

(22) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, p. 62 ss.

(23) Vid. DURKHEIM, Emile, *Ob. cit.* pp. 143 ss.

que el estudio de la sociedad resulta más completo si en él concurre una proyección hacia «adelante» del espectro con que normalmente opera la ciencia (24).

«Funciones», «fines» y «consecuencias» a la vez que «proyección hacia adelante» que el Derecho penal ha recepcionado asignándole un valor particular en el seno de su sistema dogmático pero no ajeno a su significado metodológico en su primigenio ámbito de conocimiento sociológico en donde la idea de funcionalidad se aproxima inescindiblemente a lo estructural, derivándose de ahí a en un *estructural-funcionalismo* (25). De un lado, se apela a las «funciones» en término de relaciones «intraorgánicas» y «sistémicas»; concibiendo detrás de estas relaciones una organicidad y un sistema de base estructural en la que el todo esta compuesto por un conjunto de partes y, a su vez, las partes constituyen un todo; *el todo social*. Así se reconoce una serie de principios del análisis funcional *estructuralista*: a) *Postulado de la unidad funcional de la sociedad*, b) *Postulado del funcionalismo universal*; y, *Postulado de la indispensabilidad* (26).

4.2. De este modo el Derecho penal se inserta orgánicamente en ese «todo social» y «complejo» debiendo cumplir su rol, su función. Ese rol o función estará orientado, de acuerdo a la coherencia del método que estamos siguiendo por sus «fines» y *proyectado hacia adelante* por sus «consecuencias» (27). El problema seguirá siendo, tanto si nos quedamos fuera del Derecho penal como si pretendemos introducirnos en él; tanto si nos quedamos en la mera reflexión sociológica como si queremos hacer extendible este método al Derecho penal, de qué entendemos por fines y qué por consecuencias. Y en esta perspectiva cuál será el contenido de ambas en relación a la *función* que debe cumplir el Derecho penal, y extensivamente, el *Sistema penal*, en la sociedad en donde se inserta, estructural-funcionalmente hablando.

(24) RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, José E., *Ob. cit.* p. 163.

(25) Partiendo, como hemos visto de la postura de Durkheim respecto del método sociológico; Brawn, Malinowski, Lévi-Strauss, Merton y Parsons, construyeron la actual teoría estructural-funcionalista (*Vid. Ut. Supra*).

(26) Cfr. MERTON, Robert, *Teoría y estructura social*. México: FCE, 1970.

(27) Esta arista metodológica coincide sin duda a lo que HASSEMER, recordando a LUHMAN, denomina «Output»: como Derecho penal justificado desde sus consecuencias. *Vid. HASSEMER, W., Ob. cit.* p. 51.

III. LA FUNCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL: ¿MODERNIZACIÓN DEL DERECHO PENAL?

La respuesta a lo anterior sin duda ya se ha dado aunque no de modo claro por la dogmática penal. El nexo metodológico del funcionalismo, tanto a nivel sociológico como jurídico penal, son los *valores*. *Valores* de cuyo contenido nos hemos de ocupar, delimitándolos de acuerdo a los parámetros que a su vez, los mismo «valores» nos habrán de informar.

5. El Derecho penal es una construcción cultural que aunque formalizada por un cúmulo de principios y convenciones *dogmáticas* asume como tal su condición de fenómeno social. Así reconoce en su análisis *funcional* la relación que él juega y tiene en ese complejo social del cual es parte. Sus funciones, su rol, su interrelación orgánica con todos las demás componentes sociales están definidos por sus *finés* lo cual de cara a una coherencia sistémica se retrotrae al análisis de sus consecuencias. De uno y otro extremo se desprende la necesidad de existencia de un nexo comunicante, entre ambos y entre la propia función del fenómeno social; en este caso del Derecho penal y aquéllos. Estos son los *valores* ya sean de contenido meramente social, ético o, incluso, normativo. Se puede priorizar uno u otro extremo pero no se pueden separar ni menos ignorar mutuamente. *Esto es lo que en abstracto se puede entender como funcionalización del Derecho penal.*

5.1. En sogmática penal tenemos dos casos importantes que a mi entender han desarrollado de un modo «coherente» o mejor dicho «sistemático» la concepción del «método funcional», tal como lo hemos visto tanto en sus orígenes como en su evolución: Roxin y Jakobs. Método que ellos lo han entendido de modo muy particular pero que en definitiva expresa esa carencia *unívoca* de contenido conceptual y material de la cual adolece el funcionalismo. Baste recordar aquí las críticas formuladas por Nagel y Hempel, por ejemplo (28), las cuales dicen mucho de lo endeble y relativo del «funcionalismo» como método de investigación científica pero que tampoco lo desautoriza ni descalifica como lo que es; un método y una concepción de hacer ciencia.

5.3. Así, en Roxin encontramos que esos «*finés*» y «*consecuencias*» son *priorizados sobre la base de una orientación político criminal* y una *necesidad social* que el Derecho penal debe satisfacer. Los valores que informen al sistema dogmático penal son de orientación político criminal los cuales, a su vez, se relacionan de modo inescindi-

(28) *Vid. supra.*

ble de la sociedad y de sus necesidades (necesidad social). La orientación teleológica de su sistema orienta al Derecho penal a redefinir el marco categorial de la teoría del delito y del sistema penal en general de acuerdo a los valores político criminales que la propia constitución establece a fin de satisfacer esas necesidades sociales.

En Jakobs la misión (fin) del Derecho penal es la defensa de la identidad social sobre la base de la vigencia de la norma penal. Los valores son todos sistemático-normativos y los que el propio derecho aporte en la construcción de esa pirámide normativa. Son sus paradigmas: «vigencia de la norma» e «identidad social». No existe pues, como insisten algunos sectores de la doctrina un *funcionalismo* «radical» y otro «moderado».

En cambio, sí que son radicales los extremos a los que se podrían llegar, en términos consecuenciales, siguiendo la línea dogmática de cada uno de ellos. Haciendo extrema la política criminal, insisto, bajo los moldes de cada una de ellas. Sólo es menester entender el funcionalismo aunque no de la mano de sus mentores penales sino de sus verdaderos creadores, los sociólogos y filósofos del pensamientos social de a fines del siglo pasado y comienzos del presente para darnos cuenta de ello.

Es obvio que aquí no vamos a desarrollar todo el sistema ni de Roxin ni de Jakobs. No es ni ha sido nuestro propósito; sólo de ejemplificar el desarrollo del funcionalismo.

IV. FLEXIBILIZACIÓN DE LAS REGLAS DE IMPUTACIÓN COMO EXPRESIÓN DE LA FUNCIONALIZACIÓN: ¿FLEXIBILIZAR LAS REGLAS DE GARANTÍA PENAL?

6. En los términos así expuestos entre *funcionalización* y *modernización* del Derecho penal con vistas a una respuesta funcional y eficaz, si se quiere, del Derecho penal, se debe tratar de explicar, también, lo relativo a la flexibilización de las reglas de imputación y la erosión del Derecho penal clásico garantista y tuitivo de los derechos fundamentales (en su formulación dogmática), en los términos que desde su formulación liberal le ha caracterizado y que al parecer era irrenunciable en grado absoluto.

En la perspectiva de las reglas de imputación del hecho punible (29) como anota Frisch, desde la dogmática penal alemana, uno de

(29) Hecho punible cuya función en el Derecho penal, en relación a las reglas de imputación jurídico-penal, se define para el sector de la doctrina liderado por

las teorías que más ha evolucionado y asentado en relación al tipo penal y su contenido es la llamada *teoría de la imputación objetiva* (al lado de la teoría personal del injusto) (30). La evolución histórica (más compleja de lo que podríamos aquí decir), del Derecho penal de tradición eurocontinental, marcada por el derrotero del Derecho penal alemán del cual España es una de sus principales seguidoras) (31) (32), comienza con el triunfo de un Derecho penal ontologicista liderado por Welzel y sus clásico sistema penal de base subjetiva, iniciada en la década de los treinta. Como anota Frisch, al lado de la «teoría de la imputación objetiva» (= objektiven Zurechnung) se desarrolló en los últimos cuarenta años la teoría personal del injusto. Sobre la base de esta teoría es que se impuso, a finales de la década de los sesenta, la teoría de la imputación objetiva. Ya la «comprensión de que el injusto típico no puede ser concebido simplemente como la producción de un resultado desaprobado o no deseado, sino que se encuentra también esencialmente determinado por momentos personales» varió en considerar que «el menoscabo de bienes jurídicos, producido como realización típica, depende de determinados requisitos *típicos objetivos*» (33).

La flexibilización ha operado entonces superando el dogma causal y de la acción final que el finalismo imprimió con viva fuerza desde la primera mitad de este siglo, específicamente desde los años treinta, con Welzel, y retrotayendo la sistemática penal dogmática inaugurada por von Listz y Beling a lo que algún sector de la doctrina ha denominado «la vuelta» a Pufendorf.

7. Como es bien sabido la Teoría General del delito se comienza a elaborar desde fines del siglo pasado, en Alemania; escuela de la cual es tributaria toda la dogmática de tradición eurocontinental. Hasta

JAKOBS, en su significado, como una «aportación comunicativa». Apreciación ésta que en esencia se adscribe, como se ha señalado, a las reglas de imputación jurídico-penal con bases a las condiciones de la vigencia de la norma penal. En este sentido Jakobs afirma que la «...misión del Derecho penal es garantizar la identidad de la sociedad». (Vid. JAKOBS, Günter, «Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base...», en *RPJ*, núm. 49, 1998, 1.º Trimestre, p. 297); identidad de cuyo contenido y significado no nos podemos ocupar aquí, menos de las críticas que se le pueden hacer al respecto.

(30) FRISCH, W. «Einführung in die Problematik», en *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid: Colex, 1995, p. 15.

(31) Tal y como atestigua más de un autor, refiriéndose siempre al papel que le corresponde desde hace mucho tiempo a la ciencia penal alemana. Entre otros, Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M. S., «Introducción al sistema moderno del Derecho penal alemán», en SHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 11.

(32) Vid. HASSEMER, W., *Ob. cit.* p. 35 ss.

(33) Cfr. FRISCH, W., *Ibid. Loc. cit.*

entonces toda la teoría existente, que a su vez provenía del Derecho común (sistema de Derecho —el común— definido por antonomasia como confuso y arbitrario) (34), no distinguía entre los conceptos de antijuricidad y culpabilidad, por ejemplo, sino que los englobaba en el concepto superior de imputación (35). En un primer momento, en este sistema de Derecho penal influido por la era precodificadora, las características conceptuales de la antijuricidad y de la culpabilidad se confundían en una sola exigencia. En el delito se distinguía sólo el aspecto material (acción humana) y el aspecto moral (imputabilidad).

La imputabilidad era asimilada a la culpabilidad. Dicho de otra manera, *el aspecto material* estaba constituido por «reglas de comportamiento», dirigidas al ciudadano indicándoles reglas de conducta y que eran mandatos, prohibiciones o permisos. El *aspecto moral* estaba dirigido al Juez, en un momento posterior al hecho y, a su vez, se desdoblaba en dos: 1) atribución de un hecho a su autor y 2) atribución a un hecho de consecuencias jurídicas. En este sistema el hecho es esencial y depende de la libertad de elección del autor (concepción kantiana), por tanto evitable por parte de dicho autor. A su vez estas reglas de imputación, en sentido de atribución al autor, estaban limitadas por tres cuestiones: 1) imposibilidad física de ejecución; 2) *Vis absoluta*; y 3) desconocimiento de las alternativas a elegir entre las posibilidades de acción. Del lado de la asignación de responsabilidad penal se conocía: 1) el conocimiento de la prohibición del hecho; y 2) el motivo justificado de actuación fuera de la Ley. Lo ordinario o lo extraordinario en los criterios de imputación dependían de la existencia o inexistencia de motivos que excluyesen dichos criterios de imputación.

Evolutivamente presentada, la Teoría general del delito avanzó decisivamente a partir de este momento de escisión del esquema de Pufendorf y Wolf respecto de la influencia del Derecho común y natural. En Alemania fue Rudolph von Ihering quien se encargó de la distinción entre culpabilidad e imputabilidad; a su vez introdujo el concepto de *antijuricidad*. En el Derecho penal latino, Carrara fue quien se encargó de dicha tarea. Luego de ello se tuvo dos categorías conceptuales fundadoras del delito: la antijuricidad (calidad objetiva) y la culpabilidad (calidad subjetiva). Posteriormente Ernest Beling, agregó la tipicidad (36), aunque por influencia del positivismo

(34) FASSÑ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, S. A., 1985, pp. 18-20.

(35) Cfr. CUESTA AGUADO, P., *Ob. cit.* p. 32.

(36) Cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo, *Causalismo y finalismo en Derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, pp. 14-15.

jurídico éste debía ser neutral; recayendo todo el peso de la Teoría del delito en la «acción» como conducta productora de un resultado (acción causal) y éste relacionado con aquélla mediante un vínculo causal (dogma de la causalidad), produciendo con esto lo que muchos juristas han llamado un «culto a la causalidad».

La revisión y refundamentación ontológica del Derecho penal operada por Welzel fue fundamental, como lo hemos visto antes. Lo crítico en este sistema fue, como ya se ha dicho, la reestructuración de la Teoría del delito en base a sus moldes lógico-objetivos:

La revisión y refundamentación ontológica del Derecho penal operada por Welzel fue fundamental. El aporte de este sistema fue, la reestructuración de la Teoría del delito en base a sus moldes lógico-objetivos:

1. La acción concebida ya no como relación causal entre un comportamiento y un hecho típico, sino como parte del tipo penal a modo de orientación final; esto es que en la acción se encierra ya una decisión humana asimilada al dolo.

2. El dolo designa un conocimiento y voluntad en la realización de un hecho típico; por tanto ya no hay un «dolo malo» (conocimiento y voluntad del hecho típico y la antijuridicidad del hecho –perteneiente a los causalistas neoclásicos–) sino que es un «dolo natural», por tanto, el *conocimiento de la antijuridicidad* integra un nivel categorial distinto a la *tipicidad*, que es el de la *culpabilidad*.

3. Existe *dos tipos de error*: el de tipo (afecta al dolo natural) que se analiza en la tipicidad; y, el de *prohibición* (afecta al conocimiento de la antijuridicidad) que se analiza y evalúa en la culpabilidad.

4. La punibilidad en la participación se limita a los hechos dolosos.

5. Es autor quien tiene el dominio final del hecho y no sólo quien interponga una causa en la producción del resultado.

6. Se afianza y desarrolla con mayor vigor la teoría del injusto personal, al haberse quedado en el tipo los elementos subjetivos relativos al autor; y,

7. Se limpia de rezagos psicológicos a la culpabilidad, quedando en ella sólo criterios *normativos*: imputabilidad como capacidad de culpabilidad, conciencia de la antijuridicidad y no exigibilidad de conducta diferente desarrollada por el sujeto.

Aún no estamos seguros de afirmar que la dogmática penal, a modo de péndulo, se ha retrotraído a los propios efectos de su evolución. Sin embargo no hemos llegado al mismo estado de cosas; el Derecho penal ha variado, o por lo menos eso parece; parafraseando a

Thomas Kuhn (37), *de paradigma: del Derecho penal de dogma causal al de base subjetiva y de acción final, de éste a lo que el funcionalismo nos ha traído con su ingerencia al Derecho penal: la imputación objetiva* (38). *Como paradigmas el resultado típico y la norma.*

Sin duda no ha sido Jakobs el iniciador de esta revuelta dogmática y aunque no interese quién lo haya sido parece ser Roxin quien produjo el primer escrito en este sentido. Aunque como sabemos, el pionero del cambio o de revalorización de lo objetivo en el específico campo de las reglas de imputación es Karl Larenz –1927– al cual pertenece el eco necesario en la innovación de la orientación la dogmática penal.

8. De acuerdo a lo que hemos visto, con el desarrollo del funcionalismo como método innovador en las ciencias penales, el Derecho penal en su esencia social debe ser analizado desde su función (rol), sus fines (necesidad social) y consecuencias (orientadas político criminalmente). De este modo Roxin articula a nivel de la tipicidad objetiva una función que consistiría en librar a la tipicidad objetiva de su clásica labor comunicativa entre condiciones del comportamiento del sujeto y el resultado con lo cual dichos resultados, orientados político-criminalmente (tal como antes lo hemos delineado), deben ser imputados a un autor (39). Así, según esta teoría para que un resultado pueda serle atribuido a un sujeto es necesario, ya en el plano objetivo, que el resultado a imputar constituya la realización de un un riesgo jurídicamente relevante cuya evitación sea precisamente la finalidad de la norma infringida por el sujeto (40).

8.1. Hoy en día tanto la doctrina como la jurisprudencia de los países cuyas culturas jurídicas son las más representativas han aceptado, aunque con algunas reservas por parte de la doctrina, esta teoría de la imputación objetiva que en definitiva centra su análisis en el requisito típico del resultado objetivo (requisito típico-objetivo) a la vez que de forma recurrente se orienta valorativamente a la norma penal como referente obligado a la interpretación dogmática. A diferencia de su adversaria «accidental» (la Teoría finalista de base subje-

(37) Vid. KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE, 1990; especialmente las pp. 51 ss., en el cual se articula un esquema de la evolución científica a partir de la regla de los paradigmas.

(38) MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid: Edersa, 1992, pp. 4 ss.

(39) Cfr. ROXIN, C., *Política criminal y sistema...*, cit. pp. 39-41, 43 ss.; CUESTA AGUADO, P., *Tipicidad e imputación objetiva*. Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 50 ss.

(40) MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *Ob. cit.* p. 30.

tiva) (41) que centra su análisis del tipo en el concepto de «acción» o «acción final»: el actuar humano se caracteriza por la capacidad de dirigir el comportamiento a la obtención de fines. De base subjetiva y orientada a valores del «ser» (de lo ontológico); óntico-lógicas, lógico-estructurales (objetivas) o de estructuras permanentes (42).

8.2. El funcionalismo iniciado y propiciado por Roxin creo aún no ha calado muy hondo, a pesar de la existencia en español y alemán de numerosos trabajos en donde el método «funcional-teleológico», afinado en valores «político criminales» o de «consecuencias», es el preferido para explicar ciertos planteamientos de un nuevo Derecho penal, y esto se demuestra en la clara inclinación que existe por las actuales interpretaciones funcionales del Derecho penal, tanto sistémico-dogmáticos como referidos exclusivamente a los criterios de imputación en Derecho penal. Iniciados en este extremo con una clara visión superadora del dogma causal y del finalismo clásico de Welzel (43). Ha sido, en este juego funcionalizador del Derecho penal Jakobs quien más ha influido, modernamente, en este sistema: con una marcada orientación a la norma penal y su vigencia, atribuyendo resultados punitivos a modo de reglas de imputación a los comportamientos humanos que expresan una casuación objetiva de resultados típicos. Resultados que no implican una necesaria lesión efectiva al bien jurídico que se pretende tutelar con la norma penal sino que se hace extensivo al solo peligro en relación a la causación de dicha lesión; naturalísticamente hablando. En la clara orientación normativa de este tipo de funcionalismo, el resultado se define:

1. A partir de la «norma» (no a partir de la causación natural de un resultado así concebido), y

2. Su relevancia jurídica se vincula directamente con dicha vigencia normativo-penal de la cual el Derecho penal es el garante. En su concepción tuitiva del Derecho penal en relación con la sociedad, el Derecho penal tiene como misión tutelar la identidad «normativa» social y dicha identidad se desprende de la vigencia de la norma, pues la norma expresa dicha identidad (44).

(41) «Accidental» porque como anota FRISCH nadie se imaginó, menos los partidarios del finalismo, que aquellos, los «objetivistas», por decirlo de alguna manera, menoscabaran tanto sus bases metodológicas y conceptuales (*Vid. Ibid. Loc. cit.*).

(42) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Aproximación...*, pp. 57 ss.

(43) *Vid. ROXIN, C., Política criminal...*, cit. pp. 33 ss.

(44) Al respecto se pueden revisar tres trabajos importantes de JAKOBS: 1) «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», en, *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg*, e.V. Heft 10, C.H. Beck, München, 1992; publicaciones al español: Trad. Manuel Cancio Meliá; «El concepto jurídico-penal de acción», en *Revista*

Obsevamos pues, una flexibilización en el Derecho penal que ha significado, como de hecho lo es, una erosión de las conquistas dogmáticas así planteadas que exigieron, desde que se comenzó a trabajar en la sistematización del Derecho penal, la ideación de reglas férreas en la lectura del Derecho penal y la Política criminal; convertidas ellas en «dogmática penal» revolarizada por efecto del Neokantismo y su concepción epistemológica. Dogmática penal de cuya función ya se ha dicho mucho; entre otras, las de servir como límite a la Política criminal a modo de barrera infranqueable (von Listz) o de *garantía de los derechos fundamentales* (Muñoz Conde). Así concebida el nuevo Derecho penal de finales de este siglo pareciera que todo o parte significativa de esas conquistas se han perdido o por lo menos se van perdiendo.

9. Es clara la relación que existe entre uno y otro sistema en cuanto a la posibilidad de actuación del Derecho penal respecto de los fines que se plantean sobre él. En el primero, por la misma naturaleza intimidatoria y estigmatizadora del Derecho penal y la precariedad de los regímenes políticos que se encargaron de programarlo, la limitación de actuación respecto de los órganos punitivos eran necesarios. Lo que también es claro es que ya no estamos en la sociedad de comienzos de este siglo ni mucho menos a los finales del pasado; estamos *ad portas* no sólo de un nuevo siglo sino de un nuevo milenio, por lo que al Derecho penal de hoy se le pide no es lo mismo que antes. No estamos en una sociedad concebida de modo hermética y con un desarrollo industrial afianzado en los descubrimientos clásicos de la modernidad. Estamos en medio de una sociedad postindustrial o postmoderna, como quiera que la llamemos. Las relaciones económicas son cada vez más complejas y el tipo morfológico social es plural y diverso (*sociedad pluricultural y supranacional*). En este contexto también es claro que el objeto de estudio clásico del Derecho penal, *el delito* se presenta de forma nueva, *no convencional*, como lo denomina Maier (45).

peruana de Ciencias penales, 3, 1994, Lima: Grijley, pp. 67-98; También en *Estudios de Derecho penal*, Madrid: UA, 1997, pp. 101-126. 2) «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und "alteuropäischen" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des «alteuropäischen» Strafrecht?», en *ZstW*, 107 (1995), pp. 843-876; trad. al español (parcialmente): Cancio Meliá y Feijóo; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid: Cívitas, 1996; y, 3) JAKOBS, G. *Imputación objetiva en Derecho penal*, Bogotá: 1994/5. Editado también: *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley, 1997. Entre otros.

(45) Vid. MAIER, J., *Delitos no convencionales. Ley penal tributaria. Delitos contra el medio ambiente. Delitos informáticos. Delitos aduaneros*. Buenos Aires: El Puerto, 1994.

Materialmente se podría afirmar que en una sociedad postindustrial como las de hoy, el riesgo connatural a ella implica una filtración legal de esa característica sobre todo cuando ese riesgo es de *procedencia humana como fenómeno social estructural* (46). Filtración que en términos penales significaría un *afianzamiento y una justificación de sistemas dogmáticos como el referido a la imputación objetiva*. Relativizándose aquí la relevancia de la causalidad, del dolo, de la acción final y de todo cuanto elemento subjetivo implique en la asignación de responsabilidades penales, una limitación; sobre todo que, según reza este sistema, signifique dejar desprotegida a la sociedad, en su relación de identidad con la norma «penal» y su propia identidad (47). Y, privilegiándose la relevancia del riesgo, el resultado típico, el desvalor del resultado (aunque normativizado) y hasta de la conducta típica. Extremo este último que ha recibido muchas críticas, en especial las de Frisch (48).

V. EL MODELO POLÍTICO CRIMINAL DE EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y FLEXIBILIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PENALES:

10. Es obvio que ante este panorama, el panorama de investigación dogmática y jurisprudencial de estas teorías sea cada vez más creciente; algunos más emocionados que otros y otros más ciegos que emocionados y algunos más, emocionados y ciegos. Desde que en 1927 Karl Larenz publicara su *Hegelszurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, como crítica a lo que Mayer comenzó en su texto sobre el «Derecho penal del pueblo alemán» respecto del dogma causal. Desde ahí han aparecido cada vez más estudios al respecto (49). A

(46) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, p. 22.

(47) Vid. JAKOBS, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Cívitas, 1996, pp. 17 ss.

(48) Cfr. FRISCH, W., «Die eigentliche Fragwürdigkeit der Lehre von der objektiven Zurechnung: Von der Erfolgsszurechnungslehre zur Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten», en *Tipo penal...*, cit, pp. 91 ss.

(49) En lengua alemana los trabajos al respecto son ingentes. No así en lengua española; los pocos que hay: MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *Ob. cit.*; CUESTA AGUADO, Paz de la., *Ob. cit.*; entre otros. Traducidos: LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá: UEC, 1995; JAKOBS, G., *Imputación objetiva en Derecho penal*, Bogotá: 1994/5. Editado también: *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley, 1997. Entre otros.

su vez la jurisprudencia la ha bien acogido (50); tal como lo hemos dicho antes. Pero desde luego las críticas siguen siendo pocas y aún no es nuestra intención alzar nuestra cabeza para decir algo más, de lo que ya estamos diciendo, al respecto.

Quizás la solución a este cúmulo de problemas dogmáticos producidos por la imperante necesidad de adecuar nuestro Derecho penal y *procesal penal* a las nuevas exigencias sociales pasen por redefinir sus bases conceptuales *flexibilizándolas* más incluso de lo que ya se ha producido, de acuerdo a ciertos baremos que la dogmática debe ir pensando y construyendo, sin olvidar claro está que el Derecho penal en su contenido tuitivo tiene como objeto primordial al ciudadano; sin predicado. Esto es que tanto la sociedad, como conjunto de ellos así como otros colectivos sociales al margen del delincuente tienen y deben estar tutelados por él. Encontrar el equilibrio es tarea de todos, especialmente de nosotros, los juristas. Lo cierto es que como anota Silva Sánchez, la vuelta atrás es casi imposible y las soluciones que como él aporta, en el sentido de crear un Derecho penal a «dos velocidades» (51), deben ser funcionales a lo que entendamos por misión del Derecho penal, en el marco valorativo que la Constitución nos ofrece de modo referencial.

Modelo de «Derecho penal a dos velocidades» que encuentra sus base, a nuestro entender, en la lógica del Law and Economic y el esquema de las «*curvas indiferenciales*» o de «*las curvas de indiferencia*»; y, por otro lado, del avance teórico-conceptual de las nuevas posturas político criminales de la escuela de Frankfurt en el sentido de hallar un nuevo modelo político criminal propio de las sociedades modernas, tecnológicas, de riesgo en donde el Derecho penal, con sus fundamentos dogmáticos antes rígidos en razón de un Derecho penal

(50) El TS de España, por ejemplo, en Sentencia del 23 de abril de 1992 (caso de la Colza), lo utilizó para escapar a las férreas exigencias del dogma causal en sentido clásico y extrapoló las leyes del sentido (natura) para concluir en la existencia de vínculo entre *el resultado típico* (lesión) y *el incremento indebido del riesgo* producido por la imprudencia de la empresa («existe una ley causal natural cuando, comprobando un hecho en un número muy considerable de casos similares sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas»); *varemos que se desprendían de la existencia de una norma penal en ese sentido*. Como reseña VALLEJO JAÉN, si la audiencia nacional, a través de las reglas del sentido, podía constatar de un lado, la ingesta de aceite y de otro, el resultado típico. A su vez que en medio no había nada que perturbara o influyera en el resultado por lo que había que prescindir de conocer el mecanismo causal concreto y sólo era suficiente la «correlación relevantes y que sea posible descartas otras causas» (Cfr. «Prólogo: FRISCH, W. *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid: Colex, 1995, pp. 9 ss.).

(51) Vid. SILVA MUÑOZ, J. M., *La expansión...*, cit. pp. 115 ss.

de garantías máximas a un Derecho penal de garantías flexibles en función de su expansión tuitiva, situado entre un Derecho penal y un Derecho contravencional (administrativización del conflicto), entre el Derecho civil y el Derecho público, entre unas situaciones de disposición de tutela relativa y otras de tutela absoluta, etc. En esta variante, de relación de proporcionalidad (directa) entre consecuencias jurídicas punitivas y garantías penales van una al lado de la otra, comparativamente hablando, de la mano: habrá más garantías penales si del lado de las consecuencias jurídicas-punitivas la posibilidad de imposición de las mismas es mayor.

10.1. A este respecto, hay que explicar «*Las curvas de indiferencia o de utilidad*», como a veces se le prefiere llamar. Éstas se caracterizan por una comparación *indiferente* entre sucesivos puntos de utilidad microeconómicos en relación al sujeto el cual pretende la satisfacción de sus necesidades. La valía de este cuadro cartesiano microeconómico, vital para explicar en la microeconomía el tema de la restricción presupuestaria del individuo ($R_p = P_1 \cdot X_1 + P_2 \cdot X_2 + P_3 \cdot X_3 \dots P_n \cdot X_n$) demuestra su utilidad en el Derecho desde hace ya más de cincuenta años; en USA particularmente –Derecho anglosajón de ascendencia norteamericana del *Law and Economic*– en que se le tiene como un instrumento adicional al razonamiento jurídico clásico (vinculándose de modo especial a los temas de responsabilidad civil y el derecho indemnizatorio en general, además de otras ramas del Derecho, en especial del civil). En el Derecho penal, ya hemos visto cómo Silva Sánchez viene tratando de aplicar este modelo explicativo, combinándolo con los criterios dogmáticos alemanes que quizás se forjaron con su trabajo sobre «Eficiencia y Derecho penal» (52). De todos modos es de mencionar que este modelo de explicación teórica tiene alcances casi impredecibles, tanto como las que Silva nos ha traído a colación, incluso para proponer modelos político criminales que como él llama debe ser «a dos velocidades». Dos velocidades que no significan otra cosa que un juego compensatorio de orden proporcional entre dos bienes en el mercado (microeconómicamente hablando) los cuales, en escases, retroceso en cantidad de ese bien, debe producir el mismo efecto inversamente proporcional en el otro, pero cuyo baremo comparativo lo fija la permanencia o desplazamiento de un punto de utilidad «X» a uno «X1»; en la misma curva de indiferencia. Un ejemplo a seguir sería el de Juan Pérez que goza de dos bienes los cuales le otorgan un punto de utilidad «X». Supongamos que esos dos bienes

(52) Vid. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M., «Eficiencia y Derecho penal», en *ADPCP*, 1996, T. XLIX, Fasc. I, pp. 93 ss.

son salud y dinero. Juan tiene como 100 de salud y como 100 de dinero. Ocurre que Juan sufre un accidente y el desplazamiento de su salud a menos le suscita un desplazamiento también en la curva de indiferencia primaria a una en que el grado de utilidad ya no le es justamente indiferente (ahora tiene menos bienes de los cuales gozar, dado que sigue teniendo el mismo dinero y menos salud). El efecto de la indemnización será justamente el contrario que el daño sufrido (aumentará su dinero aunque siga contando con la misma cantidad de salud).

Aunque ya no en el mismo punto de utilidad anterior «X», ahora estará en el punto «X1», pero esto le será indiferente dado que se ha vuelto a ubicar en la misma curva de utilidad o de indiferencia. Así mismo, el análisis planteado por Silva Sánchez al respecto, no es otra cosa que la aplicación de las curvas de indiferencia a la política criminal, con la única diferencia que es su explicación las reglas de proporcionalidad se invierten, esto es que si antes las reglas eran inversamente proporcionales ahora serán directamente proporcionales; en donde además el valor *económico social* de «eficiencia» sea el baremo con el cual medir la viabilidad de una política criminal en un sentido o en otro. Los dos bienes a medir serán: 1) *penas o consecuencias jurídicas* y 2) *garantías penales*. En grado creciente, ambos, partiendo de un punto secante entre los dos vectores a comparar (ejes x, y) los valores se incrementarán, desde «cero» (cero consecuencias jurídicas —eje «X»—, cero garantías penales —eje «Y»— hasta alcanzar un valor tope o máximo en que no es posible seguir creciendo). Los desplazamientos entonces a lo largo de la curva de indiferencia tendrán en cuenta justamente esto, la indiferencia que se produce en beneficio del valor eficiencia que el ciudadano debe percibir en función de la implementación de una política criminal cualquiera. Esa doble velocidad que sugiere Silva Sánchez, no es más que el desplazamiento indiferente de los sucesivos puntos de utilidad en la misma curva de indiferencia en donde el valor económico social de eficiencia cobre un valor comparativo a veces de más garantías Vs. más gravosas sean las consecuencias jurídicas punitivas (penas privativas de libertad por ejemplo) o cobre un valor comparativo a veces de menos garantías Vs. un menos gravosas sean las consecuencias punitivas; potencialmente aplicables al ciudadano cualquiera, receptor-consumidor final de todos los bienes que produzca una sociedad cualquiera, entre ellas las garantías penales o las consecuencias jurídicas penales del delito.

En este caso, es latente la utilización de los *criterios invertidos de las curvas indifenciales o curvas de comparación indiferente*; perteneciente este esquema al *Law and economic* norteamericano el mismo

que lleva de antiguo casi más de medio siglo y que en los últimos años ha entrado en crisis producto de las exageraciones de este método para con las consecuencias tanto político legislativas como de solución de casos legales individualmente considerados de la *Chicago School* y como lo atestiguan algunos de sus propulsores.

10.2. En el segundo extremo de los fundamentos del modelo político criminal de expansión del Derecho penal afincado en su flexibilización producto de las nuevas necesidades de una sociedad «postmoderna» o «postindustrial», defendido por Silva Sánchez, en donde se plantea ese «Derecho penal a dos velocidades». Modelo en el que las garantías penales retroceden en favor de una probable imposición de consecuencias jurídico-penales menos gravosas para el reo, especialmente la pena de privación de libertad. En este segundo extremo se ubica el aporte de Winfried Hassemer quien en 1992 publicara en la *ZRP (Zeitschrift für Rechtspolitik)* el artículo «*Características y crisis del moderno Derecho penal*» (= *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrecht*) (53).

En este sentido se plantea la necesidad de un «Derecho de la intervención» que, como se ha planteado por la doctrina, esté situado entre el Derecho penal y el Derecho contravencional, entre el Derecho civil y el Derecho público, y que ciertamente dispondría de garantías y procedimientos reguladores menos exigentes que el Derecho penal, en suma de reglas de garantía mínimas o más flexibles. Pero que en contrapartida se exigiría al Derecho penal esté dotado de consecuencias jurídicas leves, menos graves (54) y que, en el caso de la pena «vedette» de todo sistema penal, sea potencialmente inviable al hecho justificable por ese ámbito menos riguroso del Derecho (en términos de garantías y reglas de imputación del hecho punible).

En suma, la postura del profesor Silva Sánchez, en nuestra opinión, se afina en criterios, por un lado del análisis económico del Derecho –*Law and economic norteamericano*– y por el otro en las nuevas propuestas político criminales que desde Alemania (escuela de Frankfurt) se han hecho sentir al filo de las nuevas necesidades sociales postmodernas.

(53) Vid. HASSEMER, W., «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrecht», en *ZRP*, 1992, pp. 381 ss.

(54) Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: Tirant lo blanch, 1999, pp. 25 ss.

VI. ¿CÓMO DEBEMOS ENTENDER ESTAS POSTURAS FLEXIBILIZADORAS DE LAS GARANTÍAS PENALES, A LA LUZ DE LAS CORRIENTES FUNCIONALISTAS EN EL PERÚ?

Es una reflexión que nos queda por hacer, sobre todo a propósito de la ola de «postindustrialidad» que afecta al Derecho penal y principalmente a los modelos de política criminal y que pareciera que ese límite infranqueable que antaño representaba, en palabras de von Listz, la dogmática penal a la política criminal, no pareciera ser así, sino más bien que la última termina por desbordar a la primera. ¿Cómo debemos entender la postindustrialidad de la sociedad y ella en relación con la política criminal en el Perú?

Sin duda esta categoría de «postindustrialidad», que define al tipo de sociedades que han dado el salto cualitativo de ser sociedades modernas propiciadoras y flanco del desarrollo industrial a un tipo de sociedades postmodernas, tecnológicas, desarrolladas y por añadidura democráticas, lo ha puesto de moda la reciente publicación en España del libro del profesor Silva Sánchez (55). Nombre que bien puede ser sustituido por sociedades «postmodernas» o, como lo hace Hassemer (56), sociedades «Tecnológicas». Básicamente, en principio nos movemos en sociedades de alto «ránking» internacional, europeas y Norteamericanas (Canadá y USA, básicamente), en donde la morfología social permite al teórico del Derecho, en este caso nosotros, argüir una serie de características en torno a este tipo de sociedades que nos permiten trabajar con ellas, a modo de premisas, en un nuevo Derecho y proceso penal, en una nueva orientación político criminal. Características como las que hemos citado al comienzo de este trabajo: el de la alta tecnificación, la existencia de riesgos muchas veces necesarios y creados por el hombre como el de la contaminación ambiental o el peligro nuclear (57), el de la pluriculturalidad (producto

(55) Vid. SILVA MUÑOZ, J. M., *La expansión del Derecho penal...*, cit. *passim*.

(56) Cfr. HASSEMER, Wiefried, «Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal Alemana», Trad. Francisco Muñoz Conde, Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2.º semestre, 1990. Publicado también en el libro: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Trad. Muñoz Conde y Días Pita, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 18 ss. (texto el cual de muy reciente aparición apenas ha llegado a nuestras manos cuando ya este trabajo estaba culminado, pero que hemos revisado atentamente coincidiendo con el autor en más de uno de los planteamientos aquí expuestos).

(57) Peligros de los cuales se ocupan, entre otros, GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, Ulrich (Vid. GIDDENS, A.; BAUMANN, Z.; LUHMANN, N.; BECK,

de las migraciones humanas propio de los países receptores de inmigración y de la desaparición de fronteras o la amplitud de los marcos territoriales estatales —es ejemplo tópico el de la pujante Unión Europea—, el de la existencia de redes del crimen o de criminalidad organizada cada vez más sofisticados y menos respetuosos de las fronteras nacionales, el de la importancia sobrevaluada, en algunos casos, de las víctimas en el ámbito de la política criminal de los Estados, etc.

En definitiva, características todas que en principio poco o nada tienen que ver con el Perú, a excepción quizás de la pluriculturalidad, pero de diferente rango, pues en nuestro caso esta pluriculturalidad se debe más bien a factores endógenos, a nuestro pasado colonial y la existencia de las miles y miles de comunidades nativas aún existentes en nuestro territorio. Definitivamente el modelo sociomorfológico de sociedad postindustrial nada o poco se parece a nuestra realidad peruana y menos aplicable serán entonces los planteamientos críticos que al respecto se lleven a cabo desde el Derecho penal y el proceso penal, político criminalmente hablando, como son, por ejemplo, el de la flexibilización de las garantías penales (expuesto por Silva Sánchez) en función de una relación proporcional de las consecuencias jurídicas penales del delito (en especial las de la pena privativa de libertad). Esto es, que habría que aceptar menos garantías penales o legitimar la actuación punitiva del Estado en ausencia de algunas garantías penales en razón de que del lado de las penas potencialmente aplicables al ciudadano delincuente se ubicarían sanciones leves y específicamente, no existiría la posibilidad, por razones varias, de que la pena privativa de libertad (en tanto pena más importante), no sea siquiera aplicable de modo potencial (58).

Sin embargo, el hecho de que tal modelo de dos velocidades expuesto por el profesor Silva Sánchez no sea aplicable a sociedades de países como el Perú, tanto porque no corresponde en puridad a una de rasgos postindustriales (el Perú apenas alcanza a ser un país, socioeconómicamente hablando, en proceso de industrialización, con todos los rasgos y problemas que ello conlleva, desde las estructuras económicas, sociales y culturales acercándose más, creo, a una sociedad preindustrial y de rasgos aún tercermundistas, por decir lo menos), como por cuanto cualquier intento, desde la dogmática penal, de flexi-

Ulrich, *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Navarra: Anthropos, 1996. pp. 7 ss). El último de los nombrados tiene varios de los trabajos más importantes sobre el tema de las sociedades de riesgo actuales; *Risikogesellschaft. Auf dem Weg eine andere Moderne*. Frankfurt am main, 1986; *Die Erfindung des Politischen*, Frankfurt: Suhrkamp, 1993; entre otros).

(58) Tal como lo propone SILVA SÁNCHEZ, (*Ob. cit.* p. 124 ss.).

bilizar las garantías penales materiales y procesales acarrearía tras de sí un sinfín de intentos desestabilizadores de un Derecho penal liberal que, aunque mediocrementemente asentado en nuestra cultura jurídica y legislativa, existe; en función, todo ello, de la «eficacia» y la «modernidad». No podemos flexibilizar las garantías penales cuando éstas nunca han sido rígidas y menos cuando el Estado, cada vez más, con su política criminal de alta intervención y ambiciosa represión, ha ido incluso contra los más elementales principios y garantías penales como el de la presunción de inocencia, el debido proceso, el principio de culpabilidad, etc. Para flexibilizar el control penal antes éste ha debido ser rígido y como todos sabemos en el Perú todo esto ha sido desde siempre una «broma de mal gusto» para el Estado y para el legislador penal de siempre, en especial de las dictaduras que son las que más han abundado en la historia política del Perú.

Desde la perspectiva jurídica, postindustrialidad no sólo significa una alto nivel tecnológico de productividad, sino también «democratización» del poder (Estado de Derecho, equilibrio de poderes, oportunidad y acceso igualitario al poder político) y de la sociedad (igualdad social plena e inexistencia discriminación por motivos raciales, culturales o de género, ausencia de «reconocimientos negativos» (59)

(59) Por contraposición a «reconocimiento igualitario» o simplemente «reconocimiento», en donde se parte de una afirmación de «respeto por la diferencia» en términos de reivindicación y que se formula en nombre de los grupos minoritarios o «subalternos», como pueden ser el colectivo de las mujeres, de los homosexuales, de los nativos «aborígenes» o «indígenas», etc. (Vid. TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento* (Tit. en inglés: Multiculturalism and «The political of recognition»). México: FCE, 1992, pp. 43 ss.). El «falso reconocimiento» o la «falta de reconocimiento», en suma lo que nosotros llamamos, un «reconocimiento negativo», se constituye en una forma de opresión, de dominio cultural que en las latitudes nuestras se expresa en las diversas imágenes que se tenía y se tiene sobre el indio: ser mentiroso, traicionero, borracho –acohólico–; pero por sobre todo «incapaz» en términos de socialización y progreso. Una visión de este tipo nos lo describe VARGAS LLOSA a propósito de la percepción existente en la literatura peruana «indigenista» de entre la década de los veinte y los treinta del siglo pasado, en particular de Enrique López Albújar (1872-1966): «... los indígenas aparecían siempre perpetrando delitos, cometiendo atrocidades y actuando guiados por unos instintos tan retorcidos y perversos que se los diría una raza aquejada de taras congénitas...» (Vid. VARGAS LLOSA, Mario, *La utopía arcaica. José María Arguedas y las ficciones del indigenismo*. México: FCE, 1996, pp. 60-61). Esta percepción es más directa y menos eufemística cuando el mencionado escritor indigenista emite una opinión propia respecto del indio: «... Estima a su yunta más que a su mujer y a sus carneros más que a sus hijos», «siempre que tiene ocasión roba y si no la tiene la crea o la aguarda», «en la vida todo lo hace tortuosamente», «Cuando besa una mano es cuando está más cerca de morderla», y es un hipócrita y un criminal compulsivo, pues «Cuando comete un crimen lo niega en el juzgado no tanto por pudor sino por atavismo; pero una vez libre

—como el que queda luego de experiencias coloniales en la historia de Latinoamérica y el Perú específicamente), limitación y control del poder estatal y previsibilidad del Derecho (sobre todo de su aplicación). Ésta es la labor de la dogmática desde una perspectiva científica, afianzar las garantías legales en la Administración de Justicia y hacer previsible el Derecho (60). De tal suerte que quizás ni siquiera en este caso estemos hablando del Perú como ejemplo de sociedad postindustrial, ni siquiera moderna, con todo lo que ello significa (socioeconómica y culturalmente hablando). Sociedad peruana que, como se sabe, carece de políticas de soporte social, en donde existe un altísimo grado aún de analfatismo y de alfabetismo relativo (lo que en Europa significa lo mismo), en donde la marginalidad es la regla y en donde la discriminación racial, económica y cultural en desfavor de los sectores sociales mayoritarios es altísimo. En suma, una sociedad preindustrial y con claros rasgos tercermundistas.

Pero para las sociedades como el Perú, en donde no existe un desarrollo pleno de las más mínimas instituciones penales y procesal penales y menos una práctica meridiana de éstas en los tribunales de justicia, en donde da lo mismo que el imputado haya declarado en ausencia de su abogado o del Ministerio Público, o que la Policía no cuente con una mínima orden de captura o requisitoria formal al momento de la detención, cuando no existe delito flagrante; o que se arranquen declaraciones autoinculpatorias con uso de la fuerza y la tortura. Para este tipo de sociedades en donde urge hacer madurar un Derecho penal y procesal penal de corte democrático (desde una pers-

de la cárcel, confiesa, lo grita y se jacta de él orgullosamente, olvidando que en ese hecho puso más traición que valentía. No es extraño que para semejante monstruo las vacas sean más importantes que sus vástagos: «La muerte de un hijo la festeja una semana, riendo y bebiendo, *chacchando* y bailando; la de su vaca lo exaspera, lo entenebrece y lo hace llorar un mes y lamentarse un año» (VARGAS LLOSA, M., *Ibid. Loc. cit.*; Vid. *La polémica del indigenismo. José Carlos Mariátegui/Luis Alberto Sánchez*, Mosca Azul Ed. Lima, 1976, compilación de Manuel Aquezolo Castro). «Reconocimiento negativo», «falso reconocimiento» o «ausencia de reconocimiento», como quiera denominársele, que al lado de la *discriminación* y el *racismo* afectan de modo sustancial las diversas relaciones sociales e intersubjetivas en el seno de la sociedad latinoamericana y peruana en especial, produciendo y manteniendo —hoy menos que antes— brechas y desigualdades sociales trágicas, siempre en perjuicio del indio, del nativo, del débil (en este sentido también ver: MÉNDEZ, Cecilia. *Incas sí, indios no: Apuntes para el estudio del nacionalismo criollo en el Perú*. 2.^a ed. Lima: IEP, 1995. Doc. de trabajo, 56, *passim*. esp. pp. 14 ss.; OBOLER, Suzanne, *El mundo es racista y ajeno. Orgullo y prejuicio en la sociedad limeña contemporánea*. Lima: IEP. Documento de trabajo núm. 74, *passim.*, esp. pp. 25 ss.).

(60) Vid. NINO, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM, 1989, pp. 17 ss.

pectiva múltiple, a nivel legislativo, jurisprudencial y dogmático teórico), la flexibilización modernizadora del Derecho penal y sus reglas de garantía parece no ser un remedio de la postindustrialidad de las sociedades modernas sino un castigo de ella. La flexibilización es, en este contexto, el mal peor.

Ahora bien, que el Perú no sea siquiera una sociedad industrial no quiere decir que en él se niegue el progreso y la compatibilidad política y socioeconómica que se desprende del hecho de pertenecer al mundo occidental, por tanto globalizado e interdependiente, unos de otros. El Perú forma parte del mundo occidental, aunque con muchas peculiaridades y rasgos distintivos de los cuales no me voy a ocupar aquí (61). Ello significa que, y sobre todo por los procesos de «globalización» e interdependencia económica y productiva (con las graves contradicciones y agudización de los conflictos sociales con que se identifica a dicha globalización) (62), la «postindustrialidad» también nos afecta (63). No porque lo seamos, sino porque somos dependien-

(61) El Perú, es un país construido sobre bases culturales distintas, preferentemente andinas e hispanas. Sin embargo, como dijera Basadre, ya no es ni andino ni hispano; es el Perú. Un Estado de base plurinacional y pluricultural pero que en el terreno de los complejos culturales internacionales está inserto ya, y cada vez más, en la cultura occidental. Esto no quiere decir que nuestra «occidentalidad» es absoluta, nunca lo ha sido y tampoco creo nunca lo será. Pero ello no niega la existencia de esa vocación de evolución cultural, propiciada de modo preferente por la economía. En este sentido debemos citar el trabajo de Ludwig HUBER: «Etnicidad y economía en el Perú» (Lima: IEP, 1997, Cuaderno de trabajo, 83, *passim.*) quien destaca la inserción «triumfal» del inmigrante andino en la economía y en la sociedad peruana manipulando de alguna manera su propio entorno cultural andino lo cual le permite crear espacios cada vez más fuertes de occidentalidad; una forma andina de ser occidental.

(62) Como ya hemos sostenido, cuando hablamos de postindustrialidad como sinónimo de postmodernidad de las sociedades actuales en clara oposición evolutiva de las sociedades decimonónicas o modernas, en definitiva de las sociedades contemporáneas con rasgos tecnológicos y postmodernos (para citar a HASSEMER y SILVA SÁNCHEZ), precisamente no estamos hablando de las sociedades «periféricas» del Tercer Mundo, como los de América Latina, Europa del Este o África.

(63) Aunque todos estemos inmersos en esta lógica postindustrial, unos lo están en calidad de productores (Europa occidental y Norteamérica –Canadá y USA–) y otros en calidad de dependientes. Esta unión de postindustrialidad y postmodernidad alcanza a los demás países periféricos por efecto de la «globalización» (Vid. *Ut. Supra.*), pero que en definitiva no tiene ese alcance homogenizador que pareciera tener sino al revés, tal y como se ha estructurado en su actual alcance mundial; hace de esos países dependientes y periféricos más dependientes y periféricos y a los otros más dueños del panorama mundial por efecto de una política mundial orientada, predominantemente, a la ampliación de los mercados mundiales en términos productivos y financieros (y por añadidura también culturales); en donde los países europeos occidentales y norteamericanos (marcadamente USA en relación a Canadá), tienen pleno dominio. En suma esa ideología de la globalización que conecta a los países del

tes de ellos, de los países en sí de sociedad «postindustrial». Las reglas del juego económico de un mundo cada vez más junto por bloques y convenios globalizadores así nos lo dice. No somos un país siquiera industrial pero la postindustrialidad nos afecta por efecto de la globalización y la dependencia. Ésa es la paradoja que cargamos sobre nuestras espaldas los teóricos del Derecho en el Perú, aunque, como es mi caso, pensemos el Derecho desde Europa, y que debemos salvar al momento de hacer Derecho penal y procesal penal en el Perú. La postindustrialidad como descripción sociomorfológica es un hecho del cual no podemos escapar, aun sin ser siquiera industrializados (con todo lo que ello significa, tanto socioeconómica como culturalmente hablando), pero es así como debemos tratarla, como una realidad que nos afecta (sólo eso) y de cuyas soluciones, como las planteadas por Silva Sánchez, no debemos hacer caso a pie juntillas, salvando claro está la perspectiva garantista del Derecho penal material y procesal que estas sociedades típicamente europeas ya han alcanzado hace años y que ahora viran en función de sus necesidades, necesidades las cuales nosotros no compartimos aún plenamente.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg eine andere Moderne*. Frankfurt am main, 1986; *Die Erfindung des Politischen*, Frankfurt: Suhrkamp, 1993. DURKHEIM, Emilie, *Las reglas del método sociológico*. Traducción del original «Les règles de la méthode sociologique»(1895) de Santiago González Noriega. Introducción y notas de Santiago González Noriega. Madrid: Alianza Editorial, 1988. GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, Ulrich (*Vid. GIDDENS, A.; BAUMAN, Z.; LUHMANN, N.; BECK, Ulrich, Las consecuencias perversas de la modernidad*. Navarra: Anthropos, 1996. FASSÒ, Guido, *Historia de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Ediciones Pirámide, S. A., 1985. FRISCH, W., *Tipo penal e imputación objetiva*. Madrid: Colex, 1995. HASSEMER, W., «La ciencia jurídico penal en la República Fede-

Tercer Mundo con la postmodernidad y la postindustrialidad y que busca utópicamente el desarrollo económico mundial con base en la economía del mercado (mercado mundial), no es más que un proyecto egoísta de dichos Estados en perjuicio de los demás (*Vid. AMIN, Samir, El capitalismo en la era de la globalización*. Barcelona: Paidós, 2.ª ed., 1998, *passim.*, esp. pp. 19 ss.; BECK, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona: Paidós, 1998, *passim.*, esp. pp. 55 ss.), entre otros.

ral Alemana», en *ADPCP*, 1993 (enero-abril), T. XLVI, Fasc. I. HASSEMER, Wienfried. «Derecho penal y filosofía del Derecho en la República Federal Alemana», Trad. Francisco Muñoz Conde, Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2.º semestre, 1990. Publicado también en el libro: *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Trad. Muñoz Conde y Días Pita, Tirant lo blanch, 1999. KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE, 1990. LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá: UEC, 1995. JAKOBS, G., «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», en *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg*, e.V. Heft 10, C. H. Beck, München, 1992. Trad. Manuel Cancio Meliá; «El concepto jurídico-penal de acción», en *Revista peruana de Ciencias penales*, 3, 1994, Lima: Grijley, pp. 67-98; También en *Estudios de Derecho penal*, Madrid: UA, 1997, pp. 101-126. JAKOBS, G., «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischen” Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des “alteuropäischen” Strafrecht?», en *ZstW*, 107 (1995), pp. 843-876; trad. al español (parcialmente): Cancio Meliá y Feijóo; *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid: Cívitas, 1996, JAKOBS, G., *Imputación objetiva en Derecho penal*, Bogotá: 1994/5. Editado también: *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley, 1997. JAKOBS, G., *Imputación objetiva en Derecho penal*, Bogotá: 1994/5. Editado también: *Imputación objetiva en Derecho penal*. Lima: Grijley, 1997. LUHMAN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, pp. 25-58 ss; hay traducción del texto de LUHMAN al español: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Madrid: CEC, 1983. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid: Edersa, 1992. NOVOA MONREAL, Eduardo, *Causalismo y finalismo en Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, José E., *La perspectiva sociológica*, Madrid: Taurus Humanidades, 1989. Vid. ROXIN, C., *Kriminalpolitik und Strarechtssystem*, 1970. Trad. al español por MUÑOZ CONDE, F., *Política criminal y sistema de Derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1972. SANTIAGO NIÑO, Carlos, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. México: UNAM, 1989. SHÜNEMANN, Bernd, *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1991. SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.ª, «Eficiencia y Derecho penal», en *ADPCP*, 1996, T. Xlix, Fasc. I. SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cívitas, 1999. TIEDEMANN, Klaus, «La armonización del Derecho penal en los estados miembros de la Unión europea». Trad. M. Cancio M. Bogotá: UEC/CIDPFD, 1998; entre otras referencias bibliográficas mejor especificadas en las «notas a pie».

La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional (*)

KAI AMBOS (**)

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de responsabilidad de mando —o mejor dicho, de responsabilidad del superior (1)—, crea la responsabilidad del superior por el incumplimiento de actuar para impedir conductas penales de sus subordinados. El superior es responsable por la falta de control y supervisión de los subordinados en el evento en que cometan delitos. De esta forma, el superior es responsable, tanto por su propia falta al intervenir como por las conductas penales de otros. El concepto parece crear, por una parte, una responsabilidad *directa* por la ausencia de supervisión, y por la otra, una responsabilidad *indirecta* por las conductas delictivas de otros. Finalmente, como tendremos oportunidad de explicarlo, la responsabilidad del superior tiene un doble carácter:

(*) Traducción del inglés de Óscar Julián Guerrero (Colombia) y Mónica Karayán (Argentina, citas); revisión de M. Soledad Saux y del autor.

(**) Referente científico del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional encargado de las secciones Derecho penal internacional e Hispanoamérica; asistente científico de la Universidad de Freiburg. Doctor por la Universidad de Múnich (1992).

(1) Mientras el término «mando» parece limitar la doctrina al contexto militar, el término «superior» es mucho más amplio y se extiende también a los civiles. En esta forma fue adoptado por el Estatuto de Roma. Véase *infra* III.2.b) aa); véase también al respecto FENRICK, 1995, p. 110, nota 21.

es un delito propio de omisión (*echtes Unterlassungsdelikt*) y un delito de peligro (*Gefährdungsdelikt*).

Estas consideraciones más bien teóricas asumen importancia práctica si se observan, por ejemplo, los problemas de carácter probatorio que se encuentran en los casos de responsabilidad del superior: primero, debe probarse que el superior estaba en una posición de mando y control que le posibilitaba impedir o detener los delitos de los subordinados. Segundo, el superior debía tener conocimiento de estos crímenes, o debía, al menos, conscientemente ignorarlos. El último punto es especialmente controvertido.

Este artículo mostrará en primer lugar, que la doctrina de la responsabilidad del superior está reconocida en el Derecho internacional consuetudinario (II) como se evidencia a través de la jurisprudencia (II.1), los esfuerzos de codificación (II.2) y el Derecho comparado (II.3). Un análisis de estas fuentes mostrará, sin embargo, que esos elementos de la doctrina están lejos de ser claros y uniformes. La mayor parte del trabajo estará dedicada a aclarar y depurar estos elementos, así como los establecidos en el artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (III.). Finalmente, esta parte del documento contiene también sugerencias para la interpretación del mencionado artículo y donde quiera que fuese necesario, para su perfeccionamiento.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN EL DERECHO CONSUETUDINARIO

El derecho consuetudinario, en el sentido del artículo 38 párr. 1 literal *b*) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), se define como una práctica estatal general, la cual es expresión de una *opinio iuris vel necessitatis* (2). A través del análisis del Derecho positivo, la jurisprudencia nacional e internacional y el Derecho comparado, incluyendo la doctrina, se puede identificar a la costumbre, aunque el Derecho comparado, también puede ser expresión de principios generales en el sentido en que lo entiende el artículo 38, párr. 1, literal *c*) del Estatuto de la CIJ.

(2) Cfr. BERNHARDT, *EPIL* I (1992), p. 898 ss.; BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, 1998, p. 4 ss.; Verdross/Simma, *Universelles Völkerrecht*, 1984, §§ 549 ss.

Los orígenes de la doctrina de la responsabilidad del superior se pueden remontar al siglo xv (3). Sin embargo, el panorama que ofrecemos aquí, sólo atiende los desarrollos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, pues sólo a partir de ese momento, la doctrina fue claramente ligada a la responsabilidad (4) penal y desde allí se obtuvo una mayor precisión de su significado, el cual ha servido como base para el Estatuto de Roma.

1. Jurisprudencia nacional e internacional

a) EL CASO YAMASHITA: EL DIFÍCIL DEBUT DE LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR

El juicio contra el general del Ejército japonés Tomoyuki Yamashita produjo la primera decisión basada sobre la doctrina (5) de la responsabilidad del superior. Yamashita tomó el mando del Ejército japonés en las Filipinas el 9 de octubre de 1944. Él transfirió su comando de operaciones a las montañas del Baguio, 125 millas al norte de Manila, en diciembre de 1944. El 4 de febrero de 1945, las tropas de los EE.UU. alcanzaron la capital, Manila, y el 3 de marzo todas las fuerzas navales japonesas que intentaron defender la ciudad fueron eliminadas. Durante el ataque, las fuerzas japonesas torturaron y asesinaron a miles de ciudadanos civiles (700.000 habitantes) (6). Otras atrocidades fueron cometidas en la provincia de Batangas y en Luzón (7). Durante la defensa de Manila, el general Yamashita estaba en Baguio y, de acuerdo con lo dicho por su abogado defensor, no se conocía nada del ataque ya que sus comunicaciones habían sido completamente interrumpidas. Su orden inicial de evacuar Manila encontró resistencia de parte de las fuerzas del Ejército y de las fuerzas navales japonesas. Solamente 1.600 soldados abandonaron la ciudad en enero de 1945 cuando el Estado Mayor Imperial los puso bajo las

(3) Cfr. PARKS, p. 2 ss.; GREEN, 1995, p. 320 ss.; BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 1999, pp. 423 ss. Véase también LEVIE, p. 1, refiriéndose a Grotius.

(4) Cfr. PARKS, p. 19.

(5) La información sobre los hechos está basada sobre PRÉVOST, pp. 309 ss., LANDRUM, p. 293 ss. y CROWE, pp. 194-195.

(6) PARKS, p. 25 y LANDRUM, p. 295, informan sobre una cifra superior a los 8.000 asesinatos y 7.000 torturados o heridos; LANDRUM también cita 500 violaciones. PRÉVOST, p. 314, y CROWE, p. 195, dan cuenta de una cifra cercana a los 100.000 muertos.

(7) LANDRUM, pp. 294-95.

órdenes directas de Yamashita. Los 20.000 hombres de la fuerza naval permanecieron en la ciudad. El 25 de septiembre de 1945 Yamashita fue detenido por las Fuerzas Armadas norteamericanas bajo los siguientes cargos:

«Omitir *ilícitamente* y faltar a su deber como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer atrocidades brutales y otros crímenes graves contra la población de los Estados Unidos, de sus aliados y dependencias, particularmente las Filipinas...» (8).

El juicio ante la Comisión Militar de los EE.UU. empezó el 29 de octubre y terminó el 7 de diciembre de 1945, con una sentencia de muerte para el acusado. La Comisión no llegó a una conclusión expresa sobre el conocimiento de lo ocurrido y solamente encontró que allí habían existido enormes atrocidades y que Yamashita había «incumplido disponer un control efectivo... tal cual lo requerían las circunstancias» (9). Yamashita apeló primero ante la Corte Suprema de Filipinas, la cual se declaró incompetente, en razón de que podía «interferir con los actos del Ejército de los EE.UU....» (10). La Corte Suprema de los EE.UU. aceptó la apelación, pero restringió su decisión –basándose sobre su teoría de la limitación judicial, aplicada en los casos previos de crímenes de guerra– a cuestiones meramente procedimentales, afirmando que:

«La detención del reo..., sujeta a la prescripta revisión por las autoridades militares, resultaría ajustada a derecho, y... la solicitud para que esta instancia superior se manifieste sobre las irregularidades en el procedimiento, y resuelva sobre las acciones de *habeas corpus* y competencia, debe ser, y es, *rechazada*» (11).

(8) «*Unlawfully* disregarded and *failed* to discharge his duty as commander to control the operations of the members of this command, permitting them to commit brutal atrocities and other high crimes against the people of the United States and of its allies and dependencies, particularly the Philippines...». Citado de acuerdo con 327 U.S., pp. 13-14, 1945: original (énfasis nuestro).

(9) «Failed to provide effective control... as was required by the circumstances». Cfr. 327 U.S. p. 51, 1945 (el énfasis es nuestro).

(10) Citado de acuerdo con PRÉVOST, *supra* nota 5, p. 320.

(11) «Detention of petitioner for trial..., subject to the prescribed review by the military authorities, were lawful, and... the petition for certiorari, and leave to file in this Court petitions for writs of habeas corpus and prohibition should be, and they are *denied*» 327 US, pp. 25-26, 1945: original (énfasis del texto original).

Con respecto al derecho de Yamashita a un juicio con todas las garantías legales (debido proceso), de acuerdo a la quinta enmienda de la Constitución de los EE. UU., la Corte se inhibió para emitir una decisión de fondo declarándose incompetente para revisar el asunto (12). En lo que se refiere a las bases que habían permitido ejercer la acción, la Corte Suprema reconoció, ante todo, que los crímenes en cuestión constituían «violación a las leyes de la guerra» (13). Estas violaciones se imputaron al acusado por la doctrina de la responsabilidad del superior en razón de que:

«... las leyes de la guerra imponen al comandante militar la obligación de tomar medidas apropiadas, tales como las que se encuentran a su alcance, para controlar las tropas bajo su mando, a efecto de prevenir actos concretos... [y] ...puede acarrearle responsabilidad personal por sus faltas cuando surjan violaciones por la ausencia de tales medidas...

... en consecuencia, las leyes de la guerra presuponen que su violación debe evitarse, a través del control de las operaciones militares por parte de los comandantes, quienes en algunos eventos son responsables por la conducta de sus subordinados» (14).

De esta forma, la Corte sostuvo que «las pretensiones de la acusación, probadas en un sentido normalmente razonable, resultan adecuadamente alegadas como violación de las leyes de la guerra...» (15).

El juicio y la decisión recibieron fuertes críticas, en los círculos académicos y judiciales (16), aunque también encontraron simpatizan-

(12) *Ibíd.*, p. 18 ss. (23): «... we hold that the commission's ruling on evidence and on the mode of conducting these proceedings against petitioner are not reviewable by the courts, but only by reviewing military authorities».

(13) *Ibíd.*, véase también p. 18.

(14) «... the law of war imposes on an army commander a duty to take such appropriate measures as are within his power to control the troops under his command for the prevention of the specified acts... [and] ...he may be charged with personal responsibility for his failure to take such measures when violations result.

Hence the law of war presupposes that its violation is to be avoided through the control of the operations of war by commanders who are to some extent responsible for their subordinates». *Ibíd.*, p. 14. Véase también p. 18.

(15) «The allegations of the charge, tested by any reasonable standard, adequately allege a violation of the law of war...». *Ibíd.*, pp. 17-18 (disidencia del juez Murphy, p. 31).

(16) PRÉVOST, *supra* nota 5, pp. 317-9; 325-9; BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 426 ss.; LANDRUM, pp. 297 y 300; HESSLER, p. 1283. Véase también la reseña positiva del libro de Laél, *The Yamashita precedent*, 1982, por BRANSTETTER en *MLR* 98, 1982, p. 159 ss.; también crítico W. O'BRIEN, p. 637; conf. LIPPMAN, *Conundrums of armed conflict: Criminal defenses to violations of the humanitarian law of war*, *Dickinson Journal of International Law* 15, 1996, pp. 1-111, y pp. 75-76; y SCHABAS, *The General Principles of the Rome Statute*, *Eur. J. Crime Cr. L. Cr. J.* 6, 1998, pp. 400-428, y p. 417.

tes (17). Las críticas se pueden resumir de la siguiente manera, de acuerdo con el reciente estudio de Prévost:

«Es un principio general del derecho que las sanciones penales no deberían ser impuestas a nadie sin que exista prueba de la culpabilidad de su parte. Sin embargo, Yamashita, fue condenado y ejecutado por un crimen, por el cual no existía prueba de su culpabilidad, en un juicio en el cual se obviaron las garantías constitucionales más elementales. Este estudio ha mostrado que, aún bajo la estricta teoría objetiva de la responsabilidad del superior, el comandante Yamashita no hubiera sido condenado. En suma, este trabajo ha demostrado que el veredicto y la decisión de la Corte Suprema fueron en gran parte influidos por el racismo» (18).

Aunque no se puede ir tan lejos como para negar *algún* valor como precedente a la decisión del caso *Yamashita* (19), no se puede tampoco negar que la combinación de sus vertientes técnico-legales, como lo criticó particularmente la disidencia del Juez Rutledge (20), y los prejuicios ideológico-raciales, han impedido severamente reconocerle su valor legal y, sobre todo, su valor ético. En ese sentido, para la misma doctrina de la responsabilidad del superior y para el principio de responsabilidad personal (21), no se puede subestimar la importancia de la siguiente crítica expresada por el Juez Murphy de la Corte Suprema de Justicia:

(17) Ver especialmente PARKS, p. 22 ss., p. 87 ss., quien, *inter alia*, rechaza una teoría estricta de la responsabilidad. En forma similar CROWE, pp. 198-99, se refiere a la orden de cometer atrocidades en YAMASHITA. Véase también LEVIE, *passim*.

(18) «It is a basic rule of law that criminal sanctions should not be imposed on anyone without some showing of culpability on their part. However, Yamashita was convicted and hanged for a crime for which there was *no* showing of culpability, in a trial which eliminated basic Constitutional guarantees. Nonetheless, this study has shown that even under this strict liability theory of command responsibility, Yamashita should not have been convicted. In addition, this study has demonstrated that the conviction and the Supreme Court decision which followed were influenced in large part by racism.» PRÉVOST, *supra* nota 5, p. 337 (énfasis tomado del original). Véase también la fuerte crítica en la disidencia del juez Murphy, 327 US, p. 27 ss.; para críticas a esta opinión, véase LEVIE, en nota 13.

(19) En este sentido PRÉVOST, *supra* nota 5, p. 338.

(20) 327 US en p. 41 ss., especialmente p. 53 en lo que respecta a la «admisión de evidencia no confiable, no verificada y no auténtica...» o p. 61 en relación con la denegatoria de un juicio debido («apartamiento de los principios más elementales de justicia...»).

(21) Este principio fue reconocido como «uno de los más importantes (principios del Derecho)» («one of the most important [legal principles]»); por lo tanto, «el Tribunal debería proclamar tal declaración de culpabilidad (de una organización o grupo) de manera tal que se asegure que no serán castigadas personas inocentes.»

«... No existió un serio intento de acusar o probar que él [Yamashita] cometió una violación reconocida en las leyes de la guerra. Él no fue acusado de haber participado personalmente en los actos atroces o de ordenar o condonar su comisión. Ni siquiera el conocimiento de estos crímenes le fue atribuido. Lo que se alegó fue que él, ilícitamente, desatendió y faltó a su obligación como comandante de controlar las operaciones de los miembros bajo su mando, permitiéndoles cometer los actos atroces. Los anales históricos de la guerra y los principios establecidos por el Derecho internacional no disponían del más mínimo precedente para un cargo de tal naturaleza. Esta acusación, en efecto, permitió a la comisión militar conformar el crimen como ellos querían, haciéndolo depender de su desfavorable opinión sobre las obligaciones del apelante y su consecuente descuido, una costumbre que rememora a aquellas practicadas en naciones menos respetadas en años recientes» (22).

Aunque el conocimiento efectivo no fue probado, no puede afirmarse que la culpabilidad de Yamashita estuviese basada sobre una teoría estricta de la responsabilidad penal (23). Por el contrario, a la Comisión le parecía, por una parte, que no podía otorgarle toda la credibilidad a la alegación de ignorancia hecha por Yamashita, dada la magnitud de las atrocidades (24), y por otra, podía tener dudas respecto al criterio de conocimiento que debía ser aplicado. Así, no es posible decir hoy en día, si la Comisión creyó que Yamashita conoció o debió haber tenido conocimiento de las atrocidades (25). De acuerdo a la interpretación de Hessler, la Comisión y la Corte Suprema estaban convencidas de que «la total ignorancia, ...generaba riesgos inaceptables con respecto a la futura criminalidad de los subordinados, de tal

(«the Tribunal should make such declaration of criminality [of an organisation or group] so far as possible in a manner to ensure that innocent persons will not be punished.»), *The Trial of the Major War Criminals*, London, HMSO, 1950, vol. 22, p. 469.

(22) «... there was no serious attempt to charge or to prove that he [Yamashita] committed a recognized violation of the laws of war. He was not charged with personally participating in the acts of atrocity or with ordering or condoning their commission. Not even knowledge of these crimes was attributed to him. It was simply alleged that he unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as commander to control the operations of the members of his command, permitting them to commit the acts of atrocity. The recorded annals of warfare and the established principles of international law afford not the slightest precedent for such a charge. This indictment in effect permitted the military commission to make the crime whatever it willed dependent upon its biased view as to the petitioner's duties and his disregard thereof, a practice reminiscent of that pursued in certain less respected nations in recent years.» 327 US, p. 28.

(23) Cfr. PARKS, p. 37 y pp. 87-8.

(24) En este sentido CROWE, pp. 206-07; también LEVIE, p. 5, argumentan que el conocimiento de las atrocidades por parte de Yamashita, no podía negarse.

(25) Véase también la crítica de CROWE, pp. 207-208.

manera que estos crímenes le deberían ser imputados en la medida en que ellos ocurrieron» (26). De esta manera, aunque Yamashita no conoció las atrocidades, su ignorancia creaba riesgos que le eran atribuibles. Este enfoque orientado al riesgo está confirmado por la estructura general de los delitos donde existe responsabilidad del superior, como lo observaremos más adelante (27). En cualquier caso, las codificaciones anteriormente examinadas, así como los fallos posteriores al caso Yamashita, muestran que el amplio criterio de responsabilidad establecido por el caso Yamashita, no ha sido desarrollado; en particular, la jurisprudencia militar de los EE.UU. no aplicó este mismo criterio en el proceso por la masacre de My Lai (28).

b) OTRA JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL (29)

aa) *Nüremberg*

Mientras que el Tribunal Militar Internacional (en adelante TMI) se ocupó solamente de la doctrina de la responsabilidad del superior, «de la manera más indirecta» (30), ésta fue invocada en tres procesos ante las Cortes Marciales de los EE.UU. en Nüremberg. En el caso *US vs Pohl et al* el Tribunal se refirió explícitamente al caso *Yamashita* y afirmó:

«Las leyes de la guerra imponen al oficial militar en posición de comandante una obligación *afirmativa* para tomar tantas medidas como las que están dentro del ámbito de su potestad y las apropiadas a las circunstancias para controlar a aquellos que están *bajo su mando*, para la prevención de actos que constituyen violaciones a las leyes de la guerra» (31).

(26) «Total ignorance raised unacceptable general risk of *future* subordinate criminality, those crimes becoming chargeable to him as soon as they occurred», HESSLER, p. 1283.

(27) Véase *infra* 3. y III.2.a).

(28) Véase *infra* b.bd), nota 54 y texto que acompaña. También LANDRUM, p. 300: «Even in United States courts, Yamashita hast lost favor.»

(29) Los juicios de Leipzig no pueden aducirse en apoyo de la doctrina de la responsabilidad del mando. El *Reichsgericht* alemán no conocía aún esta doctrina y únicamente juzgó a los acusados basándose sobre las reglas ordinarias de participación del *Strafgesetzbuch* alemán (esto es ignorado por LEVIE, pp. 2-4).

(30) GREEN, 1995, p. 333.

(31) «The law of war imposes on a military officer in a position of command an *affirmative* duty to take such steps as are within his power and appropriate to the circumstances to control those *under his command* for the prevention of acts which are violations of the law of war.» *US v POHL et al.* (caso 4), *Trials of Criminal War* (TWC), vol. V, pp. 958-1163, p. 1011 (énfasis nuestro).

Fuera de la responsabilidad penal por omisión, la cual permaneció confinada a los superiores militares, los precedentes judiciales extendieron la doctrina a los superiores civiles. En Pohl *et al.*, por ejemplo, uno de los acusados, Mummmenthey, era un administrador civil (32). En el caso USv. Brandt *et al.* también fue reconocida la responsabilidad de civiles superiores (33). Con relación a la guerra agresiva, la jurisprudencia sentó el requerimiento de que el acusado debía ser «jefe», «planificador» (34) (TMI) o haber pertenecido al «nivel político» (35).

En el caso de los Rehenes (36), la Corte argumentó que una posición de mando implica ciertas obligaciones de control y supervisión con respecto al área de competencia. Si los delitos son cometidos dentro de esta área de competencia, el oficial responsable debe intervenir. En cuanto al elemento subjetivo (*mental element*), la Corte argumentó que un comandante está «obligado a conocer» («obliged to know») (37) si recibe información confiable acerca de las atrocidades cometidas por sus subordinados. De esta forma, el conocimiento efectivo no fue requerido; al contrario, se aplicó el criterio del «debería haber conocido». Éste difiere del caso Yamashita en que la existencia *objetiva* de amplias atrocidades no fue considerada suficiente para imputar conocimiento *subjetivo*, a menos que el superior hubiese contado con información concreta acerca de las atrocidades.

La decisión en el caso del Alto Comando de la Wehrmacht (38) aplicó un criterio aún más restrictivo, requiriendo una «deserción personal» («personal dereliction») y prueba del conocimiento efectivo.

«La comisión del delito no liga a todos los individuos de la cadena de mando, por este solo hecho. Debe existir un descuido personal. Ello sólo puede ocurrir, allí donde el acto le es directamente atribuible a él, o donde la propia ausencia de supervisión sobre sus subordinados constituye una

(32) *Ibíd.*, p. 1054.

(33) Véase US v. BRANDT *et al.* («Medical case», caso 1), TWC, vol II, *supra* nota 11, pp. 171-300; (212- 213).

(34) El Tribunal Militar Internacional, *supra* nota 37, también afirmó en el contexto de la criminalidad de ciertas organizaciones nazis que «los castigos masivos deben ser evitados» («that mass punishments should be avoided»).

(35) Cfr. US v. KRAUCH *et al.* («IG Farben», caso 6), TWC, vol. VIII, pp. 1081-1210, p. 1124; 1126; US v. VON LEEB *et al.* («High Command case», caso 12), TWC, vol. XI, pp. 462-697, p. 489.

(36) US v. VON LIST *et al.* (caso 7), TWC, vol. XI, *supra* nota 11, p. 1230 ss., pp. 1256-7. Véase también el extenso análisis de PARKS, p. 58 ss.

(37) US v. VON LIST *et al.*, *supra* nota 35, p. 1281 («obliged to know»).

(38) US v. VON LEEB *et al.*, *supra* nota 34, en particular p. 510; 533-544; 555. Véase también el profundo análisis de PARKS, p. 38 ss.; también DOUGLASS, *passim*.

negligencia punible de su parte. En este último caso, la negligencia debe ser de tal magnitud que resulte injustificada, una desatención inmoral de la acción de sus subordinados que esté al nivel prácticamente de la aquiescencia. Ninguna otra interpretación del Derecho internacional puede ir más allá de los principios básicos del Derecho penal, tal y como lo conocen las naciones civilizadas» (39).

Además, se afirmó que la obligación de control o supervisión disminuye en la misma medida en que disminuye el poder del comandante. De tal forma que la responsabilidad del superior puede aplicarse al mando general y, en el mismo plano, a los oficiales de mando; sin embargo, ella no aplica cuando tales oficiales transmiten órdenes sin conocimiento de su contenido (40). Tampoco se aplica a los oficiales superiores («staff officers») ya que tales oficiales normalmente no poseen poder de mando (41). No obstante, bajo determinadas circunstancias, los «staff officers» pueden incurrir en responsabilidad penal:

«Si la idea esencial es criminal bajo el Derecho penal internacional, el oficial que le da a esa idea forma de orden militar... o toma personalmente las acciones a efectos de observar que la orden esté adecuadamente impartida... comete un delito a la luz del Derecho internacional» (42).

Resumiendo, estas fuentes muestran que la jurisprudencia de Nüremberg no depuró el precedente de Yamashita, tal y como lo dice O'Brien (43), sino que más bien, desarrolló, por primera vez, un estándar general. En efecto, el tribunal en el caso *Alto Comando de la «Wehrmacht»* claramente rechazó el precedente Yamashita, aplicando,

(39) «Criminality does not attach to every individual in this chain of command from that fact alone. There must be a personal dereliction. That can occur only where the act is directly traceable to him or where his failure to properly supervise his subordinates constitutes criminal negligence on his part. In the latter case, it must be a personal neglect amounting to a wanton, immoral disregard of the action of his subordinates amounting to acquiescence. Any other interpretation of international law would go far beyond the basic principles of criminal law as known to civilized nations.» *Ibíd.*, p. 544.

(40) *Ibíd.*, 510 («for the transmittal in any manner whatsoever of a criminal order»). Véase también *US v. VON LIST et al.*, *supra* nota 32, p. 1281 ss., p. 1286.

(41) *US v. VON LEEB et al.*, *supra* nota 34, p. 514. Sobre la responsabilidad de los «staff officers», véase *DOUGLASS*, p. 698 ss. (702-03); también *E. O'BRIEN*, p. 90; *BANTEKAS*, p. 581.

(42) «[i]f the basic idea is criminal under international law, the staff officer who puts that idea into the form of a military order ... or takes personal action to see that it is properly distributed ... commits a criminal act under international law.» *Ibíd.*, p. 513.

(43) Véase *O'BRIEN*, pp. 286-87.

por el contrario, un criterio de conocimiento efectivo, mientras que en el caso *Rehenes* se optó por el criterio de «deber tener conocimiento», basado sobre la información concreta recibida por el superior (44). El último criterio probó ser de suma importancia en los fallos judiciales posteriores y en las codificaciones.

bb) Tribunal Penal Militar Internacional para el Extremo Oriente-Tokio

El Tribunal de Tokio confirmó y extendió la jurisprudencia de Nüremberg al personal civil (45). En primer lugar, se impusieron obligaciones de supervisión y control sobre el personal de mando, civil y militar, con respecto al tratamiento apropiado de los prisioneros de guerra. En consecuencia, los abusos frente a los prisioneros de guerra fueron atribuidos tanto a los acusados civiles como militares, en el caso en que ellos faltaran al deber de impedir tales abusos. La doctrina de la responsabilidad del superior fue, además, extendida al Gobierno (civiles), arguyendo para el caso un modelo de responsabilidad *colectiva*:

«El miembro de un gabinete puede renunciar. Si afirmativamente él tenía conocimiento de los malos tratos irrogados a los prisioneros, es impotente para impedir futuros maltratos, pero su elección es permanecer en el gabinete, entonces continúa participando en la *responsabilidad colectiva*... él voluntariamente asume la responsabilidad por cualquier otro maltrato que se presente en el futuro» (46).

La pertenencia a un gabinete fue apreciada para justificar el nexo de causalidad –al menos en casos de «ignorancia voluntaria o imprudente» («wilful or negligent ignorance»)– entre el incumplimiento de actuar y los abusos cometidos. También, las obligaciones de supervisión y averiguación fueron incrementadas.

De hecho, la amplia atribución de responsabilidad penal a civiles superiores por atrocidades militares merece alguna crítica. Tomemos,

(44) Cfr. CROWE, pp. 194; 209 ss. (213; 215; 219-20), 232.

(45) «The Tokyo Judgement», *The International Military Tribunal for the Far East* (IMTFE), vol. I, Amsterdam 1977 (Roling/ Ruter eds.), pp. 29-30. Cfr. FENRICK, 1995, p. 118.

(46) «A cabinet member may resign. If he has knowledge of ill-treatment of prisoners, is powerless to prevent future ill-treatment, but elects to remain in the cabinet thereby continuing to participate in its *collective responsibility*... [,] he willingly assumes responsibility for any ill-treatment in the future.» *The Tokyo Judgement*, *supra* nota 45, p. 30 (énfasis nuestro).

por ejemplo, el caso de *Mamoru Shigemitsu*. Shigemitsu fue ministro de Asuntos Exteriores entre abril de 1943 y abril de 1945. Durante este período los aliados protestaron en forma vehemente contra el trato que recibían sus prisioneros de guerra. Las pruebas mostraban que Shigemitsu conocía la situación en los campos de prisioneros. De acuerdo con el Tribunal, él tenía una responsabilidad especial como miembro del Gobierno por el bienestar de los prisioneros y, en consecuencia, él debía haber tomado medidas adecuadas para investigar la situación o dimitir, a efectos de ejercer presión política sobre el asunto. Como él no hizo ninguna de las dos cosas, mostró un grave desacato a las leyes de la guerra y fue considerado culpable (47). En el mismo sentido, el Tribunal afirmó con respecto a la responsabilidad de *Koki Hirota*, ministro de Asuntos Exteriores de marzo de 1933 a marzo de 1936, que: «su inacción corresponde al grado de una negligencia criminal» (48). El juez Röling criticó acertadamente éste y otros casos particulares en su disidencia (49). Röling argumentó, como en el caso *Hirota*, que él no debía tenerse por responsable, ya que se había puesto personalmente en contacto con quien sí lo era, el ministro de Guerra. En general, de acuerdo con Röling, «un Tribunal debería ser muy cuidadoso al tener a los funcionarios oficiales del Gobierno como responsables por el comportamiento del ejército en el campo de operaciones». Además la responsabilidad por omisiones debería solamente reconocerse «en un sentido muy restringido» (50).

cc) *Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (UNWCC)*

La jurisprudencia de Tokio fue confirmada en los juicios por crímenes de guerra de británicos, canadienses, australianos y chinos, como lo documenta el UNWCC (United Nations War Crimes Comision) (51). Concretamente, los tribunales competentes –*grosso modo*– consideraron como un factor crucial la posición o el «status» del acu-

(47) *Ibid.*, pp. 457-58.

(48) «His inaction amounted to criminal negligence». *Ibid.*, pp. 447-48.

(49) *The Tokyo Judgment*, *supra* nota 44, vol. II, p. 1043 ss. (1126-28; 1137-38).

(50) «A Tribunal should be very careful in holding civil government officials responsible for the behaviour of the Army in the field»; «in a very restricted sense». *Ibid.*, p. 1127.

(51) Véase, por ejemplo, la referencia explícita al caso YAMASHITA en *Law Reports TWC*, vol. XV (UNWCC, HM Stationery Office, London, 1949), p. 66. Para otros juicios véase también PARKS, pág 69 ss.

sado a efectos de decidir sobre el grado de responsabilidad criminal, basados sobre la responsabilidad de mando. El proceso canadiense contra el comandante de brigada Kurt Meyer (*Abbey Ardenne Case*) es de particular importancia a este respecto (52). La UNWCC tomó esta posición, no obstante considerar que «los principios que gobiernan este tipo de responsabilidad aún no se encuentran plenamente establecidos» (53) y formuló los siguientes interrogantes:

1. ¿Hasta qué punto puede responsabilizarse a un comandante por no tomar medidas antes de la comisión de los delitos, en orden a impedir su posible perpetración?
2. ¿Hasta qué punto debe demostrarse que se tenía conocimiento de la comisión de delitos, para ser tenido por responsable por no haber intervenido a efectos de detener los delitos que ya habían sido perpetrados?
3. ¿Hasta qué punto el comandante tiene el deber de descubrir si se han cometido delitos? (54).

dd) Otros procesos por crímenes de guerra

En lo que respecta a otros procesos o investigaciones nacionales concernientes a este tema, resulta interesante el tratamiento judicial del caso conocido como *la masacre de My Lai*. Como ya lo habíamos mencionado (55) anteriormente, la justicia militar norteamericana no aplicó la doctrina de la responsabilidad del superior en el proceso contra el capitán Medina y el teniente William Calley Jr. Mientras que Calley fue condenado por una Corte Marcial, bajo el cargo de dirigir la masacre, Medina, su superior inmediato, fue absuelto debido a la falta de un conocimiento (efectivo) de las atrocidades (56). Esta decisión

(52) *Law Reports TWC*, vol. IV, *supra* nota 50, pp. 98-99. Véase también GREEN, 1989, p. 186 ss.; id., 1995, p. 337 ss.; BASSIOUNI, *supra* nota 3, pp. 431-32.

(53) «The principles governing this type, of liability ... are not yet settled». *Law Reports TWC*, vol. XV, *supra* nota 50, p. 67. Véase BRAND, *The War Crimes and the Laws of War*, BYIL, vol. XXVI, 1949, pp. 414-427 (424).

(54) *Ibid.*

(55) Véase *supra*, nota 27.

(56) Véase HAMMER, *The Court-Martial of Lt. Calley*, 1971, *passim*; véase también GOLDSTEIN/MARSHALL/SCHWARTZ, *The My Lai massacre and its cover-up: beyond the reach of law?*, 1976, reproduciendo las decisiones de Review y Appeals contra Calley en p. 475; véase también LANDRUM, p. 299; CROWE, p. 223; ECKHARDT, p. 11 ss. y pp. 32-4 (Resumen del material probatorio elaborado por el juez Howard); BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 434. Una evaluación del papel de los EE.UU. en Vietnam es provisto por W. O'BRIEN, p. 641 ss., p. 663.

sorprendió, toda vez que Medina –a diferencia de Yamashita, quien había alegado que la comunicación con sus tropas había sido cortada completamente– estuvo presente en la escena de los crímenes (57) y en un contacto estrecho con Calley (58). Además, el requerimiento de conocimiento efectivo no resultaba consistente con el derecho de los EE.UU. (59). Aunque la doctrina de la responsabilidad del superior no fue aplicada en el juicio criminal acerca del caso *My Lai*, ella sí jugó un papel importante en la investigación contra el Mayor General Koster, quien desempeñaba como comandante general de la división a la cual Medina estaba asignado. En este contexto, el Secretario General del Ejército dijo:

«... Un comandante deber ser declarado responsable claramente por estos asuntos, los cuales él sabe que son graves, y con respecto a los cuales él asume obligaciones de carácter personal. Cualquier otra conclusión conduciría esencialmente a dejar sin sentido y fuerza jurídica, los conceptos de responsabilidad del alto mando que acompañan a la posición de autoridad...» (60).

Finalmente, la doctrina de la responsabilidad del superior fue confirmada por la jurisprudencia israelí en el incidente *Kafr Qassem* y en la masacre en los campos de refugiados de *Sabra y Shatila*, en el Líbano. En el primer caso, la Corte Militar de Apelaciones de Israel, encontró responsable a un teniente, entre otras cosas, porque «él estaba enterado de lo estaba ocurriendo... y no tomó ninguna medida para detener los asesinatos» (61). En el caso de las masacres de Sabra y

(57) Véanse las afirmaciones del coronel Howard ante el jurado, así como la referencia de GREEN, 1995, p. 353. Howard fue el abogado defensor de Medina (el artículo se encuentra en la bibliografía).

(58) Véase Lieutenant Calley. His own story as told to John Sack, 1970. Véase también PRÉVOST, *supra* nota 5, p. 329, nota 152. Hasta antes de 1998 el Ejército de los EE.UU. no reconoció públicamente que en *My Lai* no existía enemigo, sino una «masacre ilegal de no-combatientes a manos de fuerzas norteamericanas» («unlawful massacre of noncombatents by American forces»), *Guardian Weekly/Washington Post*, 15 de marzo de 1998.

(59) CROWE, pp. 223-24; BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 434. Véase también *infra* 3.

(60) «... [A] commander clearly must be held responsible for those matters which he knows to be of serious import, and with respect to which he assumes personal charge. Any other conclusion would render essentially meaningless and unenforceable the concepts of great command responsibility accompanying senior positions of authority...» . Citado de acuerdo con GREEN, 1995, p. 355. Véase también la acusación relativa al caso MEDINA como la reproduce ECKHARDT, pp. 30-32.

(61) «He was aware of what was taking place... and did not take any measures to stop the killings.» Citado de acuerdo con GREEN, 1995, p. 359.

Shatila, una comisión de investigación dirigida por el Presidente de la Corte Suprema encontró que el ministro de Defensa israelí y las autoridades militares estaban enteradas de las masacres cometidas por los falangistas en los campos de refugiados, pero no intervinieron adecuadamente o no castigaron a los perpetradores (62).

c) *La Jurisprudencia de los tribunales ad hoc*

En el caso *Delalić et al.* –también conocido como «*Čelibići*» por el campo de prisioneros del mismo nombre– el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) caracterizó los requerimientos de la doctrina de la responsabilidad del superior de la siguiente manera (63):

- La existencia de una relación entre superior y subordinado.
- El conocimiento del superior; o que el superior tenga razones para conocer que el acto iba a ser cometido o se había cometido.
- Falta del superior al no adoptar las medidas necesarias y razonables, para impedir los actos criminales o castigar consecuentemente a quienes los perpetraron.

La jurisprudencia más reciente en *Aleksovski* (64) y *Blaskić* (65) básicamente confirmó o complementó los principios desarrollados en *Delalić et al.* y por lo tanto se estudiará junto con esta decisión. Con respecto al primer requerimiento, el TPIY sostuvo que: «los individuos en posición de autoridad... pueden incurrir en responsabilidad penal... sobre las bases de su propio hecho *de facto* así como *de jure* por su posición como superiores» (66). Una posición de mando no

(62) Véanse las extensas citas del informe de la comisión en GREEN, 1995, p. 361 ss.; véase también *id.*, 1989, pp. 22-01; BASSIOUNI, *supra*, nota 3, pp. 439-430; FENRICK, 1995, p. 12 ss.

(63) T. Ch., decisión del 16 de noviembre de 1998, DELALIĆ/MUCIĆ/DELIĆ/LANĐŽO («*ČELIBIĆI*»), IT-96-21-T, párr. 346.

(64) T. Ch., decisión del 25 de junio de 1999, ALEKSOVSKI, IT-95-14/1 (original en francés), párr. 69 ss. (69); confirmada por la Sala de Apelaciones, decisión del 24 de marzo de 2000, IT-95-14/1-A, párr. 69-77.

(65) T. Ch., decisión del 3 de marzo de 2000, BLAŠKIĆ, IT-95-14-T (original en francés), párr. 289 ss. (294).

(66) «Individuals in positions of authority may incur criminal responsibility on the basis of their *de facto* as well as *de jure* positions as superiors.» DELALIĆ *et al.*, *supra* nota 62, párr. 354 (énfasis del original); también BLAŠKIĆ, *supra* nota 64, párr. 300.

puede ser determinada «únicamente con referencia al *status* formal» («reference to a formal status alone») sino «por la posesión efectiva o la falta de poderes de control efectivo sobre las acciones de sus subordinados» (67). En este sentido, la responsabilidad del superior se extiende a *civiles*, vale decir, superiores no militares, pero «solamente se extiende a aquellos que ejercitan un grado de control sobre sus subordinados similar al de los comandantes militares» (68). Esto significa que varias personas –como superiores– pueden ser responsables de delitos cometidos por un subordinado (69). Sin embargo, la responsabilidad se excluye si tal control estaba «ausente o era demasiado remoto» (70), o si el superior carecía de «la capacidad material para impedir y castigar la comisión de estos delitos» (71). La decisión *Blaškić* recalca que el hecho de no impedir la Comisión de los crímenes *ex ante* no puede ser compensada por su castigo *ex post*, es decir, el superior está obligado en general a hacer ambas cosas (72). Por otra parte, el no castigar los crímenes cometidos puede ser considerado como auxilio o instigación para su comisión en el sentido del artículo 7 1 del Estatuto para el TPIY (73). Finalmente, como se afirmó en el caso *Aleksovski*, un superior civil no necesita tener el mismo poder de sanción que un superior militar; si éste fuera el caso, la doctrina resultaría virtualmente inaplicable a los superiores civiles (74).

En el plano *subjetivo* el superior debe:

(67) «The actual possession, or non- possession, of powers of [effective] control over the actions of subordinates». DELALIĆ *et al.*, *supra* nota 62, párr. 370; véase también párr. 377 (énfasis agregado); también ALEKSOVSKI, *supra* nota 63, párr. 76; BLAŠKIĆ, *supra* nota 64, párr. 301, 335.

(68) «Only to the extent that they exercise a degree of control over their subordinates similar to that of military commanders». DELALIĆ *et al.*, *supra* nota 62., párr. 355 ss., 363, 378; ALEKSOVSKI, *supra* nota párr. 75, 78.

(69) ALEKSOVSKI, *supra* nota 63, párr. 106; BLAŠKIĆ, *supra* nota 64, párr. 303.

(70) «Absent or too remote». DELALIĆ *et al.*, *supra* nota 62, párr. 377.

(71) «The material ability to prevent and punish the commission of the[se] offences.» *Ibíd.*, párr. 378; (énfasis agregado) ALEKSOVSKI, *supra* nota 63, párr. 81; BLAŠKIĆ, *supra* nota 64, párr. 302, 335: «capacidad material» («capacité matérielle»).

(72) BLAŠKIĆ, *supra* nota 64, párr. 336.

(73) *Ibíd.*, párr. 337 ss. (339).

(74) Sobre este punto, vale la pena citar la afirmación completa de la Sala: «Exiger d'une autorité civile qu'elle détienne un pouvoir de sanction semblable à celui détenu par un militaire limiterait le champ d'application de la doctrine du supérieur hiérarchique au point de la rendre pratiquement inapplicable aux autorités civiles. La Chambre considère, par conséquent, qu'il n'est pas indispensable que le supérieur ait eu la capacité, de jure ou de facto, de prendre lui-même des sanctions. La simple possibilité de transmettre des rapports aux autorités suffit...», ALEKSOVSKI, *supra* nota 63, párr. 78.

- tener un conocimiento efectivo de que sus subordinados están cometiendo o van a cometer crímenes; o
- poseer una información de tal naturaleza que lo ponga en conocimiento del riesgo de que tales delitos se cometan, indicándole la necesidad de una investigación adicional, para averiguar si las violaciones fueron cometidas o iban a ser cometidas (75).

Mientras que estos requerimientos no fueron «discutibles» en principio, sí suscitó controversia lo concerniente a cómo puede ser probado el conocimiento efectivo. El TPIY rechazó una presunción de conocimiento, pero permitió el establecimiento de dicho conocimiento por intermedio de evidencias circunstanciales tomadas en cuenta a título de indicios determinados (76). La posición del superior como tal constituye una presunción certera de que él tenía conocimiento acerca de los delitos de los subordinados (77). Por el contrario, el contenido específico del «requerimiento relativo a los motivos para conocer» («had reason to know») quedó sin resolver. Mientras es claro que un superior no debe permanecer en la ignorancia deliberada («wilfully blind») frente a los actos de sus subordinados, es menos claro cuál es el alcance del deber del superior de conocer y cuán específica debe ser la información en poder del superior a efectos de obligarlo a adelantar la investigación. Así, en la decisión Delalić *et al.*, el TPIY fue cuidadoso en su formulación de un criterio abstracto y no hizo innovaciones con respecto al contenido *actual* del derecho consuetudinario en este punto (78). Sin embargo, en la decisión Blaškić, la Sala intentó desarrollar una regla de derecho consuetudinario con fundamento en la jurisprudencia y una interpretación de los artículos 86 y

(75) DELALIĆ *et al.*, *supra* nota 62 párr. 379 ss., 383; 386; 393.

(76) *Ibid.*, párr. 386; también BLAŠKIĆ, *supra* nota 64, párr. 307. El número, la clase y el fin de los actos ilegales; el tiempo durante el cual los actos ilegales ocurrieron; el número y la clase de tropas involucradas; componentes logísticos involucrados, así como la localización geográfica de los actos; la amplia ocurrencia de los actos; tiempo táctico de las operaciones; *modus operandi* de actos ilegales similares; los oficiales y el grupo de mando involucrado; la localización del comandante al tiempo de la ocurrencia de los hechos. Estos indicios han sido desarrollados por la Comisión de Expertos de la Organización de las Naciones Unidas para la ex Yugoslavia (UN Doc. S/1994/674 del 27 de mayo de 1994), citado en BASSIOUNI, *supra* nota 3, pp. 437-38. Cfr. ALEKSOVSKI, *supra* nota 63, párr. 80 y 114: «Il ne pouvait donc ignorer les mauvais traitements répétés subis par les détenus». Ver también FENRICK, 1999, núm. 10.

(77) ALEKSOVSKI, *supra* nota 63, párr. 80; BLAŠKIĆ *supra* nota 64, párr. 308.

(78) DELALIĆ *et al.*, *supra* nota 62, párr. 393.

87 del PA I (79). Con respecto al primero, siguió la conclusión esbozada por *Parks*, de acuerdo con la cual el superior es responsable si «incumplió al no ejercer los medios disponibles para conocer los delitos y, bajo las circunstancias determinadas, él hubiera debido conocer que dicho incumplimiento constituía una omisión criminal» (80). Con respecto al último, la Sala interpretó ampliamente la expresión «en posesión de información» («possédaient des informations») del artículo 86 (2) del PA I. De esta forma, un superior debe estar siempre informado acerca de la forma en la cual sus subordinados cumplen sus tareas y tomar las medidas necesarias para prevenir la comisión de crímenes (81). A modo de conclusión, si el superior ha cumplido debidamente con sus deberes, pero aún así no conoce acerca de los crímenes cometidos por los subordinados, dicha ignorancia no le puede ser endilgada a título de responsabilidad (82).

Aparte de Delalić *et al.* Aleksovski y Blaškić, el TPIY ha confirmado la responsabilidad individual de jefes civiles y superiores militares en varias decisiones concernientes a la Regla 61 que han sido analizadas en otras contribuciones (83). Más aún, en la acusación contra Milosević *et al.* (84), confirmada por la apelación ante el Juez Hunt (85), los acusados Milosević, Milutinović, Ojdanić y Stojilkić fueron también considerados, *prima facie*, responsables por crímenes contra la humanidad sobre la base de la responsabilidad del superior (86).

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se ocupó por primera vez de la responsabilidad del superior en el caso *Akaye-*

(79) BLAŠKIĆ, *supra* nota 64, párr. 309 ss. (314 ss.).

(80) «He failed to exercise the means available to him to learn of the offense and, under the circumstances, he should have known and such failure to know constitutes criminal dereliction.» PARKS, p. 90, referido en el caso BLAŠKIĆ, *supra* nota 64, párr. 322 (traducido del francés).

(81) *Ibid.*, párr. 325 ss. (328-9), apoyándose en el comentario sobre los Protocolos del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

(82) *Ibid.*, párr. 332

(83) Cfr. AMBOS, «Individual Criminal Responsibility in International Criminal Law», G. K. McDonald/O. Swaak Goldman (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, vol. I, 2000, pp. 26-28.

(84) PROSECUTOR v. MILOSEVIĆ/MILUTINOVIĆ/SAINOVIĆ/OJDANIĆ/STOJILKOVIĆ, decisión emitida el 22 de mayo de 1999. Ver VETTER, p. 138 ss.

(85) PROSECUTOR v. MILOSEVIĆ/MILUTINOVIĆ/SAINOVIĆ/OJDANIĆ/STOJILKOVIĆ, decisión en *Review of Indictment and Application for Consequential Orders*, 24 de mayo de 1999.

(86) Decisión, *supra* nota 84, párr. 55 ss., 84-88.

su (87). Aunque la aplicación de la doctrina a superiores no militares (civiles) –antes de la decisión del caso Delalić *et al.* del TPIY– se señaló como «discutible» (88), la Sala no rechazó esta posibilidad, pero sostuvo que «resulta apropiado valorar caso por caso el poder de autoridad efectivamente desarrollado por parte del acusado para determinar si él tenía o no tenía la facultad de tomar todas las medidas necesarias y razonables» (89). Así, por ejemplo uno de los cargos contra Akayesu basado sobre la responsabilidad del superior fue rechazado por la Sala ya que el paramilitar Interahamwe no podía ser considerado su subordinado (90) y por consiguiente no podía esperarse que aquél tuviese un control efectivo sobre éste. La existencia de la posibilidad material para controlar o intervenir es, sin embargo, irrelevante si el acusado no intentó impedir y, por el contrario, colaboró directamente con los perpetradores (91).

En cuanto al elemento subjetivo (*mental element*), el TPIR rechazó el punto de vista –basado sobre una concepción estricta de la responsabilidad penal– según el cual la responsabilidad del superior es independiente de su propósito criminal (92). Más bien, el superior debe haber actuado con «malicia o al menos con... negligencia tan seria que esté a la altura de la aquiescencia o, incluso, de la malicia» (93).

En *Kayishema et Ruzindana* el TPIR, confirmó esencialmente la decisión *Čelibići* y se refirió al artículo 28 del Estatuto de Roma (94). Se afirmó que la responsabilidad penal individual de acuerdo con el artículo 6.º (1) del Estatuto del Tribunal y la responsabilidad del superior de acuerdo con el artículo 6.º (3) del mismo Estatuto no son mutuamente excluyentes (95). El principio también se aplica a la responsabilidad de superiores no militares (96). En cualquier caso, la

(87) T. Ch., juicio del 2 de septiembre de 1998, AKAYESU, ICTR-96-4-T, párr. 486 ss.

(88) *Ibid.*, párr. 491. Ver la visión crítica de VETTER, p. 132 ss.

(89) «It is appropriate to assess on a case by case basis the power of authority actually devolved upon the Accused in order to determine whether or not he had the power to take all necessary and reasonable measures...». *Ibid.*, párr. 491.

(90) *Ibid.*, párr. 691.

(91) *Ibid.*, párr. 193.

(92) *Ibid.*, párr. 488.

(93) «Malicious intent, or, at least, ... negligence ... so serious as to be tantamount to acquiescence or even malicious intent». *Ibid.*, párr. 489.

(94) T. Ch. II, juicio del 21 de mayo de 1999, *Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, párr. 208-231.

(95) *Ibid.*, párr. 210.

(96) *Ibid.*, párr. 213 ss.

responsabilidad depende del «grado de autoridad» («degree of authority») sobre los subordinados, el cual a su vez está basado sobre el control *de jure y/o de facto*, resultando la existencia de este último decisiva (97). La capacidad material para controlar las acciones de los subordinados es la piedra de toque de la doctrina de la responsabilidad del superior; ella está «inherentemente ligada a la situación fáctica» en cada caso concreto (98). Frente al requerimiento del *mens rea*, la Sala consideró la distinción que trae el Estatuto de Roma entre militares y superiores civiles «instructiva» («an instructive one») (99). De acuerdo con el Estatuto, el acusado, por ejemplo un superior civil, es responsable «si hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que sus subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos» (100).

2. Intentos de codificación

a) PROTOCOLO ADICIONAL I A LOS CONVENIOS DE GINEBRA

Las más importantes disposiciones que codifican el concepto de responsabilidad del superior y que sirven de base para todas las demás codificaciones son los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional I (PA I) a los Convenios de Ginebra del 8 de julio de 1977 (101). El artículo 86, párr. 1 establece la obligación general de los Estados Partes para reprimir las infracciones graves «que resulten del incumplimiento del deber de actuar». De esta forma, un superior puede ser solamente responsable si no toma las medidas adecuadas contra las graves infracciones cometidas por los subordinados, y si el superior tenía un deber de actuar. Concordantemente, el artículo 86, párr. 2 del PA I a los Convenios de Ginebra describe la situación del incumplimiento del deber de actuar de la siguiente manera:

(97) *Ibid.*, párr. 216, 217 ss.

(98) «Inherently linked with the factual situation». *Ibid.*, párr. 229 ss. (229, 231).

(99) *Ibid.*, párr. 227.

(100) *Ibid.*, párr. 228.

(101) Official Records of the Diplomatic Conference on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts. Geneva (1974-1977) vol. I, Berna, 1978, p. 115. Para el Antiguo Derecho Internacional Humanitario el cual puede ser considerado como base de la doctrina, véase en particular el artículo 1.º de las regulaciones de La Haya de 1907 y el artículo 43 del Protocolo (Fuerzas Armadas: DE PREUX, núm. 3531, 3540; CROWE, pp. 196-7; GREEN, 1995, 325; FENRICK, 1999, núm. 1.

«El hecho de que la infracción a los convenios o al presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían *información que les hubiera permitido concluir*, en las *circunstancias del momento*, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas *factibles* que estaban a su alcance *para impedir* o reprimir esa infracción» (102).

Así, tres condiciones deben ser reunidas para que un superior se tenga como responsable (103):

- que la infracción haya sido cometida por uno de los subordinados del superior;
- que el superior haya conocido o haya tenido información de la cual se pudiese concluir (104) que una infracción fue cometida o iba a ser cometida;
- que el superior no tome las medidas a su alcance para impedir o reprimir las infracciones.

Estos requerimientos serán analizados con más detalle posteriormente. Por ahora es suficiente puntualizar que el artículo 86, párr. 2 del PA I, establece no solamente la responsabilidad del superior (incluida la de superiores civiles) (105), sino que también define la responsabilidad paralela del subordinado. Esto debe ser subrayado, ya que el artículo 85 y subsiguientes del PA I parecen implicar únicamente la responsabilidad exclusiva del superior. Sin embargo, la expresión «haya sido cometida por un subordinado» del artículo 86, párr. 2 explícitamente se refiere a la infracción de la Convención o del PA I por parte de un subordinado. Por lo tanto, el subordinado (106) es directamente responsable como perpetrador inmediato.

(102) «The fact that a breach of the Conventions or of this Protocol was committed by a subordinate does not absolve his superiors from *penal or disciplinary* responsibility, as the case may be, if they knew, or had *information which should have enabled them to conclude* in the *circumstances at the time*, that he was committing or was going to commit such a breach and if they did not take all *feasible* measures within their *power to prevent or repress* the breach.» Énfasis nuestro.

(103) Véase también, DE PREUX, núm. 3543 ss.

(104) El artículo 76, párr. 2 del ICRC propuso un «should have known», pero fue rechazado por considerarse demasiado amplio (véase DE PREUX, núm. 3526; también LEVIE, p. 8; LANDRUM, p. 249; CROWE, p. 225).

(105) Cfr. HESSLER, p. 1277; WU/KANG, pp. 291-92.

(106) Cfr. WOLFRUM, «Durchsetzung des humanitären Völkerrechts», en *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, D. Fleck (ed.), 1994, pp. 413-440 (423); véase también SOLF/CUMMINGS, «A Survey of Penal Sanctions under

El artículo 86, párr. 2 debe leerse conjuntamente con el artículo 87, el cual describe el deber de un comandante de impedir la comisión de delitos por parte de los subordinados y, por lo tanto, establece tanto la posición como el deber de garante («guarantor») del superior (*Garantenstellung und-pflicht*) de acuerdo con la lectura que sigue:

Artículo 87.—Deberes de los jefes

1. Las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los convenios y del presente Protocolo y, en caso necesario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las Fuerzas Armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.

3. Las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones (107).

b) OTROS

Las codificaciones posteriores han estado basadas exclusivamente en el artículo 86, párr. 2 del PA I y han variado solamente con respecto a las consecuencias legales y al elemento subjetivo (*mental element*). El artículo 12 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1991 (Draft Code 1991) elaborado por la Comisión Internacional de Derecho de la Organización de las Naciones Unidas y el artículo 6.º del Proyecto de Código de 1996 —«responsabilidad del superior»— traen, respectivamente, la siguiente redacción:

Protocol I to the Geneva Conventions of August 12», 1949, *Case Western Reserve Journal of International Law* 9 (1977), pp. 242-3. Este punto de vista también resuelve la crítica de PARTSCH, p. 524, quien afirmaba que el artículo 86 (2) es incompleto, ya que allí no se considera la responsabilidad del subordinado.

(107) El énfasis es nuestro.

«El hecho de que un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad *criminal*, si sabían o tenían *información que les permitiera concluir* en las *circunstancias del caso*, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas *factibles* a su alcance para *impedir* o *reprimir* ese crimen» (108).

«El hecho de que el crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad haya sido cometido por un subordinado no eximirá a sus superiores de responsabilidad *criminal*, si sabían o tenían *motivos para saber*, dadas las *circunstancias del caso*, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas *necesarias* a su alcance para *impedir* o *reprimir* ese crimen» (109).

La responsabilidad del superior tiene, otra vez, tres requerimientos: la comisión de delitos por parte de los subordinados, el incumplimiento del superior respecto a tomar todas las posibles medidas en contra de la comisión de estos crímenes y su efectivo o *posible* conocimiento de los mismos (110). Las diferencias entre los proyectos de 1991 y 1996 muestran claramente dónde se ubican los problemas: por una parte, se plantea si el superior debe tomar medidas «necesarias» o «factibles» y si existe una diferencia entre las dos; por otra parte, sorprende el problema de si las diferentes formulaciones con respecto al posible conocimiento están presupuestadas para crear criterios diferentes. De acuerdo con la ILC los cambios no implicaban diferencias sustantivas (111). La mayoría de los miembros de la comisión aceptó —a pesar de las críticas (112)— la propuesta del relator especial para mantener el artículo 12 del proyecto de Código de 1991 (113).

(108) Para la versión inglesa: artículo 12 ILC Draft Code 1991, en YILC 1991, vol. II, segunda parte, pp. 94-97.

(109) Para la versión inglesa: article 6 ILC-Draft Code 1996, en Report of the ILC on the work of its forty-eighth session, 6 de mayo al 26 de julio de 1996. GAOR Fifty-first Session. Supplement núm. 10 (A/51/10), pp. 14 ss. (párr. 50 ss.). Énfasis nuestro.

(110) Véase también YILC 1988, vol. I, pp. 288-9 (Mr. Tomuschat, vocero del Comité Redactor); vol. II 2, pp. 70-1. Véase también el cuarto y el quinto informe del relator especial, DOUDOU THIAM, YILC 1986, vol. II 1, pp. 53-86 (65-6) y YILC 1987, vol. II 1, pp. 1-13 (9) respectivamente, quienes consideran erróneamente esta disposición como «un caso específico de la Teoría de Participación».

(111) Cfr. Report ILC 1996, *supra* nota 108, p. 38, párr. 5 y 6.

(112) El profesor Tomuschat criticó la responsabilidad extensiva creada por el artículo 12. Véase YILC 1994, vol. I, pág. 112.

(113) THIAM, Twelfth Report, 1994, párr. 127; ILC 1994, vol. II 2, p. 83; 1994, vol. I, p. 111 (Mr. Al-Baharna).

El proyecto alternativo de Siracusa (114) posee una leve variación con respecto al proyecto de Código de 1996 de la ILC:

«El hecho de que un crimen contemplado en este Estatuto haya sido cometido por un subordinado no exime a sus superiores de responsabilidad *criminal* si sabían o tenían motivos para saber en las circunstancias del momento que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal crimen y no tomaron todas las medidas *necesarias* (115).

Una comparación del artículo 86, párr. 2 del PA I con las disposiciones de los proyectos de Código de la ILC y el proyecto de Siracusa muestra, en primer lugar, que las disposiciones de los proyectos se refieren únicamente a las consecuencias penales para el superior; no se hace mención de la responsabilidad «disciplinaria». Esto, sin embargo, no excluye las sanciones de carácter disciplinario de acuerdo con el derecho militar nacional; más bien, la imposición de una sanción penal condigna a las conductas penales endilgadas, indica que las sanciones disciplinarias, por sí solas, no constituyen una sanción adecuada. En segundo lugar, el superior está obligado –según el proyecto de Código de 1996 de la ILC y el proyecto de Siracusa– a tomar todas las medidas «necesarias», más que las medidas «factibles». La diferencia, si es que existe alguna, será analizada posteriormente. Finalmente, mientras que el proyecto de Código de 1991 de la ILC introduce solamente un cambio menor con respecto al elemento subjetivo (*mental element*), el proyecto de Código de 1996 de la ILC y el proyecto de Siracusa introducen unos cambios mayores reemplazando la fórmula original de la «información que les permitiera concluir», por la fórmula «tener motivos para saber». La formulación precisa fue intensamente debatida en Roma. Esto es comprensible si se tiene en cuenta que el aspecto del elemento subjetivo (*mental element*) puede decirse que es el núcleo de la doctrina de la responsabilidad del superior. Aunque este punto será discutido con mayor detalle, *prima facie* parece claro que el requerimiento relativo a «tener motivos para saber» disminuye considerablemente el umbral del requisito de carácter subjetivo, en razón de que

(114) Cfr. AIDP, ISISC, MPI *et al.*, 1994 ILC, Draft Statute for an International Criminal Court with suggested modifications, preparado por un comité de expertos, Siracusa/Friburgo/Chicago, 15 de marzo de 1996.

(115) «The fact that a crime under this Statute was committed by a subordinate does not relieve his superiors of *criminal* responsibility, if they knew or had *reason to know*, under the *circumstances of the time*, that the subordinate was committing or was going to commit such a crime and if they did not take all *necessary* measures within their *power to prevent or repress* the crime». Artículo. 33-2, párr. 3 (énfasis nuestro).

este último es un concepto mucho más amplio y menos preciso. En la medida de lo posible este lenguaje fue adoptado por los estatutos de los Tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas. El artículo 7.º, párr. 3.º del Estatuto del TPIY (116) así como el artículo 6.º, párr. 3.º del Estatuto del TPIR (117) establecen:

«El hecho de que cualquiera de los actos... del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado no eximirá de responsabilidad *penal* a su superior si éste sabía o tenía *razones para saber* que el subordinado *iba a cometer* tales actos o *los había cometido* y no adoptó las medidas *necesarias y razonables* para impedir que se cometieran o para castigar a quienes los perpetraron» (118).

Además, los Estatutos omiten la referencia temporal que establece «en las circunstancias del momento» e introduce la siguiente modificación con respecto a la obligación del superior para intervenir: mientras que de acuerdo con el artículo 86, párr. 2 del PA I la intervención debe tener lugar cuando el subordinado «estaba cometiendo» o «iba a cometer» una infracción, de acuerdo con el artículo 7.º, párr. 3 del Estatuto del TPIY y el artículo 6, párr. 3 del Estatuto del TPIR, la intervención debe tener lugar cuando el subordinado «iba a cometer» un crimen o «los había cometido». Debe recordarse, sin embargo, que el artículo 87, párr. 3.º del PA I contempla un lenguaje similar refiriéndose a los crímenes que los subordinados «han cometido». En todo caso, este cambio afecta el *actus reus* de la infracción, ya que se supone que la reacción del superior a la comisión de un delito del subordinado depende del tiempo del mismo. Este es otro problema que requiere de un análisis más detallado. Además, los Estatutos establecen el requerimiento de que el superior tome las medidas «necesarias y razonables», lo que agrega aún otra calificación a la forma en la cual el responsable debe actuar. Por otra parte, los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* omiten la referencia de las medidas «que estén a su alcance», de tal manera que así parece extenderse más la responsabilidad penal del superior.

(116) Para la versión inglesa: SC Res. 827 (25 de mayo de 1993), reimpresso en: 32 ILM, 1993, p. 1159. Véase también <<http://www.un.org/icty/basic.htm>>.

(117) Para la versión inglesa: SC Res. 955 (8 de noviembre de 1994), véase <<http://www.ict.org>>.

(118) «The fact that any of the acts... of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of *criminal* responsibility if he knew or had *reason to know* that the subordinate was *about to commit* such acts or *had done so* and the superior failed to take the *necessary* and *reasonable* measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof.» Énfasis nuestro.

3. Aspectos del Derecho comparado

Las normas que tratan el principio de responsabilidad del superior, se pueden encontrar por lo general en el derecho nacional militar. Ellas son, como lo ha afirmado Röling, «la consecuencia lógica de la obligación de todos los Estados de asegurar el respeto a las leyes de la guerra» (119). Dado que el PA I ha sido ratificado por más de 150 países (120), es de esperarse que estos Estados, al menos de conformidad con sus obligaciones internacionales, incorporen las normas sobre responsabilidad del superior en su Derecho nacional. Así, los puntos de vista mantenidos en esta contribución pueden ser limitados a unos pocos sistemas legales. Luego consideraremos los problemas paralelos relativos a la responsabilidad de los empleados que se presentan en el contexto del Derecho penal económico.

a) DERECHO MILITAR

La disposición citada con más frecuencia es el Manual Militar de Operaciones 27-10 del Ejército de los EE.UU., el cual establece:

«Una responsabilidad de tal naturaleza [de un comandante] se genera cuando directamente los actos en cuestión han sido cometidos de acuerdo con una orden... el comandante es también responsable si tiene conocimiento efectivo o *debiera haberlo tenido, a través de los informes* recibidos por él o *a través de otros medios* de que las tropas u otras personas sujetas a su control van a cometer o han cometido un crimen de guerra y él omite tomar las medidas necesarias y razonables para impedirlos o para reprimir a los autores de esas violaciones» (121).

(119) «The logical consequence of the duty of every State to ensure respect for the laws of war.» RÖLING, «Criminal responsibility for violations of the Laws of War», *Revue Belge de Droit International*, vol. XII, 1976, pp. 8-26, p. 16.

(120) En septiembre de 2000 el número de ratificaciones era de 155 <www.icrc.org>.

(121) «Such a responsibility [of a commander] arises directly when the acts in question have been committed in pursuance of an order... The commander is also responsible if he has actual knowledge, or *should have knowledge, through reports* received by him or *through other means*, that troops or other persons subject to his control are about to commit or have committed a war crime and he fails to take the necessary and reasonable steps to insure compliance with the law of war or punish violators thereof...». Departamento del Ejército, Field Manual 27-10: The Law of Land Warfare, párr. 501, 1956 [hereinafter FM 27-10]. Énfasis nuestro. Cfr. RÖLING, *supra* nota 118, p. 16; CROWE, pp. 223-24; E. O'BRIEN, p. 288. Para las críticas al derecho de los EE.UU. véase HESSLER, p. 1287 ss. Sobre derecho norteamericano posterior a la Segunda Guerra Mundial, véase Law Reports TWC, vol. III, p. 103 ss.

No debe pasarse por alto, sin embargo, que el Manual Militar de Operaciones no tiene fuerza jurídica vinculante; sólo constituye una «guía autorizada» (122). Más aún, el propio Departamento Militar consideró que el estándar «debió haber conocido» es muy amplio (123). En cuanto al grado del comandante, el Ejército enfatiza las obligaciones en concordancia con el entrenamiento recibido por cada uno de las personas que están en la cadena de mando, no obstante los diferentes niveles y responsabilidades que existen dentro de la estructura (124).

El manual *británico* de la ley militar emplea la misma redacción con una ligera variación al final que dice: «... y si él deja de emplear los medios a su disposición para asegurar el cumplimiento de las leyes de la guerra» (125).

En *Francia*, la ordenanza del 28 de agosto de 1994 relativa a la represión de crímenes de guerra, no establece una regla concreta, pero reconoce, al menos, la responsabilidad del superior en el artículo 4.º de la siguiente manera:

«Cuando el subordinado es perseguido como el verdadero perpetrador del crimen de guerra, pero sus superiores no pueden ser sindicados como igualmente responsables, ellos deben ser considerados cómplices, en tanto y en cuanto hayan organizado o tolerado los actos criminales de los subordinados» (126).

En *Alemania* el artículo § 357, párr. 1, numeral 3.º del Código Penal (*Strafgesetzbuch-StGB*) sanciona al superior que intencional-

(122) Manual Militar de Operaciones («Field Manual»), *op. cit.*, 3.

(123) US Dept. Of Army, Pamphlet núm. 27-1-1, Protocolos a la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949, p. 65. Ver también ECKHARDT, p. 18.

(124) Véase W. O'BRIEN, p. 640.

(125) «And if he fails to use the means at his disposal to ensure compliance with the law of war». Great Britain War Office, *The Law of War on Land: Being part 3 of the Manual of Military Law*, párr. 631, 1958; véase también párr. 507 b. Cfr. RÖLING, *supra* nota 118, p. 16; GREEN, 1995, p. 343.

(126) «Lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal d'un crime de guerre et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent être recherchés comme coauteurs, ils sont considérés comme complices dès la mesure où ils ont organisé ou toléré les agissements criminels de leurs subordonnés». Pelletier/Perfetti (eds.), *Code Pénal 1998-1999* (1998), pp. 1118-19. En inglés en *Law Reports TWC*, vol. III, p. 94: «Where the subordinate is prosecuted as the actual perpetrator of a war crime, and his superiors cannot be indicted as being equally responsible, they shall be considered as accomplices in so far as they have organised or tolerated the criminal acts of the subordinates.»

mente «permita que se realice un acto ilícito a través de sus subordinados». El artículo 41 del Código Penal Militar (*Wehrstrafgesetz-WStG*) sanciona al superior que incumpla con el deber de supervisar o delegar apropiadamente la supervisión de sus subordinados y, por consiguiente, cause una grave consecuencia, por ejemplo, la comisión de un delito por parte de los subordinados. La norma es un delito propio de omisión (*Echtes Unterlassungsdelikt*) (127) que consiste en dos actos: el incumplimiento de supervisar debidamente y la generación de una consecuencia grave (128). El último implica que el incumplimiento de supervisión debe haber causado la ocurrencia de la consecuencia grave; esto es, la consecuencia grave no hubiese ocurrido si el superior hubiera cumplido con su obligación de supervisión (129). La obligación de supervisión corresponde a la competencia para dar órdenes (130). Si el superior delega esta obligación en otro superior (normalmente su subordinado), él debe garantizar que este superior está adecuadamente instruido y es capaz de cumplir con el deber de supervisión (131). Así, puede decirse que la obligación de supervisión se convierte en una obligación de selección acertada, instrucción y control de seguimiento. La obligación de supervisión está basada sobre el § 10, 2 de la Ley Militar alemana (*Soldatengesetz-SG*) (132). Se reconoce generalmente que este deber crea la obligación para el superior de impedir la comisión de delitos por parte de sus subordinados (133). De acuerdo con el § 1, 4 de la SG, un superior es cualquier persona que puede dar órdenes a un subordinado. En cuanto al criterio del *mens rea*, el § 41 del WStG exige al menos una negligencia grave (*Leichtfertigkeit*) con respecto a la violación del deber de supervisión y una negligencia (*Fahrlässigkeit*) con respecto a la causación de la consecuencia grave (134).

Finalmente, el § 28 ss. del Código Disciplinario Militar (*Wehrdisziplinarordnung*) contienen reglas sobre el ejercicio de la competencia

(127) Cfr. SCHÖLZ/LINGENS, *WEHRSTRAFGESETZ* (1988), § 41 núm. 2, p. 17. La conducta activa está correspondientemente cubierta por el § 33 y 34 *WStG* el cual sanciona la tentativa de inducción del subordinado por el superior para cometer un crimen.

(128) *Ibid.*, núm. 2.

(129) *Ibid.*, núm. 13.

(130) *Ibid.*, núm. 7.

(131) *Ibid.*, núms. 9, 11.

(132) Cfr. SCHERER/ALFF, *Soldatengesetz. Kommentar*, 1988, § 10 núm. 7; STAUF, *Soldatengesetz. Taschenkommentar*, 1998, § 10 núm. 3.

(133) Explícitamente STAUF, *supra* nota 129 núm. 3; Véase SCHERER/ALFF, *supra* nota 128, núm. 8.

(134) SCHÖLZ/LINGENS, *supra* nota 124, § 41 núm. 2, 16.

disciplinaria del superior. De acuerdo con el § 28, 1, el superior debe iniciar una investigación y aclarar la situación fáctica referente a la existencia de una sospecha sobre la comisión de una falta disciplinaria. De ser necesario, el superior debe imponer una sanción disciplinaria o someter el asunto a la competencia de las autoridades encargadas de ejercer la acción penal (§ 29) (135).

b) ASPECTOS RELACIONADOS CON EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Desde el punto de vista comparativo vale la pena hacer mención de los intentos de esbozar un proyecto de Código Penal Europeo Tipo. Estos esfuerzos están aún limitados al Derecho penal económico, más concretamente, a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. La propuesta correspondiente del *Corpus Juris*, establece en el artículo 13 1:

«Si uno de los delitos anteriormente descritos... ha sido cometido..., el jefe de los negocios es también penalmente responsable, y cualquier otra persona con poderes de control o de decisión en el marco de los negocios, si él ha dado órdenes con conocimiento de causa, ha permitido que el delito sea cometido o ha omitido ejercer la supervisión necesaria» (136).

(135) Véase también WOLFRUM, *supra* nota 106, párr. 1213, p. 434.

(136) «If one of the offences defined above... has been committed..., the head of the business is also criminally liable, and any other person with powers of decision or control within the business, if he has knowingly given orders, allowed the offence to be committed or *omitted to exercise the necessary supervision*». Delmas Marty (ed.), *Corpus Juris*, 1997, p. 68 (énfasis nuestro). Véase también la más reciente versión del artículo 12, en: DELMAS-MARTY/VERVAELE (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States*, vol. I, Antwerp *et al.*, 2000, p. 193:

«1) If one of the offences under Artículo 1 to 8 is committed for the benefit of a business by someone acting under the authority of another person who is the head of the business, or who controls it or exercises the power to make decisions within it, that other person is also criminally liable if he *knowingly* allowed the offence to be committed.

2) The same applies to any public officer who *knowingly* allows an offences under Artículo 1 to 8 to be committed by a person under him.

3) If one of the offences under Articles 1 to 8 is committed by someone acting under the authority of another person who is the head of a business, or who controls it or exercises the power to make decisions within it, that other person is also criminally liable if he *failed to exercise the necessary supervision*, and his failure facilitated the commission of the offence.»

También una propuesta alternativa, elaborada por el profesor Tiedemann (137), es de particular interés, ya que está basada sobre un estudio comparativo de la doctrina penal europea sobre la omisión que toma en cuenta aspectos de la teoría angloamericana del «vicarious liability», de la doctrina francesa de la «responsabilité du fait d'autrui» y de la doctrina alemana sobre la posición del garante (138). En efecto, esta propuesta está basada sobre el § 130 de la Ley alemana de infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeitengesetz-OwiG*), la cual sanciona al propietario de la empresa si él viola el deber de supervisión en el ámbito de las personas jurídicas. Esta disposición es estructuralmente similar a las normas sobre responsabilidad del superior en el sentido en que se hace al superior responsable por una omisión; por consiguiente, la doctrina del § 130 *OwiG* y la responsabilidad de los empleados puede ser análogamente aplicada en forma general al concepto de responsabilidad del superior. El § 130 *OwiG*, tal cual el § 41 *WStG*, están considerados como un delito propio de omisión (139). La obligación del propietario de una empresa (y otras personas responsables dentro de la compañía) (140) proviene de su posición, la cual se asimila a la del «garante»; esta posición, a su vez, se desarrolla a partir de los varios deberes de cuidado que ellos están legalmente obligados a cumplir (141). El objeto del delito es el incumplimiento del propietario de la empresa de ejecutar las medidas necesarias de supervisión. Este incumplimiento permite que ocurran infracciones de las obligaciones generales de la empresa hacia el público. Esas infracciones son cometidas por los subordinados quienes no son ade-

(137) El profesor Tiedemann era uno de los miembros del grupo de expertos que elaboró el proyecto de *Corpus Juris*.

(138) Esta disposición establece:

«1) Whoever must legally guarantee that another person does not commit a criminal act will be punished as a perpetrator if he knew of the commission and could have prevented or impeded it.

2) The following persons, in particular, are responsible according to paragraph (1):

a) Members of a government, public officials and soldiers for acts that have been committed by subordinates (*Weisungsbhängige, Untergebene oder Befehlsempfänger*);» véase TIEDEMANN, pp. 505-6, 511 (§ e párr. 1 y 2 de la propuesta; traducidos por el autor). Véase también TSOLKA, *Der allgemeine Teil des europäischen supranationalen Strafrechts iwS*, 1995, pp. 268 ss. (279; 280-81).

(139) GÖHLER, *Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*, 1998¹², § 130 núm. 9; ROGALL, p. 588.

(140) Véase GÖHLER, *supra* nota, núm. 4 ss.

(141) *Ibíd.*, núm. 2. ROGALL, p. 613 ss. Este autor argumenta acertadamente que el propietario de una empresa tiene la posición de un garante.

cuadramente supervisados. Así, la omisión del propietario causa la realización de un peligro concreto inherente al trabajo y al funcionamiento de la empresa (lo cual implica que la empresa opera en un tipo de negocios que es ínsitamente peligroso). La realización de este peligro no es un elemento del delito, sino solamente una condición objetiva de punibilidad del propietario (*objektive Strafbarkeitsbedingung*) (142). En este sentido podemos hablar de un delito de peligro concreto (*konkretes Gefährungsdelikt*) (143).

Si el propietario delega su obligación en otro personal de la empresa, él es el responsable por la apropiada selección y supervisión de estas personas. Esta obligación disminuye en la medida en que se incrementa el nivel de cualificación de los delegados (144). La relación *causal* entre la falta de supervisión y la infracción existe si la supervisión adecuada con mayor probabilidad hubiese impedido la infracción o al menos hubiese tenido mayor dificultad para realizarse. Así, la fórmula generalmente reconocida de la *conditio sine qua non* —en la doctrina angloamericana también conocida como test «but for» (145)— es aplicada en una versión más amplia, ya que algún incremento probable del riesgo (*Risikoerhöhung*) causado por la ausencia de la propia supervisión se considera suficiente (146).

En lo que se refiere al *mens rea*, el propietario debe actuar intencionalmente o negligentemente con respecto al elemento de omisión del delito, por ejemplo, con respecto a su incumplimiento de supervisión adecuada y las posibles consecuencias que de allí se deriven. Sin embargo, el propietario no necesita prever que una cierta infracción

(142) RÖTBERG, *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. Kommentar*, 1975, § 130 núm. 8. Crítico SCHÜNEMANN, p. 48.

(143) GÖHLER, *supra* nota 136, núm. 9; ROGALL, pp. 599-600. Este último, sin embargo, limita más la responsabilidad del propietario por considerar las infracciones cometidas por los subordinados no solamente como una condición de la responsabilidad del propietario, sino como el punto exclusivo de referencia de su omisión (Ibíd., pág. 591). Además, establece una relación específica entre la omisión y la violación (Ibíd., p. 595).

(144) GÖHLER, *supra* nota 136, nm 11; ROGALL, p. 603.

(145) Cfr. FLETCHER, *Basic Concepts of Criminal Law*, 1998, pp. 62-3

(146) GÖHLER, *supra* nota 136, núm. 17; 22; RÖTBERG, *supra* nota 139, núm. 12. Véase también SCHÜNEMANN, p. 45; críticamente ROGALL, p. 608, pero en la última parte, p. 610 ss., en favor. El último (p. 613) argumenta en favor de un nexo estricto entre la omisión y la realización del peligro, es decir, la infracción debe aparecer como realización del peligro que el propietario hubiera prevenido a través de su obligación de supervisión (*Gefahrverwirklichungszusammenhang*). Véase también SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 120: causalidad limitada por y basada sobre el fin protector de la norma («schutzzweckkongruente Kausalität»).

será cometida como consecuencia de la falta de supervisión (147). Aun así, este umbral bajo es altamente sospechoso desde el punto de vista de los principios de culpabilidad (*Schuldgrundsatz*) e igualdad (*Gleichheitsgrundsatz*) (148).

Por lo demás, la construcción de la norma como una infracción imprudente (*negligent*) al deber de supervisión señala su subsidiariedad con respecto a cualquier otra conducta del propietario que constituya participación *intencional* en los delitos cometidos. En otras palabras, si el propietario participa a título personal en una infracción, es responsable penalmente por esta participación, pero no por el —menos grave— incumplimiento del deber de supervisión, en el cual su participación también pueda estar implicada (149).

Finalmente, resulta digna de atención la Resolución II.1 de la sesión I del XVI Congreso Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) realizado en Budapest en el año 1999, el cual ya ha enfatizado tanto la importancia, como la dificultad, de establecer la responsabilidad penal de los superiores u «hombres de atrás» (*Hintermänner*).

«En razón de que a menudo es difícil probar que los líderes y los miembros de grupos criminales organizados han efectivamente participado en la comisión de ciertos delitos, las formas tradicionales de comisión y la responsabilidad penal accesoria pueden ser insuficientes para hacer que estos individuos respondan penalmente. En cuanto a las categorías del derecho tradicional de autoría y complicidad juzgadas como insuficientes, se debería considerar una cautelosa modernización basada sobre el principio de responsabilidad organizacional. En las organizaciones estructuradas jerárquicamente, las personas con capacidad de decisión y control pueden ser responsables por actos de otros miembros bajo su control si ellos han *ordenado* que estos actos sean cometidos o han *omitido conscientemente* impedir su comisión» (150).

(147) GÖHLER, *supra* nota 136, núm. 9, 16 a; ROTBERG, *supra* nota 139, núm. 16; ROGALL, pp. 588-89; 600-01.

(148) Véase SCHÜNEMANN, p. 49; también ROGALL, p. 591, 597, 607 quien argumenta una interpretación compatible con el principio de culpabilidad.

(149) GÖHLER, *supra* nota 136, núm. 25 ss.; también ROTBERG, *supra* nota 139, núm. 16, FERNER, Ordnungswidrigkeitengesetz. Kommentar, vol. II (panfleto, 47.º puesta al día, febrero de 1999) § 130 núm. 2; ROGALL, p. 620.

(150) «Because it is often difficult to prove that leaders and members of organised criminal groups have actually participated in the perpetration of particular offences, traditional forms of perpetration and accessorial liability can be insufficient to make these individuals accountable. To the extent the traditional law of perpetratorship and complicity is deemed insufficient, one should consider a cautio[u]ns

c) CONCLUSIONES PRELIMINARES

A la luz de las fuentes que hemos analizado aquí no cabe duda de que la doctrina de la responsabilidad del superior, que fue reconocida por primera vez en el caso *Yamashita* (151) es un principio bien establecido del Derecho internacional consuetudinario (152). Sin embargo, *Yamashita* también aclaró que los superiores no deben ser tenidos por responsables en contravención a los requerimientos de culpabilidad personal. Desde la perspectiva de un Derecho penal internacional compatible con los principios generales de los derechos humanos y los principios generales del Derecho penal, este principio es de la mayor importancia y no puede ser subestimado. Además, una serie de obligaciones excesivas impuestas a los superiores puede también llevar a indeseables reacciones, tal como fue demostrado en el caso del *Capitán Rockwood* (153).

Estas reflexiones pueden, en parte, explicar por qué los esfuerzos que se han seguido para desarrollar la doctrina de la responsabilidad del superior se han localizado en los requerimientos del dolo (*mens rea*). A partir de estos esfuerzos es claro que el *mens rea* no puede establecerse sobre la base de una teoría estricta de la responsabilidad o en la teoría del «vicarious liability» (154) —como fue observado por algunos en el caso *Yamashita*— ni puede ser requerido un conocimiento efectivo, como en los casos del *Alto Comando* y *My Lai*. Más bien, el nuevo criterio del «debió saber» («should have known») tal y como se desarrolló en el caso *Rehenes* fue tomado en

modernisation based on the *principle of organisational responsibility*. In hierarchically structured organisations, persons with decision and control power can be made responsible for acts of other members under their control if they have *ordered* these acts to be committed or have *consciously omitted* to prevent their commission.» Énfasis nuestro.

(151) Cfr. PARKS, p. 37; LEVIE, p. 6. Esto es igualmente admitido por los críticos, véase LANDRUM, p. 298.

(152) Véase también GREEN, 1995, p. 350, 371; LEVIE, p. 12.

(153) Cfr. E. O'BRIEN, *passim*: *Rockwood*, interpretó erróneamente su responsabilidad de mando y trató de impedir directamente presuntos abusos por parte de los soldados haitianos en la Cárcel Nacional de Puerto Príncipe, en vez de permanecer en su lugar, cumpliendo con sus obligaciones e investigando el asesinato de haitianos por parte de compatriotas.

(154) Para más argumentos en contra de la teoría estricta de la responsabilidad, en comparación con el derecho ambiental de los EE.UU., WÜ/KANG, pp. 279-282 en particular porque los crímenes correspondientes no son delitos de estricta responsabilidad. Véase también PARKS, *passim* y p. 103. Contra la teoría del «vicarious liability» (*pour le fait d'autrui*) véase también el alegato de la defensa en ALEKOSOVSKI, *supra* nota 63, párr. 72.

las negociaciones del PA I (155) y reemplazado por el criterio de «motivos para conocer» («had reasons to know») de la ILC y los estatutos del TPIY y TPIR, así como por la decisión *Delalić et al.* del TPIY. En este sentido se puede identificar un consenso en los esfuerzos de codificación posteriores a la Segunda Guerra Mundial, aunque el concepto es todavía susceptible de clarificación y depuración (156).

En suma, las críticas de los Tribunales para Crímenes de Guerra de las Naciones Unidas (U.N.W.C.C.) en 1949, según las cuales «los principios que gobiernan este tipo de responsabilidad... aún no están establecidos» (157) no han perdido completamente su validez, en particular con respecto a los problemas de Derecho penal inherentes a la doctrina (158).

A pesar de la aplicación recurrente de la doctrina desde la Segunda Guerra Mundial, en particular con respecto al elemento subjetivo, sus componentes no han sido definidos en forma suficientemente precisa como para disipar las dudas en relación con el principio *nullum crimen* tal y como quedó estipulado en el Estatuto de Roma (arts. 22 y 24) (159), especialmente frente a sus requerimientos de exactitud y limitación jurídica (160). Esto ha dado por resultado que el efecto disuasivo de la doctrina sea débil (161).

A luz de estas conclusiones, la parte central de este documento intenta desarrollar más los elementos de la doctrina y reducir su ambigüedad.

(155) Cfr. CROWE, p. 225 y *supra* nota 103.

(156) Así, la afirmación de HESSLER (p. 1281) según la cual no existe un consenso en la jurisprudencia de la post-guerra con respecto al elemento subjetivo, no es completamente correcta si uno tiene en cuenta los esfuerzos de codificación.

(157) Véase *supra* nota 52.

(158) Véase DE PREUX, núm. 3527.

(159) Sobre este principio, véase Ambos, «General Principles of Criminal Law» in *the Rome Statute*, CLF, 10 (1999) *Actualidad Penal* 44, pp. 4-6 con más referencias.

(160) Cfr. HESSLER, p. 1288: «este cuerpo de leyes es demasiado inexacto e inconsistente... produce problemas de vaguedad constitucional» («this body of law is too inexact and inconsistent... raises problems of unconstitutional vagueness»), caso § 130 *OwiG*; véase ROGALL, p. 591; SCHÜNEMANN, p. 48.

(161) Cfr. *Ibid.*

III. ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE ROMA

1. Descripción de la norma y comparación con las anteriores codificaciones

La disposición (162), objeto de intensas negociaciones y acuerdos delicados (163), distingue entre la responsabilidad del superior, comandante militar (*de facto*) (párr. a) y otras, como por ejemplo, superiores no militares o civiles (párr. b). Como ya lo hemos observado, las codificaciones anteriores o proyectos, en particular el artículo 86, (2) del PA I, no hacen esta distinción, por lo menos no explícitamente, pues solamente se refieren al «superior», dejando abierta la discusión sobre la condición civil o militar. La distinción en el Estatuto de Roma fue inspirada por una propuesta proveniente de la delegación de los EE.UU., cuyo objetivo fundamental era introducir niveles de exigencia distintos en el plano *subjetivo* para la responsabi-

(162) Artículo 28 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional («Responsabilidad de los jefes y otros superiores»):

«Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

1. El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

a) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

b) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

2. En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

a) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;

b) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y

c) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.»

(163) UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1, p. 2. Véase también SALAND, p. 202 ss.; SCHABAS, *supra* nota 16, p. 417.

lidad de los militares y de los civiles (164). De acuerdo con la propuesta, los comandantes militares serían responsables —con arreglo al criterio reconocido— por el conocimiento o negligencia («debió haber conocido»), mientras que para los superiores civiles era exigible únicamente el conocimiento. Sin embargo, el alto umbral exigido para los últimos, no fue aceptado por la mayor parte de las delegaciones que participaron en las discusiones informales. Una contrapropuesta informal proveniente de Argentina, Canadá y Alemania se mostró partidaria de un criterio de negligencia para ambos casos (165). Las posiciones opuestas fueron finalmente conciliadas en las consultas informales dirigidas por Canadá, en una fórmula compromisoria, que reemplazó el criterio de negligencia para los superiores civiles por la redacción «deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que le hubiera permitido concluir (claramente) en las circunstancias del momento que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos...» (166). Después, en una versión posterior, la redacción fue simplificada a «deliberadamente hubiera hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos» (167). Así, una nueva fórmula fue inventada para el requerimiento del propósito doloso (*mens rea*) de los superiores civiles, con lo cual se enfatiza la mayor diferencia entre su responsabilidad y la responsabilidad de los superiores militares (168). En lo que concierne a los aspectos de permanencia del elemento subjetivo (*mental element*), el Estatuto de Roma acepta la tradicional restricción temporal en «las circunstancias del momento» [art. 86, (2) del PA I], únicamente con respecto a los superiores militares empleando la frase «en razón de las circunstancias del momento». Con respecto a los superiores no militares, esta referencia se omite por completo, análogamente a los Estatutos del TPIY y TPIR. Sin embargo, resulta evidente que el *mens rea* pueda probarse únicamente con respecto al tiempo de la comisión de los crímenes realizados por los subordinados; por esa razón, siempre han de ser tenidas en cuenta. En este sen-

(164) UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.2 (1998); también SALAND, p. 204.

(165) Propuesta de Argentina, Canadá y Alemania, 17 de junio de 1998 en la que participó el autor.

(166) UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.7 (1998). La palabra «claramente» fue introducida posteriormente en el documento de trabajo oficial.

(167) UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.7/Rev. 1 (1998).

(168) BASSIOUNI, *supra* nota p. 422, explica el estándar más estricto para militares por dos razones políticas: la necesidad de mantener un estándar más alto de disciplina en una estructura militar y la inefectividad de la disuasión.

tido, la referencia explícita es redundante. En lo que concierne al objeto del conocimiento (posible) del superior, la expresión «se proponían cometerlos» prevalece sobre la expresión «iban a cometer». De nuevo, esta fórmula, refleja la redacción de los Estatutos del TPIY y TPIR, reemplazando la redacción del PA I que propuso la ILC en los proyectos de códigos.

En lo que respecta al *actus reus* del artículo 28 del Estatuto de Roma, comparado en los puntos identificados en las codificaciones precedentes, presenta cinco elementos objetivos:

- El perpetrador o agente del delito es un militar (de facto) o *superior* no-militar (civil) que tiene «fuerzas» o «subordinados» bajo su mando; no existe una descripción más precisa o delimitación del status del sujeto activo dentro de la jerarquía militar; cualquier clase de «*superior y relación de subordinación*» parece ser suficiente.
- El «mando y control», en el caso del superior militar, o la «autoridad y control» en el caso de ambos tipos de superiores, sobre los subordinados debe ser «efectivo»; este requerimiento restrictivo de la responsabilidad del superior está reafirmado con respecto al superior civil, quien debe, además, tener «responsabilidad efectiva y control» sobre las actividades que guarden relación con los crímenes.
- Los crímenes cometidos por los subordinados deben ser un «resultado» del incumplimiento del superior de ejercer control adecuado sobre ellos; este elemento puede ser denominado «requerimiento causal».
- La falta del superior al no tomar las «medidas *necesarias y razonables* que estén a su alcance» contra los crímenes cometidos; el alcance para tomar estas contramedidas obviamente se deriva del control «efectivo».
- Las medidas se adoptan para «prevenir o reprimir» la comisión de crímenes, o para que el superior ponga «el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento»; la última opción no estaba contenida en las codificaciones precedentes.

Si estos requerimientos son cabalmente cumplidos, y el superior tenía el necesario *mens rea*, su responsabilidad se concreta. Así, el Derecho penal internacional no parece interesarse más por las posibles sanciones disciplinarias, tal y como originariamente lo establecía el artículo 86, (2) del PA I.

En la siguiente sección, los elementos objetivos y subjetivos del delito han de ser analizados con mayor detalle, comenzando con algunas consideraciones generales.

2. Análisis crítico e interpretación

a) CONSIDERACIONES GENERALES

La responsabilidad del superior se establece por *omisión*. El superior es sancionado por el incumplimiento de supervisión de los subordinados y por no «prevenir» o «reprimir» la comisión de sus atrocidades. Esta clase de responsabilidad penal –por omisión– es única en el Derecho penal internacional. Una disposición general que definía el acto y/o omisión propuesta en el proyecto de Estatuto (169) fue suprimida en Roma (170). La razón que se argumentó, *inter alia*, fue que el artículo 28 solamente creaba y crearía responsabilidad penal por omisión (171). Los delegados secundaron la perspectiva francesa que rechaza la responsabilidad general por omisión impropia (*commission par omission*) debido a una interpretación estricta del principio de legalidad (172). En efecto, si el deber de actuar (*Garantenpflicht*), el cual justifica la equivalencia moral entre la falta para prevenir el daño y la efectiva causación del daño, no estaba regulado por la Ley, sino solamente soportado por precedentes judiciales y reflexiones académicas, su compatibilidad con un estricto requerimiento de legalidad resultaba más que incierta (173).

El artículo 28 puede ser caracterizado como un delito propio de omisión (*echtes Unterlassungsdelikt*) (174) ya que él hace responsable

(169) Draft Statute for the International Criminal Court, *supra* nota 5, artículo 28.

(170) U.N. Doc. A/CONF.183/C.1/WGGP/L.4/Add.1 (1998).

(171) EDWARD WISE, Model Draft Statute for the International Criminal Court based on the Preparatory Committee's text to the Diplomatic Conference, Roma, 15 de junio al 17 de julio de 1998, Sadat Wexler (ed.), 1998, pp. 48-50, eran partidarios de una norma general sobre omisión.

(172) Véase PRADEL, *Droit pénal comparé*, 1995, p. 233 ss. (236). La posición francesa puede ser explicada por la importancia histórica de la libertad individual y sólo el lento reconocimiento del principio de solidaridad que gradualmente permitió delitos específicos (genuinos) de omisión, por ejemplo, artículo 223-6 (2) CP: «no asistencia a persona en peligro» («non-assistance à personne en péril»).

(173) Véase la discusión crítica de FLETCHER, Concepts, *supra* nota pp. 47-8; también las críticas de PRADEL, *supra* nota, pp. 236-37.

(174) Véase para mayor información sobre los terminología y las diferencias entre «echt» y «unecht»: JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1996, pp. 605-08; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 1998, pp. 299-301;

al superior únicamente por la ausencia de supervisión y control propios de sus subordinados, mas no, al menos no «directamente», por los crímenes que ellos cometan. Estos crímenes son «directamente» imputados a los subordinados, mientras que el superior es simplemente responsable por la ausencia de prevención de aquellos que tengan efectiva ocurrencia; esto significa que el superior *no* es responsable por una omisión impropia o –para usar un término más adecuado– por una comisión por omisión (*unechtes Unterlassungsdelikt*). Un clásico ejemplo de aquélla es el acto en el que el padre permite que su niño se ahogue; por consiguiente, el padre sería responsable de un homicidio por omisión. Esta caracterización del artículo 28 se apoya también en el hecho de que disposiciones estructuralmente similares, tales como el artículo 41 del Código Penal Militar Alemán (*WStG*) y el § 130 de la Ley alemana de infracciones administrativas (*OwiG*) también son consideradas como delitos de omisión (175). Finalmente, el artículo 28 es mucho más preciso que las disposiciones generales que estructuran la norma básica de los delitos de comisión por omisión, como por ejemplo el artículo § 13 del Código Penal alemán (176).

El artículo 28 del Estatuto de Roma es un delito de omisión (177) que consiste, a nivel *objetivo*, en el incumplimiento por parte del superior de supervisar apropiadamente a los subordinados. Los crímenes derivados de allí, cometidos por los subordinados no son ni un elemento del tipo, ni una simple condición objetiva de la punibilidad del superior. Más bien, estos delitos constituyen el punto de referencia del incumplimiento de supervisión del superior; de esta forma, existe una relación de causalidad específica entre el incumplimiento de supervisión y la ocurrencia de los delitos (178). A diferencia del caso del propietario de la empresa, el dolo (*mens rea*) del superior no se limita

también PRADEL, *supra* nota 3, pp. 233-34.; KREB, Die Kristallisation eines Allgemeinen Teil des Völkerstrafrechts: Die Allgemeinen Prinzipien des Strafrechts im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, *Humanitäres Völkerrecht* 12, 1999, pp. 4-10 (9) toma el punto de vista, según el cual el artículo 28 es un «*unechtes Sonderunterlassungsdelikt*», es decir, un delito especial de omisión impropia o –mejor expresado– un crimen de comisión por omisión. Como lo demostraremos en esta contribución, este punto de vista no es acertado.

(175) Véase *supra* nota 124.

(176) § 13 (1) se lee: «Quien omita evitar un resultado que pertenezca al tipo de una ley penal sólo incurre en un hecho punible conforme a esta ley, cuando debe responder jurídicamente para que el resultado no se produzca, y cuando la omisión es equivalente a la realización del tipo legal mediante una acción». Traducción de Claudia López, (Código Penal alemán, Universidad Externado de Colombia, 1999).

(177) Cfr. WU/KANG, p. 289.

(178) Véase la interpretación similar de § 130 *OwiG supra* II. 3. b) así como *infra* b) cc).

únicamente al incumplimiento de supervisar, el cual crea el riesgo o el peligro de que los subordinados cometan crímenes (179), sino también a los mismos crímenes derivados. Esto claramente se infiere de la redacción del artículo 28 (180). En efecto, el artículo 28 tiene una estructura peculiar en la que el *mens rea* del superior se extiende más allá de su propia falta de supervisión hasta los actos concretos de los subordinados. Esta estructura no es tenida en cuenta por quienes consideran la responsabilidad del superior como una de las modalidades de complicidad (181). Por lo demás, este aspecto no está lo suficientemente reflejado en los antecedentes jurisprudenciales, los cuales, como ha sido mostrado antes (182), normalmente no hacen una distinción clara entre la responsabilidad penal de los cómplices y la responsabilidad penal por el incumplimiento de supervisar. Sin embargo, la responsabilidad simultánea puede plantearse conceptualmente, únicamente si el objeto mental de la responsabilidad del cómplice y la responsabilidad por omisión son las mismas, esto es, los crímenes cometidos por los subordinados. Dada la estructura del delito, éste no es normalmente el caso: en el caso de la responsabilidad del superior el objeto *principal* del delito es el incumplimiento del superior de supervisar apropiadamente y en consecuencia, su *mens rea* necesita extenderse a este incumplimiento; por el contrario, en el caso de la complicidad, el superior se hace parte en el delito de los subordinados y debe compartir el *mens rea* de los subordinados, es decir, debe tener *mens rea* acerca de su *propia* contribución en relación al delito principal. Si éste es el caso, entonces el superior podría ser responsable a título de cómplice; en tales casos, la responsabilidad del superior sería subsidiaria (183).

Adicionalmente, la peculiar estructura de la responsabilidad del superior conduce a una contradicción evidente entre la conducta *negligente* (imprudente) del superior y la *intención* (dolo directo) de

(179) Véase *supra* II. 3., notas 123, 136 y texto que acompaña. De manera similar WU/KANG, p. 289.

(180) Véase *supra* nota 151 e *infra* 3.

(181) Véase más recientemente a FENRICK, 1999, núm. 2; BANTEKAS, p. 577. De manera contradictoria WU/KANG, quien argumenta, por una parte, responsabilidad a título de complicidad (p. 278 ss.) y continúa, por otra parte, con el punto de vista expresado en este artículo (p. 289).

(182) Véase AMBOS *supra* nota 156, p. 20. Los antecedentes jurisprudenciales sostienen que el superior, o es responsable a título de cómplice (ayudando o incitando) por, al menos psicológicamente, encubrir o apoyar las tropas, o por faltar a impedir los crímenes sobre las bases de la responsabilidad del superior.

(183) Véase un punto de vista idéntico con respecto al § 130 *OwiG supra* II.3, notas 144-46 que acompañan el texto.

los subordinados en cuanto a la comisión de los delitos. En tal caso estamos tratando, como correctamente lo ha puntualizado (184) Schabas con la comisión de «un crimen de intención por negligencia» (185): el superior incumple *negligentemente* su deber de supervisión apropiada de los subordinados quienes cometen sus delitos *dolosamente*, en el sentido expresado por el artículo 30 del Estatuto de Roma. De esta manera, se plantea la cuestión de cómo los delitos dolosos de los subordinados pueden ser imputados directamente al superior. En tales casos, debería considerarse una disminución del grado de punibilidad, toda vez que la conducta del superior resulta menos lesiva que en el caso de las conductas dolosas, esto es, si el superior está enterado de la comisión de delitos por parte de los subordinados. En efecto, sería más lógico *no* considerar al superior responsable penalmente por los crímenes dolosos de sus subordinados, pero esta solución es incompatible con —de hecho contradice— la letra del artículo 28. En lo que respecta a la clasificación de la conducta del superior en semejante supuesto, el superior puede ser considerado un simple cómplice (partícipe) por omisión respecto de los crímenes de los subordinados, según lo dispuesto en el artículo 25 (3) (c), ya que la complicidad exige intención (art. 30) y aquél sólo actúa negligentemente. De allí que, de hecho, el superior es responsable por una mera falta negligente de supervisar. Ésta es ciertamente una responsabilidad muy amplia.

La responsabilidad penal del superior por su inacción se establece y se enmarca —a nivel objetivo— en el contexto de la autoridad efectiva y control por parte del superior: la posibilidad de control constituye la base legal y legítima de la responsabilidad del superior; ella justifica su deber de intervención. En efecto, la *Garantenpflicht* tal y como quedó descrita anteriormente se puede inferir directamente del artículo 87 del PA I a los Convenios de Ginebra toda vez que allí se establece la obligación de los comandantes de prevenir los delitos cometidos por sus subordinados. En este sentido, se puede hablar de una obligación de carácter legal, o positiva de actuar, ya que la «obligación de garante» (*Garantenpflicht*) está basada sobre una norma de carácter positivo codificada en un Tratado Internacional, el cual además está

(184) SCHABAS, *supra* nota 16, p. 417.

(185) «A crime of intent by negligence». Véase también el ejemplo dado por HOWARD, «el acto punible en el caso del subordinado es la muerte injusta de... personas, mientras que en el caso del comandante... la omisión negligente... de reprimir el acto del subordinado» («... the punishable act in the case of the subordinate is the unlawful death of the... person whereas in the case of the commander... the negligent omission... to restrain the act of the subordinate...»).

reconocido como derecho consuetudinario. Esta obligación general de actuar se complementa con varias disposiciones específicas de conducta positiva, tales como las que están reglamentadas bajo el PA I (186). Aunque estas disposiciones estaban originariamente dirigidas únicamente a los Estados Partes, ahora pueden ser consideradas como la base de reglas de responsabilidad relativas a la ausencia de actuación individual, en la medida en que la doctrina de la responsabilidad del superior y la mayor parte de las infracciones establecidas por el Derecho de Ginebra (incluido lógicamente el PA I) han sido «individualizadas» por el Estatuto de Roma y por las leyes nacionales que lo han implementado. Como resultado de este trabajo, se ha establecido un marco amplio de la responsabilidad penal que puede ser limitado únicamente, como lo examinaremos posteriormente en detalle, por los elementos de control y el requerimiento del *mens rea* (elemento subjetivo).

Finalmente, si se desea hacer una comparación del concepto de responsabilidad del superior con un acto positivo, se ha de relacionar este concepto desde el punto de vista sistemático con la responsabilidad penal por *ordenar* un crimen. En ambos casos la responsabilidad penal del superior está en juego: en el caso de una «orden» hay responsabilidad por un acto positivo —ordenar cometer un crimen determinado— y en el caso de responsabilidad del superior por su inacción al no impedir la comisión de un crimen. En este sentido, ordenar la comisión de crímenes y faltar al deber de impedirlos, si bien conceptualmente distintos, parecen ser diferentes caras de la misma moneda (187). La similitud práctica de las dos formas de conducta penal están reflejadas también en la jurisprudencia que hemos analizado en este artículo (188). Normalmente los casos de responsabilidad penal del superior están acompañados por órdenes dadas a efectos de realizar ciertos actos; si tales órdenes no pueden ser probadas o atribuidas al acusado, la responsabilidad del superior sirve como una especie subsi-

(186) DE PREUX, núm. 3536; para más fuentes sobre obligaciones de los comandantes, ver BANTEKAS, p. 576-7. Véase para el caso de interpretaciones similares con respecto a la responsabilidad del propietario de la empresa (§ 130 *OwiG*), *supra* nota 142.

(187) Cfr. GREEN (1989), p. 167. Véase también ECKHARDT, p. 4-5; W.H. PARKS, Unas cuantas herramientas en la persecución de crímenes de guerra, *Military Law Review* 149, 1995, p. 73, p. 75.

(188) Véase, por ejemplo, U.S. v. LIST *et al.*, *supra* nota, p. 1257: «los responsables por tales crímenes por ordenarlos o autorizar su comisión, o por no tomar las medidas necesarias...» («Those responsible for such crimes by ordering or authorizing their commission, or by a failure to take effective steps...»).

diaria de la responsabilidad penal (189). De esta manera, el secretario general afirmó, en su informe sobre el establecimiento del TPIY, que una persona en posición de autoridad superior, sería responsable en cualquiera de los dos eventos: por dar una orden ilegal para cometer un crimen, o por faltar a la obligación de impedir la comisión de un crimen (190). La ILC distingue entre una contribución directa e indirecta a la comisión de un crimen (191). En forma similar, una resolución reciente del Congreso de la AIDP reconoció la importancia paralela de ordenar y faltar al deber de impedir delitos en el marco de las organizaciones delictivas (192). Esta resolución también nos recuerda la importancia de la doctrina denominada «dominio en virtud del control de los aparatos organizados de poder» (*Organisationsherrschaftslehre*) con respecto a la atribución de responsabilidad penal por actos positivos dentro de la organización criminal (193). Sin embargo, la diferencia entre ordenar e incumplir para impedir, en términos legales, estriba en el hecho de que la responsabilidad, en el primer caso, está aceptada en el Derecho penal internacional (194), mientras que la segunda aún necesita desarrollarse.

Aunque la responsabilidad del superior es legal y lógicamente concomitante con la justificación de «obediencia a las órdenes del superior» (195), no existe una paradoja entre la responsabilidad paralela del superior por dar una orden ilegal y la de el subordinado por ejecutar esta orden. Este punto de vista, que es defendido por D'Amato y correctamente rechazada por Levie (196), pasa por alto las diferentes formas de participación desarrolladas en la doctrina del Derecho penal, especialmente en el denominado «modelo diferenciado del continente europeo», el cual también está reconocido en el artículo 25 del Estatuto de Roma (197). Una diferenciación de tal naturaleza con res-

(189) Véase también WU/KANG, p. 274.

(190) S/RES 827 (1993), 25 de mayo de 1993, impreso en p. 32, I.L.M. 1203, 1993, párr. 56.

(191) Informe ILC 1996, *supra* nota 100, p. 35, párr. 1. De manera similar WU/KANG, 289: orden como directa responsabilidad del mando; también BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 419.

(192) Véase Resolution II. 1. *supra* nota 139 y texto que la acompaña.

(193) Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1994, pp. 242-52; 653-54. Ya me he referido a la importancia de esta doctrina para el Derecho penal internacional en el artículo «Individual Criminal Responsibility», *supra* nota 74.

(194) Véase BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 441; concurrentemente WU/KANG, p. 272; 289.

(195) BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 420.

(196) Véase bibliografía.

(197) Véase AMBOS, Article 25. Individual criminal responsibility, Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, O. Triffterer (ed.), 1999, núm. 2, p. 7 ss.

pecto a la participación criminal hace perfectamente posible considerar al superior como un cómplice (instigador) o autor indirecto (perpetración por medios) y al subordinado como un autor directo. El hecho de que la orden del superior sea ilegal y, en consecuencia, no fuese ejecutada por el subordinado es solamente una expectativa normativa y no puede absolver al superior de responsabilidad. De otra manera, un delito cometido dentro de la estructura de las relaciones jerárquicas –por ejemplo, el asesinato por parte de un sicario del líder de una revuelta en tiempos de orden– entrañaría impunidad para el «hombre de atrás» cuya conducta es normalmente considerada aún más lesiva que la del perpetrador directo.

b) ACTUS REUS

aa) *El «status» del superior*

La jurisprudencia de Nüremberg limitó la responsabilidad criminal por los actos de otros a los comandantes generales y oficiales, excluyendo al personal militar sin poder de mando (198). Con respecto a la guerra de agresión, el acusado debía ser un «líder» o «ideólogo» o haber pertenecido al «nivel político» (199). El Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente limitó la responsabilidad a los miembros del gabinete (200), la Jurisprudencia del TPIY requirió «una posición de autoridad» (201) o «poder jerárquico» (202). En resumen, los antecedentes jurisprudenciales internacionales no tienen realmente una interpretación unívoca del problema referente a si el superior tiene que pertenecer a cierto nivel jerárquico y, siendo así, a qué nivel. Aunque la jurisprudencia de la posguerra parece limitar la responsabilidad a los jefes o al nivel político, ello excluye implícitamente, y no explícitamente, a los comandantes pertenecientes a este nivel. En Pohl et al. los «staff officers» estaban excluidos, toda vez que ellos no poseían poder de mando.

En cuanto a los esfuerzos de codificación, la ILC claramente afirmó que el artículo 6.º del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 se refiere a cualquier superior en la cadena de mando, y no solamente al superior inmediato dentro de una jerarquía determinada (203). De igual forma, el artícu-

(198) Véase US v. POHL & OTHERS, II. 2. b) *supra* nota 30 ss.

(199) Véase *supra* II. 2.b) aa).

(200) Véase *Ibíd.*, *supra* nota 45.

(201) Véase DELALIC *et al.*, *supra* nota 65 y texto.

(202) ALEKSOVSKI, *supra* nota 64.

(203) Informe ILC 1996, *supra* nota 108, pág 37, párr. 4.

lo 87, 1 del PA I ha sido interpretado como refiriéndose «a todas las personas que hayan tenido responsabilidad de mando, desde los comandantes al más alto nivel hasta los líderes que tienen sólo unos pocos hombres bajos su mando» (204). Esto implica que la relación superior-subordinado exige una cadena de mando (205), pero eso no significa que todas las personas que estén en la cadena sean igualmente responsables sin tener en cuenta las circunstancias concretas y el nivel de la jerarquía que se encuentre involucrada (206), sino que solamente clarifica el concepto de responsabilidad del superior, en el sentido, de que éste no está *per se* limitado a los más altos escalones del mando. Esta observación se sustenta por la redacción de las disposiciones respectivas en otras codificaciones. El artículo 6.º del Proyecto de Código de Crímenes de la ILC de 1996, por ejemplo, se refiere a la responsabilidad de todos los superiores (en plural) por los subordinados que cometan un crimen (207). Análogamente, el artículo 28, b) del Estatuto de Roma se refiere a las relaciones entre superior y subordinado; la más importante característica de esta relación es el poder de mando del superior (control/autoridad) sobre los subordinados, no el rango particular del superior (208).

En otras palabras, el requerimiento mínimo de la responsabilidad de mando es que el superior respectivo tenga *mando* (209). Aunque esto resulta evidente, dado que el término «mando» es parte del mismo concepto, esto no significa necesariamente que el mando acarree responsabilidad. Esta implicación sólo puede ser consecuencia del

(204) «To refer to all those persons who had command responsibility, from commanders at the highest level to leaders with only a few men under their command.». Véase DE PREUX, núm. 3553 citado en Official Records; véase también núm. 3561: «Todo comandante a cualquier nivel tiene la obligación de reaccionar» («Every commander at every level has a duty to react...»). De manera similar PARTSCH, p. 528.

(205) BANTEKAS, pp. 580-1, 584.

(206) DE PREUX, núm. 3554; véase también ROGERS, *Law on the Battlefield*, 1996, p. 142; BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 421. De manera similar RÖLING, *supra* nota 118, p. 15 se muestra partidario de una «responsabilidad especial para la materia en cuestión» («special responsibility for the field in question»).

(207) Véase *supra* II. 1. b).

(208) Cfr. FENRICK, 1999, núm. 4, p. 15. De manera similar, ello se afirmó en *US v. VON LEEB et al.*, *supra* nota, pág 489: «no es el rango o el *status* de una persona, sino su poder para modelar o influir la política de su Estado, lo que es relevante a la hora de determinar su culpabilidad bajo el cargo de crímenes contra la paz» («It is not a person's rank or status, but his power to shape or influence the policy of his state, which is the relevant issue for determining his criminality under the charge of crimes against peace»).

(209) Sobre las fuentes del mando de *iure* véase BANTEKAS, pp. 578-9, quien distingue entre mando político, estratégico, operacional y táctico.

vínculo existente entre los dos, tal como se afirma en el Field Manual de los EE.UU.: «el comandante militar posee completa y total *responsabilidad* por todas las actividades de su unidad» (210). Por otra parte, en el caso de los superiores no militares, el Estatuto de Roma habla de «autoridad y control» y consecuentemente el título del artículo 28 no es «responsabilidad del mando» sino «responsabilidad de los comandantes y otros superiores». Si se desea usar un título más conciso que comprenda ambos tipos de superiores, se podría hablar de «*responsabilidad por la autoridad y control*», ya que este criterio es utilizado para ambos tipos de superiores; una fórmula manejable que ha sido usada a través de este texto podría ser simplemente «responsabilidad del superior». El requerimiento de mando también le da una nueva calificación a la relación entre superior y subordinado. La cuestión en este caso ya no es la clase de mando que el superior debe ejercer, sino si el superior posee «autoridad y control» sobre los subordinados, lo cual no excluye que el mismo superior sea un subordinado (211).

Se podría argumentar que es una clara consecuencia del hecho de que una persona tenga subordinados, que al mismo tiempo tenga autoridad o control sobre ellos. Sin embargo, esto no es necesariamente cierto. El argumento es demasiado formal: el artículo 28 –así como la jurisprudencia del TPIY y TPIR– no hacen referencia al «status» formal del superior aisladamente, sino a «status» de *facto* (el que efectivamente actúe como) (212). Así, la disposición no hace referencia a una situación del «deber ser» (en el mundo ideal-normativo) sino más bien a la situación que realmente es (en el mundo real). En conclusión, el sujeto o agente del concepto de la responsabilidad del superior, tal y como lo entiende el artículo 28, es el superior que tiene «autoridad y control» efectivos sobre sus subordinados, independientemente de su «status» formal (213); el concepto de un superior debe ser observado «en términos de una jerarquía que acompaña el concepto de con-

(210) «The military commander has complete and overall *responsibility* for all activities within his unit.» § 22 FM 22-100 citado de acuerdo con HOWARD, p. 14 (el énfasis es nuestro).

(211) FENRICK, 1999, núm. 17.

(212) Cfr. FENRICK, 1999, núm. 5, 18; véase también WU/KANG, pp. 292-3 y BANTEKAS, pp. 579-80.

(213) Véase la convincente definición de BANTEKAS, p. 582: «ser temido por otros y ejercer el propio poder sobre otros rinde superioridad a un individuo sobre aquellos con menor poder o mayor temor... se necesita verdadera y efectiva subordinación como resultado del ejercicio de la propia influencia sobre los otros». («Being feared by others and enforcing one's might over others renders an individual superior to those with lesser power or greater fear... actual and effective subordination as a result of the exercise of one's influence over persons is necessary.»).

trol» (214). De esta forma el «status» del superior está íntimamente ligado al elemento que se analiza en la siguiente sección.

bb) «Mando y Control» efectivo o «Autoridad y Control»

El primer interrogante que suscita este aspecto es si existe verdaderamente una diferencia entre los conceptos de «mando y control» [párr. a) art. 28] y «autoridad y control» [párr. b)]. Esta cuestión es únicamente relevante con respecto a los superiores militares, pues solamente en estos casos ambos conceptos resultan aplicables. Como los dos conceptos contienen el término «control» es claro que el control está ligado al mando, o a la autoridad, o depende de éstos. En este sentido, «el control» es una clase de término comprensivo que engloba al mando y a la autoridad. Mientras el mando se refiere en un sentido casi material a una orden, una dirección imperativa y al poder para dominar y controlar (215), la «autoridad» parece tener un significado formal, en el sentido de permiso y/o derecho a ejercitar poderes, derecho a mandar, etc. (216). Ambos términos implican control: «mando» explícitamente como poder para controlar; «autoridad», implícitamente como derecho a mandar. Así, un superior con mando y autoridad, normalmente controla sus «fuerzas» (217) o sus subordinados (218) y tiene capacidad de expedir órdenes (219).

Esto es menos claro, por ejemplo, si las funciones militares están divididas, es decir, si un comandante solamente ejerce control operacional pero no control administrativo. En este caso, es de esperar que el comandante tome todas las medidas que estén físicamente a su alcance para impedir la comisión de delitos por parte de sus subordinados. La carencia de control administrativo no redime o excluye el uso de todas las otras medidas que estén a su disposición (220). Este criterio se aplica *viceversa* si el comandante tiene control administrativo pero carece de control operacional. En este caso, se espera de él

(214) DE PREUX, núm. 3544. ROGERS, *supra* nota 202, p. 140, pretende distinguir entre el artículo 86 (2) y 87 (3) del P.A. I a este respecto. Sin embargo, las dos disposiciones deben ser leídas conjuntamente.

(215) *Black's Law Dictionary*, 1990, p. 267. De manera similar FENRICK, 1995, p. 124.

(216) *Ibíd.*, p. 133.

(217) El término «fuerzas», usado en relación a los comandantes militares incluye Fuerzas Armadas, grupos o unidades bajo un mando (art. 43 PA I) así como unidades de policía y paramilitares (FENRICK, 1999, p. 6).

(218) Cfr. PARKS, p. 83.

(219) Véase BANTEKAS, pp. 582-3.

(220) PARKS, pp. 84-5; BANTEKAS, pp. 585-6.

que al menos emplee los medios administrativos disponibles o las sanciones para prevenir la comisión de crímenes. Un deber de actuar puede ser rehusado solamente si no existe un control sobre todos los aspectos. Éste puede ser el caso en el que los subordinados están totalmente fuera del alcance del control y por esa razón no puedan obedecer las órdenes del superior, generándose la comisión de excesos amplios o aislados (221). Es el caso que se presenta para un asesor militar que no tiene control operacional ni administrativo. En tal caso, sólo se puede esperar del asesor el informe de la comisión de los crímenes a la autoridad que está al mando o la dimisión a su posición (222). Por otra parte, el criterio resulta aplicable frente al deber de actuar del comandante referido al ámbito territorial sobre el cual él ejerce autoridad y control, es decir, en el caso de una ocupación, aún cuando este territorio trascienda su propia área de mando (formal) (223). Este punto de vista está confirmado por la referencia a la «autoridad y control» que aparece en el párr. *a*) y *b*) del artículo 28 (224). A ello hay que añadir que el superior debe supervisar activamente ciertas zonas de conflicto (225).

El control (mando, autoridad) debe ser «efectivo» (226). De acuerdo con Fenrick, este término «pretende abarcar tanto el mando de *iure* como el de *facto* y asegurar que cuando existan varias cadenas de mando, la responsabilidad esté asignada a la cadena de mando en la que resida el poder de dar órdenes...» (227). Como lo muestra el artículo 28, *b*) ii), el requerimiento de control efectivo es particularmente importante con respecto a los superiores no militares (228). La reiteración de este requerimiento da la pauta de que los proyectos deseaban limitar la responsabilidad de un civil en comparación con los superiores militares a nivel objetivo. No existe un control efectivo, por ejemplo, con respecto a las actividades que no son propias del trabajo de los subordinados (229). En este sentido, Wu/ Kang argumentan que el

(221) Cfr. SCHÜNEMANN, p. 45, quien se refiere en el contexto económico a los excesos debidos a la «emancipación de los subordinados». De acuerdo con ROGALL, p. 619, en esta situación la ilicitud resultante no puede ser atribuida al superior.

(222) Cfr. PARKS, p. 86. Véase también DE PREUX, núm. 3557, quien acertadamente enfatiza que los asesores están para asesorar, no «para reemplazar» al comandante, también PARTSCH, p. 529.

(223) PARKS, pp. 85-6; también DE PREUX, núm. 3555, ROGERS, *supra* nota 202, p. 141; BANTEKAS, p. 586.

(224) FENRICK, 1999, núm. 8.

(225) Véase ECKHARDT, pp. 23-4 con varios ejemplos.

(226) Véase también BANTEKAS, p. 580.

(227) FENRICK, 1999, núm. 7.

(228) Ver también VETTER, p. 115 ss.

(229) FENRICK, 1999, núm. 19.

fin de la relación entre el superior y el subordinado sería considerado como una limitación del deber de control del superior «el cual es parte de su relación» (230). Esto parece ser aplicable a los civiles, mas no a las relaciones entre militares, ya que estas últimas comprenden casi toda la conducta de los subordinados. En general, el control en las jerarquías civiles es menos estricto que en las militares (231). Un superior civil, normalmente, no tiene poder de sanción sobre los subordinados en el mismo sentido en que lo tiene un superior militar; por consiguiente, como se ha afirmado por el TPIY en el caso *Aleksovski*, el mismo poder de sanción no puede ser un requerimiento de la responsabilidad del superior aplicable a los civiles (232).

Una *delegación* del deber de supervisión no absuelve al superior de responsabilidad (233); más bien, este deber se convierte internamente en un deber de selección adecuada, de instrucción y control permanente. Esta observación se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Militar Internacional de Tokio, el cual desarrolló el concepto de los deberes (234) en forma «sistemática», en la doctrina alemana del artículo 41 del *WStG* y el § 130 de la Ley de Infracciones Administrativas (*OwiG*) (235) En forma similar el artículo 13,2 del *Corpus Juris* establece:

«La delegación de poder y responsabilidad penal es válida únicamente como justificación si ella es parcial, precisa y específica... y si el delegado está realmente en una posición capaz de cumplir las funciones que se le han delegado. Dicha delegación no excluye la responsabilidad general de seguimiento, supervisión y selección del personal, y no incluye tareas propias de la dirección del negocio tales como la organización general del trabajo dentro de la empresa» (236).

(230) WU/KANG, p. 295.

(231) Véase FENRICK, 1995, p. 117: «la mayoría de los líderes burocráticos no disponen del mismo tipo de autoridad sobre la vida y la muerte» («Most bureaucratic leaders do not wield the same type of life and death authority»).

(232) Véase *supra* nota 73.

(233) En particular si la delegación sirve únicamente al propósito de evadir la responsabilidad penal, véase BANTEKAS, p. 585.

(234) WU/KANG, pp. 293-94; véase también GREEN, 1995, p. 355 y *supra* II. 2.b).

(235) Véase II. 3., *supra* nota 128, 141 y texto que las acompaña.

(236) «The delegation of powers and criminal liability is only valid as a defence if it is partial, precise and specific... and if the delegates are really in a position to be able to fulfil the functions delegated to them. Such delegation does not exclude the general responsibility of monitoring, supervision and selection of personnel, and does not include matters proper to the head of business such as general organisation of work within the business.» Véase Delmas Marty (ed.),

Otro asunto es cuán lejos ha de ir, una vez establecido, el deber de un superior. No cabe duda de que el superior debe actuar para impedir los crímenes cometidos por los subordinados a través de actos positivos. ¿Pero qué sucede en torno a los crímenes cometidos por omisión? Tomemos el caso de un soldado responsable de la muerte de un prisionero de guerra por inanición; o el caso de un soldado que no interviene en un delito cometido por otro soldado sin que participe del *mens rea* del perpetrador, es decir, sin que exista complicidad. Admitiendo que el problema no es de una importancia práctica significativa, toda vez que el Estatuto de Roma no contiene una norma general relativa a la omisión, este aspecto solamente se reconoce en los verdaderos delitos de omisión como los establecidos en los artículos 5 a 8. Aún así, existen algunos delitos que no necesariamente requieren un acto positivo, pero para los cuales una omisión resulta suficiente (237); el deber de intervención del superior abarca estos delitos de omisión. También el artículo 28 se refiere en un sentido general a «crímenes de la competencia de la Corte». Uno puede tomar estos ejemplos adicionalmente, para imaginar una situación en la cual un soldado se rehusa a ayudar a un civil o a un compañero de armas. ¿Sería responsable este soldado por faltar al cumplimiento del deber general de prestar asistencia como lo reconoce el Derecho penal doméstico (véase por ejemplo § 323 CP)? ¿Sería consecuentemente responsable el superior por no haber prevenido la falta del soldado de no prestar asistencia? Lógicamente, estos casos tendrán rara ocurrencia, dados los problemas probatorios que implica la demostración de tales supuestos. Además, el superior puede tener el necesario *mens rea* solamente con respecto a los crímenes realmente atroces y a los cometidos masivamente. No obstante, los ejemplos muestran que es necesaria una aclaración en lo concerniente a los tipos de crímenes que caen dentro de la obligación de intervenir por parte del superior.

supra nota 133, p. 70. Véase también artículo 12 3 de la versión revisada, DELMAS-MARTY/VERVAELE (eds.), *supra* nota 136, p. 193: «... the fact that he [the head of business] delegated his powers shall only be a defence where the delegation was partial, precise, specific, and necessary for the running of the business, and the delegates were really in a position to fulfill the functions allotted to them. Notwithstanding such a delegation, a person may incur liability under this article on the basis that he took insufficient care in the selection, supervision or control of his staff, or in the general organisation of the business, or in any other matter with which the head of business is properly concerned.» Véase también § e 3 de la propuesta de TIEDEMANN, *supra* nota 135, p. 511.

(237) Por ejemplo, «infligir deliberadamente grandes sufrimientos» [art. 8, párr. 2 a) iii)] puede ser cometido por no alimentar a las víctimas.

cc) *Crímenes como resultado del incumplimiento de actuar por parte del superior*

El requerimiento de que los crímenes de los subordinados sean «un resultado del incumplimiento de ejercer el control apropiado», implica una relación causal entre el incumplimiento del superior y la comisión de crímenes por parte del subordinado. Ésta corresponde exactamente a la clase de causación requerida por el artículo 41 del *WstG* y el § 130 de la *OwiG* (238). En términos concretos, la acusación –de acuerdo con la fórmula generalmente reconocida como *conditio sine qua non* o *test «but for»* (239)– debe probar que los crímenes no hubieran sido cometidos, si el superior hubiera supervisado apropiadamente a los subordinados. Así, la fórmula de la *conditio* debe ser invertida. Mientras que, normalmente, un acto positivo causa una consecuencia determinada, es decir, la consecuencia no hubiera tenido ocurrencia sin este acto, en el caso de la omisión el argumento va en otro sentido: el no actuar «causa» la consecuencia, toda vez que el acto omitido, hubiera impedido lo que efectivamente ocurrió. Admitiendo que esta fórmula entra en conflicto con el sentido común, basado en consideraciones filosóficas, pues es claro que la omisión no puede desplegar ninguna «energía causal» (240), debe asumirse el concepto de causación sobre bases de carácter normativo-legal (241). En efecto, la fórmula invertida de la *conditio*, está también reconocida, como se mencionó al principio de esta sección, en el artículo 41 del *WStG* y el § 130 de la *OwiG*. En cuanto al resultado, es suficiente que la falta de supervisión del superior incremente el riesgo de que los subordinados cometan ciertos crímenes. Cualquier criterio que sea más exigente hace imposible el requerimiento de causación, toda vez que nosotros estamos tratando con una causación hipotética de eventos que están «en el mundo de lo imaginario» (242): es empíricamente imposible decir lo que hubiera ocurrido, si el superior hubiera cumplido con el deber de supervisión. En otras palabras, la existencia de una relación de causalidad exacta entre el incumplimiento de supervisión y la comisión de los crímenes, puede sólo ser probada efectivamente *ex post* (243). Sólo puede decirse con seguridad que la relación causal necesaria no existe

(238) Véase *supra* II. 3., nota 124 y 136 ss. y texto que las acompaña.

(239) Cfr. FLETCHER, Concepts, *supra* nota 142, pp. 62-3.

(240) Cfr. *ibíd.*, p. 67.

(241) Véase al respecto la doctrina alemana predominante: JESCHECK/WEIGEND, *supra* nota 171, pp. 618-19.

(242) FLETCHER, Concepts, *supra* nota 142, pp. 62-3.

(243) Cfr. SCHÜNEMANN, p. 48; ROGALL, p. 611; GÖHLER, *supra* nota, núm. 22.

si el subordinado comete excesos y no obedece más las órdenes del superior (244).

Esto no significa, sin embargo, que la crítica tradicional a la fórmula de la *conditio sine qua non* no sea aplicable aquí. Se puede imaginar, por ejemplo, el escenario de un territorio ocupado en el cual se han cometido crímenes, o por los subordinados impropriamente supervisados, o en su defecto, por fuerzas hostiles operando en el mismo territorio. En un caso tal de causación *alternativa*, el superior responsable afirmaría que los crímenes hubieran podido ser cometidos de todas formas, aun cuando los subordinados hubieran sido supervisados apropiadamente. Esta justificación, se aplicaría solamente si los dos grupos hubiesen actuado simultáneamente en la comisión de los crímenes, ya que solamente en este caso se podría hablar de una verdadera causación alternativa (245). En cualquier otra situación, es decir, si un grupo llegó primero al lugar de los hechos, la responsabilidad penal sería atribuida, concordantemente, a tal grupo. Una causación hipotéticamente alternativa no tendría impacto. El ejemplo muestra, sin embargo, que existen casos en donde la simple (invertida) fórmula de la *conditio* podría conducir a resultados insatisfactorios. En tales casos, las teorías normativas de la imputación (246) (imputación objetiva), o la doctrina de la causa próxima (247) podrían ser de ayuda.

dd) Medidas «necesarias y razonables» a «su alcance»

El superior debe tomar medidas que sean «factibles» (art. 86, 2 del PA I; artículo 12 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad 1991), «necesarias» (art. 87, 3 PA I; artículo 6 Proyecto de Código de Crímenes de 1996; artículo 7, 3 Estatuto del TPIY y artículo 6, (3) del Estatuto del TPIR), o «razonables» (Estatutos del TPIY y TPIR). No existe una diferencia sustantiva entre estas cualificaciones. Esto ha sido confirmado por la ILC con respecto a las medidas (248) «factibles» o «necesarias». En cualquier caso, el superior debe poseer ambas: la «competencia legal» y la «posibilidad

(244) Véase *supra* nota 217 y texto que la acompaña.

(245) Véase el ejemplo dado por FLETCHER, Concepts, *supra* nota 142, p. 63.

(246) Estas teorías tratan de limitar la imputación por criterios normativos (Cfr. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3.ª Edic., 1997, secc. 11, núm. 39-136; véase también FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, 1978, pp. 495-96). Para nuestro contexto en particular véase ROGALL y SCHÜNEMANN, como aparece citado *supra* nota 143 y texto que la acompaña.

(247) FLETCHER, Concepts, *supra* nota 142, pp. 64-67.

(248) Véase *supra* II. 2. b), nota 110 y texto que la acompaña.

material» para impedir o reprimir los crímenes (249). Es obvio que estos dos requerimientos le posibilitan al superior plantear una justificación importante (250).

De acuerdo con Fenrick (251) el comandante debe actuar de la siguiente forma:

- asegurarse de que las fuerzas estén adecuadamente instruidas en Derecho Internacional Humanitario
- asegurarse en debida forma de que se está cumpliendo el Derecho Internacional Humanitario en la ejecución de las decisiones operativas
- asegurarse de que un sistema efectivo de información sea establecido, de tal forma que él esté informado de los incidentes cuando las infracciones al Derecho Internacional Humanitario hayan podido ocurrir
- controlar el sistema de información para asegurarse de su efectividad, y
- tomar las acciones correctivas cuando reciba información de que las infracciones van a ocurrir o han ocurrido.

En cualquier caso, ha de esperarse solamente que estas medidas estén dentro del alcance del superior (art. 86, 2 PA I) y además comprendidas dentro del mando y control por parte del superior (art. 87, 1, (3) PA I) como se estableció anteriormente. De esta manera, las medidas concretas dependen de la posición del superior en la cadena de mando (252). Si el superior mismo es responsable de una situación que permita su disminución del alcance para impedir un crimen, puede resultar penalmente responsable «por admitir que tal situación se desarrolle» (253). El superior debe mostrar buena fe en el concierto de sus responsabilidades (254).

El tiempo de la comisión de los delitos es también importante como lo veremos en la siguiente sección.

(249) Informe ILC 1996, *supra* nota 108, pp. 38-9, párr. 6 (el énfasis es nuestro); de manera similar PARTSCH, p. 525. Véase también la posición del TPIY, *supra* nota 70.

(250) Cfr. GREEN, Article 12: Responsibility of the Superior, Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, en: Ch. M. Bassiouni (ed.), 1993, pp. 195-6 (196). Véase también HESSLER, p. 1285 ss.: ausencia de control físico o autoridad legal como una justificante.

(251) FENRICK, 1999, núm. 9.

(252) FENRICK, 1999, núm. 12.

(253) Véase WU/KANG, p. 296.

(254) FENRICK, 1999, núm. 14, 25.

ee) «Impedir», «reprimir» o «poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes»

Al margen de «impedir» y «reprimir» (arts. 86, 2 y 87, 3 del PA I), los términos «suprimir» y «denunciar» (255) han sido empleados en las codificaciones anteriores (art. 87, 1 del PA I). En contraste, la fórmula «poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes» es nueva; sin embargo, esta última corresponde en lo esencial al antiguo requerimiento de «informar». La fórmula viene a llenar el vacío correspondiente a la ausencia de obligaciones específicas para aquellos superiores que no cuentan con poder disciplinario, o con facultades para «reprimir» un crimen. Es necesario aclarar que la fórmula no está limitada a los superiores que no sean militares, pues ha sido incluida, tanto en el párr. a) ii), como en el b) (iii) (256).

Si el superior tiene que «prevenir» o «reprimir» depende de las circunstancias concretas de cada caso. En general, se puede hacer la siguiente distinción (257): si un crimen, todavía no ha sido cometido (se proponían cometerlo) el superior está obligado a intervenir, por ejemplo, a través de la impartición de órdenes apropiadas; si el crimen ya ha sido cometido, el superior solamente puede reaccionar únicamente con medidas represivas, es decir, ordenando una investigación y castigando a los perpetradores o sometiendo el asunto a las autoridades competentes. Si los subordinados están «cometiendo» crímenes, tal y como aparece formulado en el artículo 28 a) i) y b) i), el superior esta todavía en capacidad de «prevenir» la continuación de la comisión y de «reprimir» los crímenes ya cometidos.

El artículo 28 no refleja adecuadamente la diferencia entre las medidas preventivas y represivas en su requerimiento relativo a que el superior «prevenga o reprima su comisión». Reprimir en este contexto parece implicar solamente que el superior deba detener (más o menos) la comisión de los crímenes, pero no castigar a los perpetradores.

(255) Estos términos están utilizados únicamente en la versión inglesa. En la traducción oficial C.I.C.R. el texto dice: «Las Altas partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las Fuerzas Armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, *impidan* las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo, y en caso necesario, las *repriman* y *denuncien* a las autoridades competentes.»

(256) FENRICK pasa por alto este asunto ya que los comentarios sobre esta fórmula, al menos explícitamente, se refieren únicamente a los superiores no militares (1999, núm. 25).

(257) Véase también FENRICK, 1999, núm. 12-4; BANTEKAS, pp. 591-2. Sobre el factor temporal véase *supra* II. 2 .b).

dores, ya que los crímenes aún no han sido cometidos (258). En un sentido similar, la ILC tampoco distingue entre «impedir» y «reprimir», pero afirma que ambos implican la iniciación de acciones penales y disciplinarias (259). Sin embargo, aunque el artículo 28 –al igual que las codificaciones anteriores– requiere claramente ambas, tanto acciones preventivas y represivas (260), ello no debe oscurecer la línea distintiva entre las diferentes medidas que se requieran. En cualquier caso, sería ir demasiado lejos o imponer a los superiores la obligación, ya sea de descubrir o predecir la conducta de sus tropas, al menos que sea verosímil que los crímenes ocurran (261).

c) MENS REA

Salvo «disposición en contrario», la cláusula general relativa al *mens rea* (art. 30 del Estatuto de Roma) permite tener en cuenta otros criterios sobre el requerimiento subjetivo: el artículo 28 hace uso de esta opción (262). Como se anotó anteriormente, esta norma establece criterios sobre el requerimiento subjetivo diferentes para los militares y civiles que actúen como superiores, introduciendo un criterio nuevo con respecto a los últimos. Mientras que con el requerimiento del *mens rea* resulta bastante problemático saber si el superior poseía un conocimiento efectivo, cualquier otro criterio confiable que sea inferior a éste es altamente controvertible y difícil de establecer. En esta sección intentaremos aclarar y examinar los diferentes criterios, teniendo en cuenta las codificaciones anteriores, la jurisprudencia reciente y la doctrina.

aa) Superiores militares y no militares: conocimiento efectivo

De acuerdo con el párr. 3 del artículo 30 del Estatuto de Roma, por «conocimiento» se entiende «la conciencia de que existe una circunstancia o se va a producir una consecuencia en el curso normal de los acontecimientos». En lo que respecta al método probatorio que se

(258) Véase VAN DEN WYNGAERT, *Commentaries*, Bassiouni (ed.), 1993, p. 59, con respecto al proyecto de Código de 1991. En contraste, de acuerdo con PARTSCH, p. 524, este es el sentido de «impedir», mientras que «reprimir» se refiere solamente a medidas penales.

(259) Informe ILC 1996, *supra* nota 108, pp. 36-7, párr. 3-4.

(260) DE PREUX, núm. 3548.

(261) Cfr. BANTEKAS, pp. 593-4.

(262) Véase PIRAGOFF, *Commentary on the Rome Statute of the ICC*, Triffterer (ed.), 1999, artículo 30, núm. 14-5.

emplea para probar el conocimiento efectivo, el TPIY ha afirmado que el conocimiento puede ser establecido a través de evidencias circunstanciales (indicios) pero no puede presumirse (263). Si el conocimiento no es real, sino simplemente *posible* (264), la prueba de su existencia debe estar basada únicamente sobre hechos y no sobre presunciones. De otra forma, se optaría por una presunción de conocimiento del superior que sería violatoria del principio de culpabilidad (265).

El conocimiento real probado por evidencias circunstanciales debe ser distinguido estrictamente del denominado *conocimiento constructivo*. Como lo veremos posteriormente, el conocimiento constructivo no tiene nada en común con el conocimiento real, pero corresponde a la medida más inferior del criterio del «debió haber tenido conocimiento» («*should have known*»).

bb) Superior militar: «debió haber sabido»

El criterio «*hubiere sabido*» reintroduce la fórmula que fue propuesta sin éxito por el Comité Internacional de la Cruz Roja durante las negociaciones del PA I (266) y que está contenida en los manuales operativos militares británico y americano (267). Como se mencionó anteriormente, este criterio puede ser rastreado en el caso *Rehenes*, así como en el artículo 86, 2 del PA I («información que les permita concluir») y en el criterio de «tener razones para saber» del TPIY y TPIR.

La redacción del P.A. I se presta a confusiones, pues en idioma francés —«*des informations leur permettant de conclure*»— abarca aparentemente sólo el elemento objetivo, mientras que en idioma inglés —«*should have enabled him*»— abarca tanto el elemento objetivo, como

(263) Véase *supra* II. 2. c), notas 71-9. Cfr. FENRICK, 1999, núm. 10; BANTEKAS, pp. 587-9.

(264) Críticamente GREEN, *supra* nota 230, p. 195.

(265) DE PREUX, núm. 3546, aparentemente apoya una interpretación de esta naturaleza cuando con referencia a la jurisprudencia de crímenes de guerra afirma: «tomando en cuenta las circunstancias, el conocimiento de los delitos cometidos por los subordinados podía presumirse» («... taking into account the circumstances, a knowledge of breaches committed by subordinates could be presumed.»). Véase también GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 1993, pág. 271. BANTEKAS, en p. 590 y 594 va más allá identificando una «regla de derecho consuetudinario emergente» («*emerging rule of customary law*») a este respecto.

(266) Véase *supra* nota 103.

(267) Véase *supra* II. 3., notas 120, 122 y texto que las acompaña. Para una crítica en general: ECKHARDT, pp. 19-20.

el elemento subjetivo. De acuerdo con los comentarios, la versión francesa prevalecería (268), a la luz del objeto y fines del Tratado (269). Sin embargo, las dos versiones no tienen realmente un significado diferente en el sentido del artículo 33, 4 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, lo cual aparece confirmado tanto por la ILC, como por el TPIY. Mientras que la ILC interpretó ambas versiones en forma equivalente (270), el TPIY indicó en el caso *Delalić et al.* que la diferencia textual no fue considerada como «algo sustancial» por los delegados de la conferencia de los Protocolos (271). De hecho, la versión francesa no es puramente objetiva, ya que el superior sólo puede extraer conclusiones de cierta información si tiene un conocimiento previo (272). En consecuencia, ambas versiones son igualmente claras al decir que al menos la ignorancia consciente, *en el sentido de ceguera deliberada*, («wilful blindness») no excluye la responsabilidad penal (273). En último término, no estamos tratando con cualquier negligencia («*toute négligence*») sino con una modalidad de la negligencia que desde el punto de vista *normativo*, puede ser puesta en pie de igualdad con el intento doloso, esto es, una negligencia tan grave que este a nivel del dolo (274). Sin embargo, no se debe pasar por alto que «intento» y «negligencia» son estados mentales muy diferentes que sólo en casos excepcionales de un dolo «débil» («*weak intent*», «*dolus eventualis*») y negligencia «grave» («*strong*», «*gross*», «*conscious*» *négligence*) se aproximan.

El concepto denominado *conocimiento constructivo* también debe ser entendido como una solicitud de información concreta y confiable que le permita al superior conocer la comisión de crímenes. Hessler afirma correctamente que el conocimiento constructivo consiste en el deber de hacer inferencias desde los hechos conocidos efectivamente y llevar adelante una razonable investigación de los hechos «sospecho-

(268) DE PREUX, núm. 3545; PARTSCH, p. 525; FENRICK, 1995, pág. 119, también BASKI *supra* nota 64, párr. 326.

(269) Cf. artículo 33 4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

(270) Y.I.L.C. 1988, vol. I, pp. 288-9 (Mr. TOMUSCHAT, vocero del Comité Redactor); también ROGERS, *supra* nota 202, p. 139.

(271) Decisión del 16 de noviembre de 1998, DELALÍĆ/MUCIĆ/DELIĆ/LANDŽO, IT-96-21-T, párr. 392.

(272) PARTSCH, pp. 525-26, sin embargo, toma el punto de vista de que un estándar objetivo del texto francés difiere del inglés en que no permite consideraciones subjetivas para determinar si el superior debería haber extraído la conclusión correcta respecto de la información disponible.

(273) DE PREUX, núm. 3545-6.

(274) DE PREUX, núm. 3541.

sos» (275) efectivamente conocidos. Sobre este fundamento, Hessler formula su tercera regla, de acuerdo con la cual el superior tiene el deber de conocer los crímenes específicos y las políticas en las que tales hechos se basan. El conocimiento constructivo está definido con respecto a los componentes de orden mental empleados en las reglas uno y dos, es decir, conocimiento de los crímenes o políticas que deben ser prevenidos (276). Adicionalmente, el superior tiene la obligación de eliminar los riesgos significativos de futuros crímenes, a los cuales Hessler considera como tercer componente mental (277).

Sin embargo, el conocimiento constructivo no corresponde a la imputación de un conocimiento fundado en hechos puramente objetivos (278), lo cual implicaría que el superior debiera tener conocimiento de las atrocidades dada la amplia escala de su comisión. Un criterio de esta naturaleza es una ficción, ya que el conocimiento se presume aun cuando no exista, o al menos no puede ser probado. En efecto, si el conocimiento no existe o no puede ser probado, el superior puede ser responsable a título de negligencia al no tener conocimiento de los crímenes, es decir, porque él no «*hubiere tenido conocimiento*». Sólo una interpretación de esta suerte no entra en contradicción con el principio de culpabilidad.

En cuanto al criterio de «*tener razones para saber*» («*have reasons to know*»), no existe una diferencia sustancial con respecto a la fórmula del P.A. I («*información que les permitiera concluir*»). Sin embargo, la ILC argumentó que el criterio de tener razones para saber permite una evaluación más objetiva que el criterio del PA I (279). Así la Comisión explica la primera fórmula con las palabras de la última, explícitamente refiriéndose al comentario del artículo 86, (1) PA I:

«En esta situación, un superior no tiene conocimiento efectivo de la ilegalidad de una conducta existente, planeada o ejecutada por sus subordinados, sino que posee *suficiente información pertinente de naturaleza general* que le permitiría concluir que éste es el caso. Un superior que simplemente ignora la información que le indica claramente la

(275) HESSLER, pp. 1278-79, 1298-99. Véase también la definición similar de la Comisión de Expertos de Naciones Unidas, *supra* nota 72, citado por BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 437; véase también FENRICK, 1995, núm. 124.

(276) HESSLER, p. 1295 ss.

(277) *Ibíd.*, p. 1299 ss. En lo que corresponde a este elemento mental, HESSLER considera al derecho como un aspecto indefinido (p. 1282); véase también sus críticas del elemento mental en p.1281 ss.

(278) Véase PARKS, p. 90; de manera similar ROGERS, *supra* nota 202, p. 139.

(279) Informe ILC 1996, *supra* nota 108, p. 38, párr. 5.

probabilidad de que exista una conducta criminal de parte de sus subordinados, es seriamente negligente al faltar a su obligación de impedir o eliminar tales conductas, por no realizar un razonable esfuerzo para obtener la necesaria información que le permita tomar las medidas apropiadas» (280).

La similitud de los dos criterios se apoya en el hecho de que la fórmula «tener razones para saber» del TPIY, está basada sobre una propuesta de los EE.UU. que se refería al conocimiento posible «a través de informes a la persona del acusado o a través de otros medios» (281). Por consiguiente, se remitía al caso *Rehenes* y al PA I (282). Dado que la fórmula del Estatuto de Roma «hubiere tenido conocimiento» a su vez recupera la propuesta norteamericana, es posible decir que las dos fórmulas no son en esencia diferentes. Este punto de vista es compartido por otros autores (283).

Ahora bien, si estas dos fórmulas distintas empleadas para el requerimiento del *mens rea* no implican, o no pretenden establecer una diferencia esencial, parece mucho más lógico recurrir a una interpretación del criterio «hubiere tenido conocimiento» a la luz del PA I —como la fuente originaria de la responsabilidad del superior— y a principios generales del Derecho penal. El problema con esta aproximación es que la fórmula del PA I está lejos de ser clara. Se puede decir que la vaguedad del Protocolo y su ambigüedad son la causa de los frecuentes problemas de interpretación. Wu/Kang, en un muy juicioso estudio, nos ofrecen cuatro interpretaciones del artículo 86, 2 del PA I (284):

- 1) un superior tiene una obligación de control sobre los actos de los subordinados y será responsable por el conocimiento que un agente razonable, en su posición, hubiere poseído;

(280) El original dice: «In this situation, a superior does not have actual knowledge of the unlawful conduct being planned or perpetrated by his subordinates, but he has *sufficient, relevant information of a general nature* that would enable him to conclude that this is the case. A superior who simply ignores information which clearly indicates the likelihood of criminal conduct on the part of his subordinates is seriously negligent in failing to perform his duty to prevent or suppress such conduct by failing to make a reasonable effort to obtain the necessary information that will enable him to take appropriate action.»

(281) Citado de acuerdo con CROWE, pp. 229-230.

(282) *Ibíd.*, p. 230.

(283) Véase LEVIE, p. 10: «reason to know» y «should have known» «strikingly similar». LANDRUM, p. 300: criterio del PA I y TPIY «quite similar».

(284) WU/KANG, pp. 284-5.

- 2) el superior debe ser culpable a título de «ceguera consciente» para que el conocimiento sea asumido, porque la ignorancia deliberada y el conocimiento efectivo son punibles en la misma medida;
- 3) el conocimiento debe ser imputado en forma constructiva, basado sobre la posición del superior, si no existe una forma de que no haya podido saber;
- 4) el conocimiento efectivo debe ser probado, pero puede ser inferido por evidencias circunstanciales, tales como la posición del acusado.

Mientras que las interpretaciones 1) y 2) son genuinos criterios de negligencia o imprudencia, respectivamente, en los numerales 3) y 4) se nos presenta un conocimiento «construido» sobre la base de hechos objetivos o evidencias circunstanciales. Desafortunadamente, Wu/Kang no examinan más a fondo estos criterios, porque consideran que «la especificación de un requerimiento del elemento intencional (*mens rea*) unitario, unívoco, rigurosamente determinado, sería una tarea infructuosa ya que es casi imposible discernir los límites precisos de la responsabilidad a partir de casos, con respecto al *mens rea* en la práctica» (285). Sin embargo, esta claudicación por razones prácticas –sin el intento de una solución teórica menos ambigua que la que existe ahora– es altamente inconveniente. Aunque es cierto que cada caso concreto «está decidido ampliamente sobre sus peculiaridades» (286), ello no obsta para que se prosiga en esfuerzos más profundos, a efectos de desarrollar modelos teóricos que posibilitarían soluciones más previsibles. Si se toma en consideración los criterios desarrollados por Wu/Kang, es posible excluir las interpretaciones 3) y 4) del presente contexto. Mientras que la interpretación 3) puede violar, como en efecto se menciona (287), el principio de culpabilidad, por confiar la responsabilidad exclusivamente a hechos objetivos y presumir el conocimiento, a partir de estas bases, la interpretación 4), en realidad no está tratando con el requerimiento del *mens rea*, sino con el problema de la admisión de la evidencia circunstancial, como elemento de prueba para demostrar el conocimiento efectivo (288). En cuanto a las interpretaciones 1) y 2) éstos conciernen a la fórmula «debió haber tenido conocimiento», constituyen más bien una «negligence» que una «recklessness».

(285) «The specification of a single, rigorously defined, unambiguous mens rea requirement... would be a fruitless exercise as it is almost impossible to discern the precise holdings of derivative liability cases with respect to mens rea in practice.» *Ibíd.*, p. 286.

(286) *Ibíd.*, p. 287.

(287) *Supra* nota 272 y texto que la acompaña.

(288) Véase *supra* (a), notas 257-259 y texto que las acompaña.

Estos puntos de vista son compartidos por varios estamentos oficiales y privados, de acuerdo con los cuales, la doctrina de la responsabilidad del superior genera responsabilidad por negligencia criminal (289). Este particular ya fue discutido con respecto al PA I, dejando en claro que la fórmula del PA I fue escrita pensando en la «negligence» (290). Además, en el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, relativo al establecimiento del TPIY, se señala el criterio de «tener razones para saber» como «responsabilidad imputada o negligencia criminal» (291).

Más importante que esta argumentación formal, es la observación material, según la cual el criterio de «debió haber tenido conocimiento» corresponde a la negligencia, tal y como la entiende la teoría del Derecho penal general. De acuerdo con el § 2.02 2 d) del Código Penal Modelo de los EE.UU. (Model Penal Code - MPC) una persona actúa negligentemente «cuando debiera estar enterada de un riesgo sustancial e injustificable, en el que el elemento material existiera o resultara, a propósito de su conducta» (292). La negligencia se distingue de otras modalidades del *mens rea* (propósito, conocimiento, o «recklessness») en que ella no involucra un estado de consciencia. Una persona actúa negligentemente cuando crea un riesgo del cual no está enterada, pero *debería* estarlo (293). La persona es responsable si la ausencia de percepción del riesgo «implica una gran desviación de los criterios de cuidado que una persona razonablemente observaría en la situación del actor» (§ 2.02 2 d) MPC). Así, existe una clara y delimitada distinción entre «negligence» y «recklessness» en términos de la conciencia del actor con respecto al riesgo involucrado (294): un autor que procede con «negligence» falla al percibir el riesgo, es decir, no es conciente de él; un autor que procede con «recklessness» desatiende «conscientemente» el riesgo (§ 2.02 2 c) MPC), es decir, lo percibe, pero aún así lo ignora (295). De esta forma, «rec-

(289) Véase HESSLER, p. 1284: «type of criminal negligence»; véase también su regla tres: «duty to eliminate non-negligible risks...» (énfasis nuestro; véase *supra* nota 269 ss. y texto que la acompaña); SCHABAS, *supra* nota 16, p. 417: «liability for negligence». También BANTEKAS, p. 590.

(290) Véase *supra* nota 267 y texto que la acompaña; también DE PREUX, núm. 3541.

(291) *Supra* nota 187, párr. 56.

(292) «When he should be aware of a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from its conduct». American Law Institute, 1985, vol. I, p. 226.

(293) *Ibid.*, p. 240.

(294) «Involves a gross deviation from the standard of care that a reasonable person would observe in the actor's situation». *Ibid.*, p. 242.

(295) Cf. FLETCHER, Concepts, *supra* nota 142, p. 115.

klessness» y «negligence» pueden ser equiparadas a los conceptos alemanes de negligencia consciente y negligencia inconsciente (*bewußte* y *unbewußte Fahrlässigkeit*) (296). Sin embargo, esta diferencia entre imprudencia *consciente* y negligencia *inconsciente* es ignorada cuando se emplean nociones contradictorias, tales como, «wilful», «wanton» o aún «conscious negligence» (297). Esta ignorancia cuenta bastante en la confusión existente con respecto al elemento subjetivo que envuelve la responsabilidad del superior (298). Debería quedar claro que el criterio de «debió haber tenido conocimiento» debe ser entendido como «negligence» y que ella, por consiguiente, no requiere ni consciencia (299), ni considera suficiente la imputación de conocimiento sobre la base de hechos puramente objetivos.

La crítica general a la negligencia como una forma del *mens rea* (300) no ha impedido su reconocimiento universal (301). Aunque un análisis más profundo no es posible en este lugar, puede afirmarse que el vago criterio (302) de «hombre razonable», es posible complementarlo con determinados criterios subjetivos, es decir, éste puede ser «individualizado para alcanzar un criterio justo de juzgamiento del comportamiento individual» (303).

(296) Véase FLETCHER, Concepts, *supra* nota 142, p. 115, quien subraya sin embargo, que el Derecho inglés utiliza el término «reckless» no para denotar un riesgo sin consciencia, sino para referirse a casos de enorme negligencia. Véase también PRADEL, *supra* nota 169, p. 257 ss., quien distingue entre *insouciance* y *negligence* incluyendo en la primera *recklessness* y en la última negligencia consciente e inconsciente.

(297) American Law Institute, *supra* nota 285, p. 242.

(298) Un buen ejemplo es el frecuentemente citado estudio de PARKS, quien opta por una «wanton negligence» comprendiendo el «doing of an inherently dangerous act or omission with a heedless disregard of the probable consequences» (p. 97) y una negligencia «so great as to be tantamount to the possession of the necessary mens rea to so become such an active party to the offense.» (p. 99).

(299) Como erróneamente lo sobreentiende el artículo 87 2, 3 del PA I. De acuerdo con ROGERS, p. 142, este criterio cubre el conocimiento efectivo y el conocimiento constructivo. Sin embargo, esto sólo es real si el conocimiento constructivo se entiende como construcción de conocimiento sobre la base de hechos que posibiliten al superior conocer la comisión de los crímenes.

(300) Véase American Law Institute, *supra* nota 285, pp. 243-44; FLETCHER, Concepts, *supra* nota 142, p. 117 ss.; PRADEL, *supra* nota 169, p. 263 ss.

(301) FLETCHER, Concepts, *supra* nota, p. 142; PRADEL, *supra* nota 169, p. 261.

(302) Crítico en este contexto PARKS, p. 90; HESSLER, p. 1285. Para un criterio diferente de lo razonable en caso de militares acusados, véase GREEN, 1989, p. 169.

(303) FLETCHER, Concepts, *supra* nota 42, p. 119; véase también el criterio subjetivo con respecto a la responsabilidad del mando propuestos por PARKS, p. 90 ss.; véase también BASSIOUNI, *supra* nota 3, p. 423.

El común denominador de todos estos intentos de definir un criterio menos exigente que el requerimiento de conocimiento efectivo, se basa sobre el hecho de que el superior debe poseer *información* que le permita concluir que los subordinados están cometiendo crímenes (304). Concordantemente, el TPIY se refiere a información de tal naturaleza que pondría al superior en conocimiento de los riesgos de tales delitos e indicaría la necesidad de llevar adelante una investigación para determinar si los crímenes han sido cometidos (305). Fenrick observa que el criterio «debió haber tenido conocimiento» resulta satisfactorio si el superior «no obtiene o desatiende injustamente información de carácter general dentro de su acceso razonable, que indica la probabilidad de una conducta criminal presente o en perspectiva de ejecución por parte de los subordinados...» (306). Croe distingue entre «informes hechos para el comandante» y «amplios informes de prensa que den cuenta de las atrocidades» (307). Sin embargo, esta distinción no es relevante, ya que la oportunidad de enterarse de las atrocidades depende de la calidad de la información, no de la fuente. Una investigación a fondo de la prensa, puede efectivamente hacer que el superior se entere de las irregularidades y lo obligue adicionalmente a ordenar la investigación. En sentido similar, el argumento que expone Rogers, según el cual «el hecho de que los informes estén dirigidos al comandante no significa que él los observe o, aún más, que esté enterado de su existencia» (308) no libra necesariamente al superior de responsabilidad, pues él es el responsable de mantener un efectivo sistema de información dentro de su comando (309). A ello hay que añadir, que si el superior posee suficiente información, pero no la analiza adecuadamente y *en consecuencia* llega a una conclusión errónea, él es responsable por la reprochable ausencia de un análisis serio de la información. Ahora bien, una situación menos clara es qué consecuencias legales se desprenden de una *evaluación* errónea de la información existente. Tomemos el caso de un superior que ha analizado la información seriamente, pero se representa una conclusión errónea

(304) Véase por ejemplo, LANDRUM, p. 301: «had reason to know» parece significar «had the information from which to conclude»; LEVIE, p. 12: información acerca de violaciones a las leyes de la guerra disponibles para un comandante; también FENRICK, 1999, núm. 11.

(305) Véase *supra* II. 2. c), nota 74 y texto que la acompaña.

(306) «Fails to obtain or wantonly disregards information of a general nature within his or her reasonable access indicating the likelihood of actual or prospective criminal conduct on the part of subordinates...», FENRICK, 1999, núm. 11.

(307) CROWE, p. 226.

(308) ROGERS, p. 139.

(309) Véase *supra* (d), nota 246 y texto que la acompaña.

con respecto a la inminente comisión de crímenes por parte de los subordinados. En este caso se debe determinar, primero, las bases del error del superior. Si él ha cometido un error de hecho —aunque es un supuesto improbable si existe información suficiente (factual)— él actuaría, o más bien no actuaría (omitiría) sin *mens rea* en el sentido del artículo 30 del Estatuto de Roma. Consecuentemente, debe ser exceptuado de responsabilidad penal. A la luz del estándar «debería haber conocido», sin embargo, el superior será penalmente responsable ya que, dada la información disponible, debió haber conocido. Si incurrió en un error de derecho («mistake of law»), malinterpretando sus obligaciones legales, el superior será penalmente responsable, ya que el Derecho penal internacional ha optado por la doctrina del *error juris* de acuerdo con la cual, un error de derecho no afecta la responsabilidad penal, excepto si ella niega el elemento subjetivo (310).

cc) *Superiores no militares que deliberadamente hubieren hecho caso omiso de información que claramente indicase...*

Este nuevo estándar repite esencialmente el criterio conocido de «wilfully blind» procedente del «Common Law» y de los juicios por crímenes de guerra (311). El estándar «wilful blindness» presenta una excepción frente al requerimiento de conocimiento efectivo en que éste se considera satisfactorio —con respecto a la existencia de un hecho en particular— «si una persona está *enterada* de una alta *probabilidad* de su existencia, *a menos que* esta persona verdaderamente crea que no existe» (§ 2.07 M.P.C.) (312). El conocimiento no se presume, aun cuando lo que se involucre sea el resultado de la conducta del acusado (313). El «wilful blindness» y, consecuentemente, el nuevo criterio del artículo 28 a) i), se sitúan entre el conocimiento y la «recklessness». La disposición establece claramente un umbral más alto que el criterio negligente de «debió haber tenido conocimiento»

(310) Véase artículo 32 Estatuto de Roma, *supra* nota 159; véase también mi punto de vista crítico en *supra* nota 156.

(311) Véase por ejemplo, R. v. FINTA (1990), ILR 98 (1994) 520 (Ontario, Canadá), p. 595. Véase también ECKHARDT, en relación con los comandantes militares, p. 14: «no hay lugar... para una aproximación al problema como la del avestruz que esconde la cabeza en la tierra.» («no room... for a “stick your head in the sand” approach.»); también VETTER, p. 124.

(312) «If a person is *aware* of a high *probability* of its existence, *unless* he actually believes that it does not exist.» Véase también American Law Institute, *supra* nota 286, p. 248; LAFAVE/SCOTT, *Criminal Law I*, 1986, pp. 307-8.

(313) American Law Institute, *supra* nota 286, p. 248.

para los superiores militares (314). En virtud de los *travaux preparatoires* y del hecho de que el conocimiento efectivo ya está comprendido por el primer requerimiento del *mens rea*, se establece un criterio de «recklessness», más que un criterio de conocimiento. Esto también se infiere de la formulación similar del § 2.02 2 C) MPC, el cual define «recklessness» como «consciente» desatención de un riesgo. El segundo criterio desarrollado por Wu/Kang también desde este punto de vista es constitutivo de imprudencia (315).

Como resultado, será mucho más difícil perseguir penalmente a superiores no-militares que a superiores militares por la ausencia de supervisión (316). De acuerdo con Fenrick, el indicio usado para probar el conocimiento efectivo (317) también se puede tener en cuenta para los casos de superiores no militares; pero en ambos casos es necesario establecer (318):

- que la información indique claramente el riesgo significativo de que los subordinados estaban cometiendo o iban a cometer delitos;
- que la información estaba disponible para el superior y;
- que el superior, en tanto conocedor de la existencia de una información de tal naturaleza, declinara remitirse a tal información.

4. Conclusión

El artículo 28 establece una responsabilidad amplia del superior militar y civil que puede ciertamente basarse sobre el Derecho internacional consuetudinario, pero que, sin perjuicio de ello, genera serias preocupaciones. Debe haber una clara distinción entre responsabilidad del superior por actos de sus subordinados respecto de los cuales estaba al tanto y por aquellos actos que le eran desconocidos. En el último supuesto —dejando de lado la sutil diferencia entre el estándar

(314) Cfr. FENRICK, 1999, núm. 21. Véase también SCHABAS, *supra* nota 16, p. 419, quien observa el nuevo criterio como establecimiento de un «full knowledge requirement».

(315) Véase *supra* nota 278 y texto que la acompaña.

(316) Ver la crítica reciente desarrollada por VETTER, pp. 94; 96; 103; 116; 141 quien toma la postura de que el estándar civil de *mens rea* del Estatuto de Roma reduce la eficacia de la Corte Penal Internacional (pero ver también su contra-hipótesis en nota al pie 171). Así, según su punto de vista, por ejemplo, el diplomático japonés Hirota, codenado por el I.M.T.F.E., no podría ser considerado responsable con apoyo de este nuevo estándar (ibíd., pp. 126-7; con referencias a los casos ROEHLING, AKAYESU y MILOSEVIĆ en p. 128 ss.).

(317) Véase *supra* II. 2. c), notas 74-9 y a), nota 258 y texto que las acompaña.

(318) FENRICK, 1999, núm. 21.

de *mens rea* para el superior militar y para el no militar— la aplicación literal del Estatuto de Roma acarreará responsabilidad por *negligencia* respecto de actos *intencionales* (dolosos), una construcción que no solo es lógicamente imposible sino que, de mayor importancia, es difícilmente compatible con el principio de culpabilidad. *De lege lata* la única salida de este *impasse* lógico consiste en la creación de un delito separado de «falta de supervisión debida» que por cierto merece un castigo más benigno que la omisión intencional del superior de evitar que sus subordinados cometan delitos internacionales. En todo caso, el trabajo futuro de la jurisprudencia internacional no es el de extender la responsabilidad del superior aún más, convirtiéndola en una forma de responsabilidad objetiva, sino el desarrollar criterios que limiten la muy amplia responsabilidad establecida por el artículo 28 del Estatuto de Roma.

BIBLIOGRAFÍA

- BANTEKAS, Ilias, «The contemporary law of superior responsibility», *American Journal of International Law* 93 (1999), pp. 573-595.
- BASSIOUNI, CHERIF M., *Crimes against humanity in International Criminal Law*, 2.^a edic. 1999, pp. 419-446.
- CROWE, Christopher N., «Command Responsibility in the Former Yugoslavia: the Chances for Successful Prosecution», *University of Richmond Law Review* 29 (1994), pp. 191-232.
- D'AMATO, Anthony, «Superior orders vs. command responsibility», *American Journal of International Law* 80 (1986), pp. 604-608.
- DE PREUX, Jean, «Commentary on articles 86 and 87 of Protocol Additional I», Y. Sandoz/Ch. Swinarski/B. Zimmermann (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1988 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987*, notas marginales 3524-3563;
- DOUGLASS, John Jay, «High Command Case: A study in staff and command Responsibility», *International Lawyer* 6 (1972), pp. 686-705.
- ECKHARDT, William G., «Command criminal responsibility: a plea for a workable standard», *Military Law Review* 97 (1982), pp. 1-34.
- FENRICK, William J., «Some international law problems related to prosecutions before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», *Duke Journal of Comparative and International Law* 6 (1995), pp. 103-125.
- FENRICK, William J., Article 28. «Responsibility of commanders and other superiors», O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden 1999.
- GREEN, L. C., «Command Responsibility in International Humanitarian law», *Transnational Law & Contemporary Problems* 5 (1995), pp. 319-371.

- GREEN, L.C., «Superior orders and command responsibility», *Canadian Yearbook of International Law* 27 (1989), pp. 167-202.
- HESSLER, Curt A., «Command Responsibility for War Crimes», *Yale Law Journal* 82 (1973) 1274-1304.
- HOWARD, Kenneth, «Command responsibility for war crimes», *Journal of Public Law* 21 (1972), pp. 7-22.
- LANDRUM, Bruce D., «The Yamashita war crimes trial: command responsibility then and now», *Military Law Review* 149 (1995), pp. 293-301.
- LEVIE, Howard S., «Command responsibility», *Journal of Legal Studies* 8 (1997/98), pp. 1-18.
- TIEDEMANN, Klaus, «Die Regelung von Täterschaft und Teilnahme im europäischen Strafrecht», A. Eser (ed.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden 1998, pp. 496-512.
- LEVIE, Howard S., «Some comments on Professor D'Amato's "paradox"», *American Journal of International Law* 80 (1986), pp. 608-611.
- O'BRIEN, Edward J., «The Nüremberg Principles, Command Responsibility, and the Defense of Captain Rockwood», *Military Law Review* 149 (1995), pp. 275-291.
- O'BRIEN, William V., «The law of war, command responsibility and Vietnam», *Georgetown Law Journal* 60 (1972), pp. 605-664.
- PARKS, William H., «Command Responsibility for War Crimes», *Military Law Review* 62 (1973), pp. 1-104.
- PARTSCH, Karl Josef, «Commentary on articles 86 and 87 of Protocol Additional I», en: M. Bothe/K.J. Partsch/W.A. Solf (eds.), *New rules for victims of armed conflicts*, 1982, pp. 523-529.
- PRÉVOST, Ann Marie, «Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita», *Human Rights Quarterly* 14 (1992), pp. 302-338.
- ROGALL, Klaus, «Dogmatische und kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG)», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) 98 (1986), pp. 573-623.
- SALAND, Per, «International criminal law principles», en: R. Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, 1999, pp. 189-216.
- SCHÜNEMANN, Bernd, «Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität», *Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (Wistra)* 1 (1982), pp. 41-50.
- VETTER, Greg R., «Command responsibility of non-military superiors in the International Criminal Court (ICC)», *Yale Journal of International Law* 25 (2000), pp. 89-143.
- WU, TIMOTHY/KANG, YONG-SUN, «Criminal Liability for the Actions of Subordinates-The Doctrine of Command Responsibility and its Analogues in United States Law», *Harvard International Law Journal* 38 (1997), pp. 272-297.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá

SUMARIO: Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal de 1995, relativo a delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.– Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación de protección a las víctimas de malos tratos, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.– Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas de terrorismo.– Real Decreto 1912/1999, de 17 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las víctimas de terrorismo.

LEY ORGÁNICA 11/1999, DE 30 DE ABRIL, DE MODIFICACIÓN DEL TÍTULO VIII DEL LIBRO II DEL CÓDIGO PENAL DE 1995, RELATIVO A DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

(«BOE» núm. 104, de 1 de mayo de 1999)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Una proposición no de ley, aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados, con fecha 26 de noviembre de 1996, complementada por otra de 6 de mayo de 1997, ambas a iniciativa del Grupo Parlamentario Popular, ha instado al Gobierno a presentar un proyecto de Ley Orgánica en el que se revisen los tipos penales para garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces, específicamente mediante la reforma de los tipos delictivos de abuso sexual, y se tipifique penalmente la conducta de quienes, por cualquier medio, vendieren, difundieren, exhibieren o facilitaren la difusión, venta o exhibición de materiales pornográficos cuando en ellos aparezcan personas de las características indicadas. Una recomendación del Defensor del Pueblo, dirigida al Ministerio de Justicia con fecha 28 de noviembre del mismo año, abunda en consideraciones similares.

Las directrices que han guiado la redacción de las indicadas proposición y recomendación coinciden con las expresadas en la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

En el mismo sentido, el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, ha adoptado, el día 29 de noviembre de 1996, una acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como consecuencia de la cual los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales, previendo para las mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, y ampliando los fundamentos de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad.

Todo ello determina al Estado español a modificar las normas contenidas en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, relativas a los delitos contra la libertad sexual, las cuales no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego, que no se reducen a la expresada libertad sexual, ya que también se han de tener muy especialmente en cuenta los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la indemnidad o integridad sexual de los menores e incapaces, cuya voluntad, carente de la necesaria formación para poder ser considerada verdaderamente como libre, no puede ser siempre determinante de la licitud de unas conductas que, sin embargo, podrían ser lícitas entre adultos.

Al invocar la dignidad de la persona humana y los derechos inherentes a la misma como bienes jurídicos afectados por las conductas de referencia, se pone de manifiesto que también el acatamiento de la Constitución Española constituye uno de los fundamentos, y no el menos importante, de la reforma proyectada, desde el momento en que, según el artículo 10.1 de aquella, «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social», lo que ha de ser completado por la constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para quien «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás».

A las expresadas orientaciones responde la presente Ley Orgánica, la cual, no obstante el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal, considera indispensable, por las razones ya expuestas, la reforma del Título VIII de su Libro II, a fin de tipificar de manera más precisa los llamados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en relación con la edad de las víctimas y con las circunstancias concurrentes; reintroducir el delito de corrupción de menores o incapaces por considerar insuficientes las normas relativas a la prostitución, definiendo auténticamente ambos conceptos; ampliar las conductas reprochables de naturaleza pornográfica, también en relación con los menores e incapaces; acomodar la valoración de las circunstancias que agravan la responsabilidad a cada una de las especies delictivas, y revisar el sistema de penas, rechazando aquellas sanciones que en este ámbito no resultarían adecuadas al principio de proporcionalidad o a las necesidades de la prevención general y especial que la sociedad demanda, como sucedería en principio con las meramente pecuniarias.

Asimismo, los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del repetido Código Penal de 23 de noviembre de 1995, han motivado que se complemente la reforma de la que se viene haciendo referencia con la revisión de los delitos de acoso sexual y el tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual. También en estos supuestos se han procurado conjugar las necesidades de la prevención general y especial con el irrenunciable principio de proporcionalidad de las penas en el contexto general de todas las infracciones tipificadas en el nuevo título de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales.

Además se ha previsto, siguiendo un notable ejemplo de derecho comparado, que en los delitos sexuales relativos a menores los plazos de prescripción no empiecen a correr hasta el día en que la víctima alcance su mayoría de edad, y se ha recordado expresamente la necesidad de apreciar concurso real entre los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores y las agresiones o abusos sexuales cometidos concretamente sobre la persona que se encuentra en tan lamentable situación.

Por último, por la vía de la disposición final, se han modificado las reglas sobre competencia extraterritorial previstas en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a fin de aplicar igualmente el principio de universalidad a los delitos de corrupción de menores o incapaces, por considerarlos en el actual momento histórico al menos de tanta trascendencia internacional como los delitos relativos a la prostitución, al responder unos y otros a la categoría internacional de delitos de explotación de seres humanos, renunciando, además, al principio de la doble incriminación cuando no resulte necesario en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte.

Artículo 1.

Se modifica el epígrafe del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que tendrá la siguiente redacción: «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales».

Artículo 2.

Se modifican los capítulos I a V del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, los cuales tendrán la siguiente redacción:

CAPÍTULO I

DE LAS AGRESIONES SEXUALES

Artículo 178.

El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Artículo 179.

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsa-

ble será castigado, como reo de violación, con la pena de prisión de seis a doce años.

Artículo 180.

1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del artículo 178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

3.ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.

4.ª Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

5.ª Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

CAPÍTULO II

DE LOS ABUSOS SEXUALES

Artículo 181.

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurre la circunstancia 3.ª o la 4.ª, de las previstas en el apartado 1 del artículo 180 de este Código.

Artículo 182.

1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años.

2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concurra la circunstancia 3.ª o la 4.ª, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.

Artículo 183.

1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.ª o la 4.ª de las previstas en el artículo 180.1 de este Código.

CAPÍTULO III

DEL ACOSO SEXUAL

Artículo 184.

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 del presente artículo.

CAPÍTULO IV

DE LOS DELITOS DE EXHIBICIONISMO Y PROVOCACIÓN SEXUAL

Artículo 185.

El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

Artículo 186.

El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, o multa de seis a doce meses.

CAPÍTULO V

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA PROSTITUCIÓN Y LA CORRUPCIÓN DE MENORES

Artículo 187.

1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Artículo 188.

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen las conductas descritas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

4. Si las mencionadas conductas se realizaren sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

Artículo 189.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:

a) El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior.

2. Se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

3. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

4. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

5. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

Artículo 190.

La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia».

Artículo 3.

En el artículo 132.1 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se añade, a continuación de su texto vigente, el siguiente inciso:

«En los delitos de homicidio, aborto no consentido, lesiones, malos tratos, detenciones ilegales, torturas y otros delitos contra la integridad moral, contra la libertad sexual y contra la intimidad, cuando la víctima fuera menor de edad, desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad. Si la víctima falleciere antes de la mayoría de edad el plazo de prescripción se computará a partir de la fecha del fallecimiento».

Artículo 4.

Se introduce en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, un nuevo artículo 57 con la siguiente redacción:

Artículo 57.

Los Jueces y Tribunales, en los delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo se aproxime a la víctima o se comunique con ella o con su familia, vuelva al lugar en que haya cometido el delito, o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el Juez o Tribunal señalen, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de cinco años».

Artículo 5.

Se introduce en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, un nuevo apartado 1.º bis en el artículo 83.1 con la siguiente redacción:

Artículo 83.1.

1.º bis) Prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella o con su familia».

Artículo 6.

Se introduce en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, un nuevo apartado g) en el artículo 105.1 con la siguiente redacción:

Artículo 105.1.

g) Prohibición de aproximarse a la víctima o de comunicarse con ella o con su familia».

Artículo 7.

Se modifica el apartado 2 del artículo 617 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, cuya redacción pasa a ser la siguiente:

Artículo 617.

2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

Cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses. Asimismo, los Jueces o Tribunales podrán acordar en sus sentencias, a petición de la víctima, la prohibición de que el reo se aproxime al ofendido o se comunique con él o con su familia, así como la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que se hubiere cometido la falta o acuda a aquel en que resida la víctima o su familia si fueren distintos por tiempo de tres meses a un año».

Disposición final única

1. Se modifica el apartado 2, punto a), del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que tendrá la siguiente redacción:

«Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito».

2. Se modifica el apartado 4, punto e), del artículo 23 de la mencionada Ley Orgánica del Poder Judicial, que tendrá la siguiente redacción:

«Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces».

LEY ORGÁNICA 14/1999, DE 9 DE JUNIO, DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995, EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS DE MALOS TRATOS, Y DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

(«BOE» núm. 138, de 10 de junio de 1999)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Plan de acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, incluía entre sus medidas determinadas acciones legislativas encaminadas a la modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para lograr la erradicación de las conductas delictivas consistentes en malos tratos, a la par que otorgar una mayor y mejor protección a las víctimas de tan deplorables conductas.

La articulación de tales medidas legislativas se concreta, en cuanto se refiere el Código Penal, en la modificación de los artículos 33, 39, 48, 57, 83, 105, 153, 617 y 620, modificación que supone, entre otras innovaciones, la inclusión como pena accesorio de determinados delitos de la prohibición de aproximación a la víctima, la tipificación como delito específico de la violencia psíquica ejercida con carácter habitual sobre las personas próximas y hacer posible el ejercicio de oficio de la acción penal en los supuestos de faltas, al mismo tiempo que se adecua la imposición de la sanción penal a las posibles consecuencias sobre la propia víctima.

En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la modificación de sus artículos 13 y 109, junto con la introducción de un nuevo artículo 544 bis, persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima en los delitos de referencia, mediante la introducción de una nueva medida cautelar que permita el distanciamiento físico entre el agresor y la víctima, medida que podrá acordarse entre las primeras diligencias. Por otro lado, se reforma el artículo 104 de dicha Ley para permitir la persecución de oficio de las faltas de malos tratos, al tiempo que se elimina la obsoleta referencia que se contiene en dicho precepto a la desobediencia de las mujeres respecto de sus maridos o de los hijos respecto de sus padres. También se revisa la redacción del artículo 103 con el objeto de ponerla en consonancia con el vigente Código Penal.

Por último, también dentro de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha procurado introducir un aspecto altamente novedoso de carácter procesal que puede redundar en una considerable minoración de las consecuencias que sobre la propia víctima o sobre los testigos menores de edad puede tener el desarrollo del proceso. En este sentido, se introduce la cobertura legal necesaria para que no se produzca confrontación visual entre aquéllos y el procesado; la forma de llevarse a cabo podrá consistir en la utilización de medios audiovisuales. Por congruencia con este principio, la práctica de careos cuando los testigos sean menores de edad, pasa a tener carácter excepcional.

CAPÍTULO I

MODIFICACIONES DEL CÓDIGO PENAL

Artículo 1.

Los artículos que a continuación se relacionan del Libro I del Código Penal se modifican en los siguientes términos:

1. La letra g) del apartado 2 del artículo 33 queda redactada de la forma siguiente:

«g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, por tiempo superior a tres años».

2. La letra f) del apartado 3 del artículo 33 queda redactada de la forma siguiente:

«f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, por tiempo de seis meses a tres años».

3. Se añade una letra b) bis al apartado 4 del artículo 33, con la siguiente redacción:

«b) bis. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, por tiempo inferior a seis meses».

4. La letra f) del artículo 39 queda redactada de la forma siguiente:

«f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos».

5. El artículo 48 queda redactado de la forma siguiente:

«La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado volver al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas.

La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual».

6. El artículo 57 queda redactado de la forma siguiente:

«Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias, dentro del período de tiempo que los mismos señalen que, en ningún caso, excederá de cinco años, la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones:

a) La de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

b) La de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

c) La de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el presente artículo, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620 de este Código».

7. Se añade un nuevo subapartado 1.º bis al apartado 1 del artículo 83, con la siguiente redacción:

«1.º bis. Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos».

8. Se añade una nueva letra g) al apartado 1 del artículo 105, con la siguiente redacción:

«g) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos».

9. Se añade al apartado 1 del artículo 132, a continuación de su texto vigente, el siguiente inciso:

«En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento».

Artículo 2.

Los artículos 153, 617 y 620 del Código Penal se modifican en los siguientes términos:

1. El artículo 153 queda redactado de la forma siguiente:

«El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y

de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

2. El apartado 2 del artículo 617 queda redactado como sigue:

«El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar».

3. En el artículo 620 se modifica el hasta ahora párrafo final y se añade un nuevo párrafo, que pasa a ser el último, quedando dichos párrafos con la siguiente redacción:

«Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias».

CAPÍTULO II

MODIFICACIONES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Artículo 3.

Se introducen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal las siguientes modificaciones:

1. El artículo 13 queda redactado de la forma siguiente:

«Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis de la presente Ley».

2. El artículo 14, primero, queda redactado de la forma siguiente:

«Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, el Juez de Instrucción. Sin embargo, conocerá de los juicios por faltas tipificadas en los artículos 626, 630, 632 y 633 del Código Penal, el Juez de Paz del lugar en que se hubieran cometido. También conocerán los Jueces de Paz de los juicios por faltas tipificadas en el artículo 620.1º. y 2º., del Código Penal, excepto cuando el ofendido fuera alguna de las personas a que se refiere el artículo 153 del mismo Código».

3. El artículo 103 queda redactado de la forma siguiente:

«Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí:

1.º Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia.

2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros».

4. El párrafo segundo del artículo 104 queda redactado de la forma siguiente:

«Las faltas consistentes en el anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada, con el que se perjudique u ofenda a particulares, y en injurias leves sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes».

5. Se añade al artículo 109 un último párrafo, redactado de la forma siguiente:

«En cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Juez asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad».

6. Se añade al artículo 448 un último párrafo, redactado de la forma siguiente:

«Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y a las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba».

7. Se añade un segundo párrafo al artículo 455, con el siguiente contenido:

«No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial».

8. Se añade un nuevo artículo 544 bis, con la siguiente redacción:

«En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculcado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se

atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

El incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar».

9. Se añade un segundo párrafo al artículo 707, con el siguiente contenido:

«Cuando el testigo sea menor de edad, el Juez o Tribunal podrá, en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, acordar que sea interrogado evitando la confrontación visual con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba».

10. Se añade un segundo párrafo al artículo 713, con el siguiente contenido:

«No se practicarán careos con testigos que sean menores de edad salvo que el Juez o Tribunal lo considere imprescindible y no lesivo para el interés de dichos testigos, previo informe pericial».

Disposición final única

La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEY 32/1999, DE 8 DE OCTUBRE, DE SOLIDARIDAD CON LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

(«BOE» núm. 242, de 9 de octubre de 1999)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Mediante la presente Ley, la sociedad española rinde tributo de honor a cuantos han sufrido la violencia terrorista. Los Grupos Parlamentarios del Congreso de los Diputados y del Senado –por unanimidad– quieren hacer de esta iniciativa una expresión de reconocimiento y solidaridad en orden a ofrecer a las víctimas del terrorismo la manifestación de profundo homenaje que, sin duda, merece su sacrificio.

Las víctimas del terrorismo han sido, con su contribución personal, el exponente de una sociedad decidida a no consentir que nada ni nadie subvierta los valores de la convivencia, de la tolerancia y de la libertad. Por eso las víctimas constituyen el más limpio paradigma de la voluntad colectiva de los ciudadanos en pro de un futuro en paz que se ha de construir desde el diálogo, el consenso y el respeto recíproco entre las diversas opciones políticas que ostentan la representación legítima de la ciudadanía.

La recuperación de la democracia afirmó un proyecto de convivencia decidido a superar los viejos conflictos de nuestra Historia. Un proyecto asentado en el respeto a la ley, a la voluntad popular y al libre y pacífico ejercicio de cualquier reivindicación política. Nada, pues, justifica el uso de forma alguna de violencia ni cabe argumento para que unos pocos hayan quebrado la paz.

Sin embargo, hoy las expectativas de un mañana sin violencia tienen un horizonte más esperanzado que en otros momentos. Este es, sin duda, un logro colectivo del conjunto de nuestra sociedad y del que sólo esa sociedad es su auténtico protagonista. Por eso mismo, en ese contexto, la referencia a las víctimas supondrá siempre el incontrovertible lugar de encuentro en el que hacer converger a todos los demócratas desde la pluralidad y desde la natural diferencia ideológica.

Durante las dos últimas décadas el Estado ha prestado una singular y constante atención hacia las víctimas del terrorismo. En los últimos veinte años la acción de todos los gobiernos democráticos se ha orientado a definir normativamente un amplio sistema singular de protección. Paralelamente la acción de los Tribunales ha ido depurando las responsabilidades derivadas de hechos que estremecen a cualquier sensibilidad aun cuando quedan pendientes todavía numerosos delitos por esclarecer. La actuación de la Justicia se ha vertebrado a través de sentencias en las que, junto a las penas correspondientes a espantosos y ciegos delitos, se reconocen y establecen indemnizaciones diversas a favor de las víctimas o de sus familias que, sin embargo, nunca han sido satisfechas hasta ahora. Por eso la presente Ley no pretende mejorar o perfeccionar las ayudas o prestaciones otorgadas al amparo de la legislación vigente, sino hacer efectivo —por razones de solidaridad— el derecho de los damnificados a ser resarcidos o indemnizados en concepto de responsabilidad civil, subrogándose el Estado frente a los obligados al pago de aquéllas. Ello, no obstante, la Ley extiende también su protección a todas las víctimas del terrorismo, tanto si las mismas tuvieron reconocido su derecho en virtud de sentencia firme como en aquellos otros supuestos en los que no concurriera tal circunstancia.

No se trata de sustituir el dolor padecido por las víctimas por el efecto de una mera compensación material porque ello resultaría, de suyo, inaceptable. El dolor de las víctimas es —y será para siempre— un testimonio que ha de servir para que la sociedad española no pierda nunca el sentido más auténtico de lo que significa convivir en paz. Para las víctimas sólo el destierro definitivo de la violencia puede llegar a ser su única posible compensación. Quienes en sí mismos han soportado el drama del terror nos piden a todos que seamos capaces de lograr que la intolerancia, la exclusión y el miedo no puedan sustituir nunca a la palabra y la razón.

Esta Ley es, pues, expresión del acuerdo del conjunto de los representantes legítimos de los españoles para contribuir a que la paz sea fruto de la conciliación y de la justicia y para que las víctimas del terrorismo reciban, una vez más, la manifestación de respeto, admiración y afecto que por siempre les ha de guardar y les guardará nuestro pueblo.

Artículo 1. Objeto

Mediante la presente Ley, el Estado rinde testimonio de honor y reconocimiento a quienes han sufrido actos terroristas y, en consideración a ello, asume el pago de las indemnizaciones que les son debidas por los autores y demás responsables de tales actos.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

1. Las víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaron con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana tendrán derecho a ser resarcidas por el Estado, que asumirá con carácter extraordinario el abono de las correspondientes indemnizaciones, en concepto de responsabilidad civil y de acuerdo con las previsiones de la presente Ley.

2. Sólo serán indemnizables los daños físicos o psicofísicos sufridos por tales víctimas siempre que los actos o hechos causantes hayan acaecido entre el 1 de enero de 1968 y la fecha de entrada en vigor de esta Ley.

3. Las indemnizaciones otorgadas al amparo de esta disposición se concederán por una sola vez y no implican la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna.

Artículo 3. Beneficiarios

Serán beneficiarios de las indemnizaciones previstas en el artículo anterior:

1. Las víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana.

2. En el supuesto de fallecimiento de las víctimas:

a) Las personas que hubiesen sido designadas derechohabientes en la correspondiente sentencia firme o sus herederos.

b) Cuando no hubiera recaído sentencia, el cónyuge no separado legalmente o, en su caso, la persona que hubiera venido conviviendo con la víctima de forma permanente con análoga relación de afectividad a la del cónyuge, durante al menos los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso, bastará la mera convivencia, y los herederos en línea recta descendente o ascendente hasta el segundo grado de parentesco. El orden de prelación y los principios de concurrencia de los distintos beneficiarios serán los establecidos en el Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo, aprobado por Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio.

Artículo 4. Distinciones honoríficas

1. Con el fin de honrar a las víctimas del terrorismo, se crea la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo.

2. El Gobierno, a propuesta del Ministro de la Presidencia y en el plazo máximo de tres meses a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley, aprobará el Reglamento de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo.

3. El Gobierno, previa solicitud de los interesados o de sus herederos, concederá las condecoraciones contempladas en este artículo en el grado de Gran Cruz, a título póstumo, a los fallecidos en actos terroristas y, en el grado de Encomienda, a los heridos y secuestrados en actos terroristas.

Artículo 5. Requisitos para el reconocimiento de las indemnizaciones

1. Procederá el abono a los interesados de las indemnizaciones reguladas en la presente Ley:

a) Cuando, en virtud de sentencia firme, se les hubiere reconocido el derecho a ser indemnizados en concepto de responsabilidad civil por los hechos y daños contemplados en el artículo 2 de esta Ley.

b) Cuando, sin mediar tal sentencia, se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales o incoado los procesos penales para el enjuiciamiento de los

delitos. En estos casos, la condición de víctima o derechohabiente, la entidad de los daños sufridos, la naturaleza de los actos o hechos causantes y los demás requisitos legalmente exigidos podrán acreditarse ante la Administración General del Estado por cualquier medio de prueba admisible en Derecho.

2. Las resoluciones administrativas por las que se hubiese reconocido a los interesados la condición de víctimas del terrorismo tendrán eficacia, en todo caso, para la tramitación y resolución de los correspondientes expedientes administrativos.

Artículo 6. Cuantificación de las indemnizaciones y compensaciones

1. Las obligaciones asumidas por el Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de esta Ley, se extienden al pago de las indemnizaciones o compensaciones establecidas por daños físicos o psicofísicos causantes de las siguientes contingencias:

- a) Fallecimiento.
- b) Gran invalidez.
- c) Incapacidad permanente absoluta.
- d) Incapacidad permanente total.
- e) Incapacidad permanente parcial.
- f) Lesiones permanentes no invalidantes.

2. La cuantía de las indemnizaciones o compensaciones a que se refiere el párrafo anterior se determinarán de la siguiente manera:

- a) Cuando exista sentencia firme reconociendo una indemnización en concepto de responsabilidad civil, bien sea por fallecimiento o por daños físicos o psicofísicos, se abonará la cantidad fijada en la misma, actualizada según el índice del valor constante de la peseta. Si la cantidad así establecida fuese inferior a la que se determina para cada supuesto en el Anexo a la presente Ley, el Estado compensará la diferencia.
- b) Cuando no exista sentencia firme, o si ésta no reconociese o no permitiese reconocer una cantidad en concepto de responsabilidad civil por daños físicos o psicofísicos, se abonará la cuantía prevista en el Anexo de esta Ley.

3. Dentro de cada supuesto, las indemnizaciones o compensaciones serán de idéntica cuantía, independientemente del tiempo en que el acto o hecho causante del daño hubiera tenido lugar.

4. Las víctimas de secuestros serán indemnizadas en los términos que reglamentariamente se determinen, siendo la cuantía máxima que pueda corresponderles la prevista en el Anexo de la presente Ley para la incapacidad permanente parcial.

5. Las indemnizaciones otorgadas conforme a las disposiciones de esta Ley serán compatibles con las pensiones, ayudas, compensaciones o resarcimientos que se hubieran percibido, o pudieran reconocerse en el futuro, al amparo de las previsiones contenidas en la legislación de Ayudas a las Víctimas del Terrorismo u otras disposiciones legales.

Artículo 7. Otras ayudas

1. Las distintas autoridades educativas adoptarán, en el ejercicio de sus competencias respectivas, las medidas necesarias para asegurar la exención de todo tipo de tasas académicas en los centros oficiales de estudios de todos los niveles de enseñanza a las víctimas de actos terroristas así como a sus cónyuges y sus hijos.

2. Con independencia de las indemnizaciones o compensaciones reguladas en el artículo anterior, se concederá a las víctimas de los actos mencionados en el artículo 2, ayudas específicas destinadas a financiar tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas, siempre que se acredite la necesidad actual de los mismos y no hubieran sido cubiertos bien por un sistema público o privado de aseguramiento, bien por el régimen público de resarcimientos o ayudas a las víctimas de actos terroristas.

Artículo 8. Transmisión de la acción civil al Estado

1. El Estado se subrogará en los derechos que asisten a los beneficiarios contra los obligados inicialmente al resarcimiento como autores de los delitos, de acuerdo con lo previsto en el presente artículo.

2. Con carácter previo a la percepción de las indemnizaciones establecidas en esta Ley, los beneficiarios deberán transmitir al Estado las acciones civiles de las que fuesen titulares.

3. Si no hubiere recaído sentencia firme, la víctima o, en su caso, los derechohabientes transmitirán al Estado su expectativa de derecho fundada en la futura fijación judicial de responsabilidad civil.

Artículo 9. Efectos de las distintas situaciones procesales

1. Si la responsabilidad civil hubiera sido fijada mediante sentencia firme, la víctima o sus derechohabientes sólo percibirán las indemnizaciones previstas en esta Ley en la medida en que dicha responsabilidad no se hubiera hecho efectiva.

2. La pendencia o incoación de un procedimiento judicial sobre los hechos generadores de responsabilidad civil no será obstáculo para la tramitación y, en su caso, concesión de los resarcimientos que correspondan con arreglo a la presente Ley.

3. La fijación sobrevenida de una indemnización por responsabilidad civil, en virtud de sentencia judicial, tendrá los efectos previstos en los artículos 6.2 a) y 8.1 de la presente Ley. Si la indemnización establecida en la sentencia, en concepto de daños físicos o psicofísicos, fuese de superior cuantía a la que hubiere percibido el beneficiario, el Estado abonará al interesado la diferencia.

Artículo 10. Tramitación de los expedientes y recursos

1. Corresponderá al Ministerio del Interior la tramitación y resolución de los procedimientos y el pago de las indemnizaciones que se establecen en esta Ley.

2. Las personas que se consideren beneficiarias podrán solicitar, en el plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigor del Reglamento de esta Ley, la concesión de las cantidades que pudieran corresponderles.

3. El plazo máximo para notificar la resolución de las solicitudes será de doce meses. En aquellos procedimientos en los que no recaiga resolución dentro del plazo señalado, se entenderán estimadas las solicitudes.

4. La resolución estimatoria o desestimatoria pondrá fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse contra la misma recurso contencioso-administrativo.

Artículo 11. Relación con los Tribunales

El Ministerio del Interior podrá recabar de los Tribunales de Justicia los antecedentes, datos o informes que resulten necesarios para la tramitación de los expedientes.

Artículo 12. Comisión de Evaluación

Se creará en el Ministerio del Interior una Comisión de Evaluación que, bajo la presidencia del Secretario general Técnico del Departamento e integrada por representantes de los Ministerios de Justicia, de Economía y Hacienda, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, elaborará y propondrá las propuestas de resolución de los expedientes que se tramiten al amparo de la presente Ley.

Artículo 13. Exenciones tributarias

1. Las cantidades percibidas como consecuencia de las indemnizaciones a que se refiere la presente Ley estarán exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de cualquier impuesto personal que pudiera recaer sobre las mismas.

2. En particular, las indemnizaciones contempladas en esta Ley se considerarán prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo, a los efectos de la exención prevista en el artículo 7 a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias.

Disposición adicional única

Las pensiones de viudedad y orfandad causadas por personas que hubieran tenido reconocidas pensiones de incapacidad permanente o de jubilación por incapacidad permanente, derivadas unas y otras de actos terroristas, tendrán también la consideración de pensiones extraordinarias derivadas de tales actos.

Disposición derogatoria única

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Disposición final primera. Desarrollo reglamentario

El Gobierno, en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, y a propuesta conjunta de los Ministros de Justicia, de Economía y Hacienda, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, desarrollará reglamentariamente lo dispuesto en la misma.

Disposición final segunda. Crédito extraordinario y necesidades presupuestarias futuras

1. El Gobierno elevará a las Cortes Generales, en el plazo más breve posible, un proyecto de ley de concesión de un crédito extraordinario para financiar los pagos previsibles a lo largo de 1999.

2. Las posteriores necesidades presupuestarias se consignarán en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Disposición final tercera. Normas supletorias

En lo no previsto en la presente Ley, será de aplicación la legislación sobre resarcimiento a las víctimas de delitos de terrorismo o de bandas armadas, las disposiciones sobre subvenciones y ayudas públicas y, en su caso, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Disposición final cuarta. Entrada en vigor

La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

ANEXO**INDEMNIZACIONES POR DAÑOS FÍSICOS Y PSICOFÍSICOS****TABLA I**

Indemnizaciones por fallecimiento e incapacidades.

TABLA II

Indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes.

Las cuantías de estas indemnizaciones serán las que resulten de la aplicación del baremo de lesiones permanentes no invalidantes establecido por la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro del Automóvil.

REAL DECRETO 1912/1999, DE 17 DE DICIEMBRE POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE EJECUCIÓN DE LA LEY 32/1999, DE 8 DE OCTUBRE DE SOLIDARIDAD CON LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

(«BOE» núm. 305, de 22 de diciembre de 1999)

El presente Reglamento supone la puesta en marcha de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, aprobada por unanimidad por ambas Cámaras Legislativas y respaldadas, clamorosamente, por la sociedad española, que quiere rendir el reconocimiento moral a todas y cada una de las víctimas del terrorismo y a sus familiares, que han venido padeciendo, desde hace más de treinta y un años, directa y cruentamente la violencia terrorista. Al propio tiempo, viene a ejecutar, técnica y administrativamente, la voluntad política contenida en dicha Ley, con un doble objetivo: ampliar la acción tuitiva asistencial e indemnizatoria a las víctimas del terrorismo y sus familiares, desde 1968, hasta nuestros días, junto con dicho reconocimiento moral, y, extender su aplicación a los hechos terroristas cometidos por bandas o grupos armados con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana.

Se trata de asumir por parte del Estado la acción de la responsabilidad civil cuya obligación deviene y recae en los autores y responsables civiles de los hechos, esté o no reconocida en sentencia, por un principio de solidaridad que no de responsabilidad subsidiaria ni de otra clase, subrogándose el Estado en las posibles acciones presentes o futuras que pudiera tener el beneficiario de estas indemnizaciones, como requisito imprescindible para adquirir el derecho a estas indemnizaciones. Todo ello, dejando abierta a la voluntad de los interesados la vía procesal pertinente para ejercitar dicha acción contra dichos autores, en aquellos casos en que no se desee que se subroge el Estado en el ejercicio de las acciones civiles correspondientes.

Dentro del plazo previsto de seis meses desde la entrada en vigor del Reglamento, los beneficiarios o sus herederos podrán llevar a efecto la oportuna solicitud de todos

los hechos terroristas de los que se hayan podido derivar lesiones corporales, físicas o psicofísicas, si bien no se contemplan los daños morales o materiales. Únicamente respecto a los primeros, en aquellos casos en que por venir contenidos de forma inseparable en sentencia, podrían ser acogidos. Dentro de este marco normativo, el Reglamento regula las normas generales que se aplicarán en la tramitación y resolución de los distintos procedimientos, cuya competencia la tiene atribuida el Ministerio del Interior.

Se prevé la actuación técnico-administrativa de una Comisión de Evaluación integrada por representantes de distintos Ministerios y presidida por el Secretario general técnico del Ministerio del Interior, quien elevará las propuestas de resolución al titular de ese Departamento. Asimismo, regula los procedimientos de todas las posibles contingencias comprendidas en la Ley 32/1999, sobre fallecimiento, invalidez o incapacidad en todos sus grados y las lesiones permanentes no invalidantes, tanto tenga o no reconocida en sentencia la responsabilidad civil, de tal forma que no quede ninguna víctima o sus beneficiarios sin ser indemnizados por dicho concepto, para lo cual se establecen los procedimientos respecto a cada uno de los supuestos, requisitos a cumplir y la forma de tramitación en cada uno de ellos. También desarrolla las posibles indemnizaciones por secuestro, dentro de los límites establecidos en la Ley de Solidaridad, así como las ayudas específicas para financiar aquellos tratamiento médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas que sean necesarias, siempre que no estén cubiertas por los sistemas de sanidad públicos o privados.

Así pues, el Reglamento viene a desarrollar con detallada y minuciosa especificidad todos y cada uno de los supuestos previstos en la Ley, en orden a dar respuesta moral y económica a todas aquellas personas que fueron víctimas directas de actos terroristas por los que sufrieron daños físicos o psicofísicos, con derecho o no a pensión, así como a sus familiares en caso de fallecimiento o herederos legalmente instituidos como tales. Con el fin de dar las máximas facilidades a la hora de solicitar estas indemnizaciones, el Reglamento prevé, en un Anexo, *ad hoc*, los modelos de solicitudes y documentos que deben acompañar los posibles beneficiarios que representa una ayuda y mejora administrativa para todos los interesados.

Finalmente, en esta norma la Administración General del Estado suma todos sus esfuerzos en conseguir la ejecución material de estas indemnizaciones, procurando no sólo el puro resarcimiento económico sino la plasmación del reconocimiento moral que se debe a las víctimas de actos terroristas, con carácter general y sin distinciones de ninguna clase, dentro del amplio ámbito de la solidaridad.

Por último, la disposición final primera de la Ley 32/1999 establece que el Gobierno, en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, y a propuesta conjunta de los Ministros de Justicia, de Economía y Hacienda, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, desarrollará reglamentariamente lo dispuesto en la misma.

En aplicación de tales previsiones legales y a propuesta del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, y de los Ministros de Justicia, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, con la aprobación del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros, en su reunión del día 17 de diciembre de 1999, dispongo:

Artículo único

Se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, cuyo texto se inserta a continuación.

Disposición final primera

Se autoriza a los Ministros de Justicia, de Economía y Hacienda, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales para dictar, en el ámbito de sus respectivas competencias, las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación del Reglamento que se aprueba.

Disposición final segunda

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

ANEXO**REGLAMENTO DE EJECUCION DE LA LEY 32/1999, DE 8 DE OCTUBRE,
DE SOLIDARIDAD CON LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO****TÍTULO I****Normas generales***Artículo 1. Régimen jurídico*

Las víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana tendrán derecho a ser indemnizadas por el Estado de acuerdo con lo previsto en la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, en el presente Reglamento y en las disposiciones complementarias que se dicten.

Artículo 2. Daños resarcibles

1. Serán resarcibles por el Estado, mediante la correspondiente indemnización y con el alcance y condiciones previstas en la Ley 32/1999 y en el presente Reglamento, los daños físicos o psicofísicos sufridos por las víctimas de actos de terrorismo o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas o grupos armados o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y seguridad ciudadana, siempre que los actos o hechos causantes hayan acaecido entre el 1 de enero de 1968 y la fecha de entrada en vigor de la Ley 32/1999.

2. No serán indemnizables los daños materiales ni los daños morales sufridos por las víctimas como consecuencia de los actos o hechos a que se refiere el artículo primero, aun cuando unos y otros hubieran sido reconocidos en sentencia firme.

3. Las indemnizaciones otorgadas por el Estado al amparo de la Ley 32/1999 y del presente Reglamento se concederán por una sola vez, y no implicarán la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna.

4. Dichas indemnizaciones serán compatibles con las pensiones, ayudas, compensaciones o resarcimientos que se hubieran percibido o pudieran reconocerse en el futuro a los beneficiarios al amparo de las previsiones contenidas en la legislación de ayudas a las víctimas del terrorismo o en otras disposiciones legales o reglamentarias.

Artículo 3. Determinación del nexo causal

Para el reconocimiento de la indemnización será imprescindible que conste en el expediente la existencia de un acto de terrorismo, o hecho comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 32/1999 y de este Reglamento, que resultará acreditado por la resolución judicial correspondiente, o por resolución administrativa recaída en expediente previo de reconocimiento de resarcimiento o pensión extraordinaria como víctima del terrorismo o, en otro caso, determinada por medio de las actuaciones instructoras practicadas para establecer la relación causal entre el hecho delictivo y el fallecimiento o las lesiones indemnizadas.

Artículo 4. Plazo para presentar la solicitud

El plazo para solicitar las indemnizaciones reguladas en la Ley 32/1999 será de seis meses contados a partir de la entrada en vigor del presente Reglamento.

La fijación sobrevenida de una indemnización por responsabilidad civil, en virtud de sentencia judicial posterior a la entrada en vigor de este Reglamento, dará lugar a la apertura de un nuevo plazo de seis meses, a partir de la notificación de la resolución judicial, para solicitar la indemnización de la responsabilidad civil en ella reconocido, si fuere de superior cuantía a la que hubiere percibido el beneficiario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 9 de la Ley 32/1999.

Artículo 5. Normas generales aplicables a los procedimientos

1. Competencia.

Corresponde al Ministerio del Interior la tramitación y resolución de los procedimientos y el pago de las indemnizaciones establecidas en la Ley 32/1999.

Los referidos procedimientos se tramitarán por la Subdirección General de Atención al Ciudadano y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo que someterá las correspondientes propuestas de resolución a la Comisión de Evaluación regulada en el artículo siguiente.

2. Solicitudes.

El procedimiento para el reconocimiento de las indemnizaciones se iniciará mediante solicitud del interesado, según los modelos normalizados que se recogen en el Anexo de este Reglamento, y se acompañará de los documentos siguientes:

a) Copia del documento nacional de identidad y número de identificación fiscal si se trata de españoles, o si el solicitante poseyera otra nacionalidad, pasaporte o documento acreditativo de su personalidad.

b) Declaración preceptiva de transmisión al Estado de cualquier acción civil, presente o futura, que se derive de los hechos lesivos por los que solicita la indemnización, de la que pudiera ser titular el solicitante. Si la solicitud se presenta en modelo normalizado, recogido en el Anexo de este Reglamento, bastará la firma del mismo para entender formalizada la cesión del derecho.

c) Documentación exigida por la especialidad del procedimiento señalada en los Capítulos correspondientes de este Reglamento para cada clase de indemnización, salvo que los documentos exigidos obraran ya en poder del órgano actuante como consecuencia de la tramitación de expedientes anteriores.

d) Para solicitar la indemnización a título de heredero del beneficiario, cuando proceda, se deberá acreditar el fallecimiento del mismo, mediante el certificado de defunción, y la designación como sucesor hereditario del peticionario con la aportación del testamento y el certificado de última voluntad del causante. Además, se podrá probar tal titularidad con la aportación de la declaración de herederos, o de cualquier documento público en el que conste tal designación.

e) Todos los titulares que traigan su derecho de una misma víctima, o de un beneficiario fallecido, procurarán formular su petición resarcitoria en la misma solicitud. Una vez iniciado el procedimiento, las nuevas solicitudes que se formulen por personas distintas a las que lo hubiesen instado, se unirán al expediente siempre que se presenten antes de dictar la correspondiente resolución. El plazo máximo para resolver se computará a partir de la fecha en que haya tenido entrada la última solicitud, en cualquiera de los registros del Ministerio del Interior.

3. Instrucción.

a) El órgano instructor realizará de oficio las actuaciones que estime pertinentes para la comprobación de los hechos o datos alegados, pudiendo solicitar la documentación complementaria o la práctica de las pericias necesarias para la resolución del expediente. Las evaluaciones médicas, cuando resulten determinantes para adoptar la resolución, tendrán el carácter de pruebas técnicas que suspenderán el procedimiento el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

b) Cuando falte un dato o documento preceptivo se requerirá al interesado para que subsane la omisión en el plazo de diez días, pudiendo tenerle por desistido si así no lo hiciera, de conformidad con lo previsto en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

c) El órgano instructor podrá solicitar a las autoridades policiales, al Ministerio Fiscal o a los órganos jurisdiccionales la información que precise para sustanciar de forma adecuada el procedimiento.

d) El órgano instructor podrá proponer directamente que se resuelva la inadmisión a trámite de las solicitudes de reconocimiento de derechos que carezcan manifiestamente de fundamento por no estar comprendidos los hechos invocados entre los que, conforme a los términos de la Ley 32/1999, generan el derecho a las indemnizaciones previstas en la misma.

Artículo 6. Comisión de Evaluación

1. Se crea la Comisión de Evaluación, prevista en el artículo 12 de la Ley 32/1999, con carácter de órgano colegiado adscrito al Ministerio del Interior, que ejercerá las funciones de estudio, valoración y aprobación de las propuestas de resolución en los procedimientos tramitados por la Subdirección General de Atención al Ciudadano y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de dicho Departamento ministerial.

La composición de la Comisión será la siguiente:

a) Presidente: el Secretario general técnico del Ministerio del Interior. En caso de vacante, ausencia, enfermedad u otra causa legal, el Presidente será sustituido por el Vicepresidente y, en su defecto, por el miembro de la Comisión de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden de entre sus componentes.

b) Vicepresidente: el Subdirector general de Atención al Ciudadano y de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo.

c) Vocales: un representante por cada uno de los Ministerios de Justicia, de Economía y Hacienda y de Trabajo y Asuntos Sociales, con nivel de Subdirector general, designados por los respectivos Departamentos. Simultáneamente a la designación de los vocales, se hará la de los que actuarán como suplentes de aquéllos.

d) Secretario: el Jefe del Área de Indemnizaciones de la Subdirección General de Atención al Ciudadano y de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo.

2. La Comisión de Evaluación, cuyo régimen de funcionamiento se ajustará a lo dispuesto en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, establecerá su propio régimen de convocatorias y el carácter y periodicidad de sus reuniones. Asimismo podrá determinar criterios a fin de asegurar un tratamiento homogéneo en la instrucción de los expedientes en los procedimientos de concesión de las indemnizaciones.

3. Finalizada la instrucción del procedimiento, la Comisión de Evaluación aprobará la elaboración de la correspondiente propuesta de resolución que elevará al órgano al que corresponda resolver.

Artículo 7. Resolución

Corresponderá al Ministro del Interior la resolución de los procedimientos regulados en el presente Reglamento. Sus resoluciones pondrán fin a la vía administrativa y podrán ser recurridas potestativamente en reposición o impugnadas directamente ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

Las resoluciones estimatorias de indemnizaciones se comunicarán al órgano jurisdiccional que hubiere dictado la resolución que declaró la responsabilidad civil en la que el Estado ha quedado subrogado.

El órgano competente para la resolución de los procedimientos podrá acordar, motivadamente, la inadmisión a trámite de las solicitudes, cuando las mismas carezcan manifiestamente de fundamento, por no estar comprendidos los hechos invocados entre los que, conforme a los términos de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, generan el derecho a las indemnizaciones previstas en la misma.

Artículo 8. Plazo para notificar las resoluciones

El plazo máximo para notificar la resolución al interesado será de doce meses, contados desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en cualquiera de los registros del Ministerio del Interior, entendiéndose estimadas las solicitudes sobre las que no se haya notificado la resolución dentro del plazo señalado.

Artículo 9. Transmisión de la acción civil al Estado

1. De acuerdo con lo previsto en el artículo 8 de la Ley 32/1999 y una vez efectuado el pago, el Estado se subrogará en los derechos que asisten a los beneficiarios contra los obligados por sentencia firme como autores o responsables civiles del delito.

2. Si no hubiera recaído sentencia firme, el Estado se subrogará en la expectativa del derecho de los beneficiarios fundada en la futura fijación judicial de responsabilidad civil.

3. A tales fines, las personas que tengan derecho a ser indemnizadas acompañarán a la solicitud de indemnización el documento por el que transmiten al Estado las

acciones derivadas de la responsabilidad civil que puedan corresponderles respecto a los autores de los hechos delictivos a que se refiere la Ley 32/1999, en el presente o en el futuro, estén o no reconocidas en sentencias. De no efectuarse dicha transmisión, no se concederá en ningún caso la indemnización solicitada.

Artículo 10. Exenciones tributarias

Las indemnizaciones y ayudas económicas percibidas al amparo de la Ley 32/1999 y del presente Reglamento estarán exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de cualquier impuesto personal que pudiera recaer sobre las mismas, teniendo la consideración de prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo, a efectos de la exención prevista en el artículo 7 a) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y otras normas tributarias.

TÍTULO II

Indemnizaciones fijadas por sentencia

Artículo 11. Titulares del derecho de indemnización

Serán titulares de las indemnizaciones las víctimas o las personas reconocidas como acreedoras de la responsabilidad civil en la correspondiente sentencia firme o resolución judicial, o sus herederos.

Artículo 12. Importe de la indemnización

El importe de la indemnización se calculará conforme a las siguientes reglas:

1. Cuando exista sentencia o resolución judicial firme reconociendo una indemnización en concepto de responsabilidad civil, bien sea por fallecimiento o por daños físicos o psicofísicos, se abonará la cantidad fijada en la misma, actualizada según el índice del valor constante de la peseta a 1999. Para efectuar la actualización se tomarán como referencias la media anual del índice general nacional de precios al consumo del año de la sentencia y el correspondiente al mes de diciembre de 1999.

2. Cuando la sentencia o resolución judicial fijara como responsabilidad civil el importe de una cantidad alzada, sin establecer un desglose de los conceptos resarcitorios, se abonará al beneficiario la cuantía global señalada en la sentencia o resolución judicial si de su contenido se puede deducir que los daños físicos y psíquicos constituyen el componente esencial de la indemnización.

Artículo 13. Procedimiento

El procedimiento para conceder estas indemnizaciones se ajustará a las siguientes reglas:

1. La solicitud, formulada conforme a lo establecido en el artículo 5.2 de este Reglamento, se acompañará del testimonio de la sentencia firme reconocedora del derecho de indemnización y de un certificado del órgano jurisdiccional competente que acredite la no ejecución de la resolución o, en su caso, la parte en la que la responsabilidad no se hubiera hecho efectiva.

2. El órgano instructor podrá recabar de los órganos jurisdiccionales competentes la documentación, informes o aclaraciones pertinentes que conduzcan a facilitar un correcto cumplimiento de las declaraciones de responsabilidad civil contenidas en las resoluciones judiciales.

TÍTULO III

Indemnizaciones no fijadas por sentencia

CAPÍTULO I

INDEMNIZACIONES POR FALLECIMIENTO

Artículo 14. Titulares del derecho de indemnización

1. En el supuesto de fallecimiento de la víctima, cuando no hubiere recaído sentencia, serán beneficiarios de las indemnizaciones el cónyuge no separado legalmente o, en su caso, la persona que hubiere venido conviviendo con la víctima de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, durante al menos los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, y los herederos de la víctima en línea recta descendente y ascendente hasta el segundo grado de parentesco.

De coexistir el cónyuge no separado legalmente y la persona que hubiere venido conviviendo con el fallecido, sólo tendrá la condición de beneficiario el referido cónyuge.

2. En caso de fallecimiento de uno de los beneficiarios anteriores serán titulares de la indemnización, en la parte que le hubiere correspondido, sus propios sucesores hereditarios, siempre con el límite del grado de parentesco previsto en el párrafo anterior.

Artículo 15. Orden de prelación y concurrencia

El orden de prelación y la concurrencia de los distintos beneficiarios, de acuerdo con lo previsto en el párrafo b) del apartado segundo del artículo 3 de la Ley 32/1999 y en el Reglamento de Ayudas y Resarcimientos a las Víctimas de Delitos de Terrorismo, aprobado por Real Decreto 1211/1997, de 18 de julio, se determinarán por aplicación de las siguientes reglas:

1. Prelación:

1.º El cónyuge o conviviente, y los hijos de la persona fallecida con independencia de su filiación y edad, o de su condición de póstumos.

2.º En caso de inexistencia de los anteriores, los padres de la persona fallecida.

3.º En defecto de los padres, por orden sucesivo y excluyente, los nietos y los abuelos de la misma.

2. Concurrencia:

1.º Cuando concurren cónyuge o conviviente e hijos, la indemnización se repartirá por mitades, correspondiendo una al cónyuge o conviviente y la otra a los hijos, distribuyéndose esta última por partes iguales entre ellos.

2.º En los demás supuestos se distribuirá la indemnización por partes iguales entre los beneficiarios que tengan el mismo derecho de prelación.

3.º En el supuesto de fallecimiento de un beneficiario, la parte de la indemnización que le hubiere correspondido será distribuida entre sus propios herederos con arreglo a las disposiciones hereditarias aplicables a la sucesión del fallecido, con el límite previsto en el apartado 2 del artículo anterior.

Artículo 16. Importe de las indemnizaciones

La cuantía de la indemnización por fallecimiento, de acuerdo con la tabla I del Anexo de la Ley 32/1999, se fija en 23.000.000 de pesetas.

Artículo 17. Formalización de las solicitudes

1. Cuando el peticionario tenga reconocida a su favor, con carácter previo, una indemnización o una pensión extraordinaria de viudedad u orfandad como víctima de terrorismo, presentará la solicitud conforme a lo establecido en el artículo 5.2 de este Reglamento, sin más documentación que una copia de la resolución administrativa reconocedora de los mencionados derechos. En caso de no disponer de ella, se limitará a expresar el lugar y la fecha del atentado, del causante y la fecha aproximada de la resolución.

2. Cuando el peticionario no disponga a su favor de una resolución administrativa de las señaladas en el apartado anterior, formulará su solicitud conforme a lo establecido en el artículo 5.2 acompañada del certificado de fallecimiento de la víctima, así como de los siguientes documentos en función de su relación de parentesco con el fallecido:

a) Si se tratara del cónyuge, no separado legalmente, copia del libro de familia o certificación de la inscripción del matrimonio expedida por el Registro Civil con posterioridad a la fecha de defunción de la víctima.

b) Si el solicitante fuera la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido deberá presentarse certificado de convivencia en domicilio común, con expresión del período en que ésta se hubiere mantenido, expedido por la autoridad municipal competente.

c) Cuando se trate de los hijos del fallecido se acompañará copia del libro de familia o las correspondientes certificaciones de nacimiento expedidas por el Registro Civil.

d) Si los solicitantes fuesen los padres del fallecido deberán acreditar su paternidad mediante copia del libro de familia o certificación de la inscripción del nacimiento del hijo fallecido. Asimismo a efectos de determinar que no existen otros posibles beneficiarios con mejor derecho a la ayuda, deberá aportarse declaración sobre el estado civil del hijo en la fecha del fallecimiento.

e) Si los peticionarios fuesen los nietos del fallecido justificarán su parentesco con las certificaciones de la inscripción del nacimiento propio y del progenitor descendiente de la víctima fallecida.

f) A efectos de determinar la posible concurrencia de otros beneficiarios, el solicitante deberá aportar declaración en la que conste el nombre y apellidos de otros posibles perceptores con igual derecho y, en el caso de ascendientes o descendientes en segundo grado, la manifestación de que desconocen la existencia de posibles beneficiarios con derecho de prelación preferente al del peticionario.

CAPÍTULO II

INDEMNIZACIONES POR INCAPACIDAD PERMANENTE

Artículo 18. Titulares del derecho de indemnización

1. Serán beneficiarios de la indemnización por incapacidad permanente, cuando no hubiera recaído sentencia, las víctimas que padezcan lesiones corporales físicas o psíquicas derivadas de actos de terrorismo, o de hechos perpetrados por persona o personas integradas en bandas armadas o que actuaran con la finalidad de alterar gravemente la paz y la seguridad ciudadana, que entrañen una incapacidad en algunos de los grados de incapacidad permanente: parcial, total, absoluta o gran invalidez. La graduación de la incapacidad se llevará a cabo aplicando las disposiciones contenidas al efecto en la legislación de la Seguridad Social.

2. Si el incapaz hubiera fallecido, resultarán beneficiarios sus herederos, y la indemnización que hubiere correspondido al causante será distribuida entre ellos conforme a las disposiciones que hayan regido su sucesión hereditaria.

Artículo 19. Importe de la indemnización

La cuantía de la indemnización, de acuerdo con la tabla I del anexo de la Ley 32/1999, se cifra en 65.000.000 de pesetas en el caso de gran invalidez, 16.000.000 de pesetas en el de incapacidad permanente absoluta, 8.000.000 de pesetas en el de incapacidad permanente total, y 6.000.000 de pesetas en el de incapacidad permanente parcial.

Artículo 20. Formalización de solicitudes

1. Cuando el solicitante tenga reconocida a su favor una resolución administrativa previa de indemnización, o una pensión extraordinaria por incapacidad permanente como víctima del terrorismo, presentará la solicitud conforme a lo establecido en el artículo 5.2 de este Reglamento y una copia de la resolución que concedió la indemnización o, en su defecto, la pensión extraordinaria. Si no dispusiera de ellas se limitará a expresar la fecha y lugar del atentado y la fecha aproximada de alguna de ambas resoluciones.

2. Cuando la resolución administrativa acreditativa de la incapacidad como víctima de terrorismo no exprese directamente el grado concreto de la incapacidad, y éste no pueda ser deducido del contenido del expediente en su día tramitado, el órgano instructor requerirá de los órganos de evaluación médica competentes, de acuerdo con lo previsto en el apartado 5 de este artículo, la emisión del correspondiente dictamen sobre el grado de incapacidad padecido.

3. Cuando el peticionario no tenga reconocida una incapacidad permanente como víctima del terrorismo formulará su solicitud conforme a lo establecido en el artículo 5.2, acompañada de los siguientes documentos:

a) Descripción de las circunstancias en que se hubiere cometido el hecho incapacitante que presente las características de un acto terrorista o un hecho comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 32/1999 y de este Reglamento.

b) Acreditación de que los hechos fueron denunciados ante la autoridad competente, de que se siguió de oficio proceso penal sobre los mismos, o la documentación pertinente para justificar la petición y facilitar la verificación de las circunstancias alegadas.

c) Información y dictámenes médicos disponibles sobre las lesiones invalidantes padecidas como consecuencia de los hechos terroristas descritos y la resolución del

órgano competente que haya declarado una incapacidad o minusvalía ordinaria del peticionario sin determinar relación causal con actos terroristas o hechos comprendidos en el ámbito de la Ley 32/1999.

4. En la fase de instrucción del procedimiento se recabarán, a fin de esclarecer los hechos originantes de las lesiones y contribuir a la determinación del nexo causal, los informes que se estimen necesarios de servicios policiales, autoridades gubernativas, o del médico forense del órgano jurisdiccional que hubiere intervenido en las actuaciones proseguidas a consecuencia del hecho lesivo.

5. Para la determinación de las lesiones y del correspondiente grado de incapacidad atribuible al atentado, el órgano instructor procederá a solicitar, a través de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, correspondiente a la residencia del interesado, el oportuno dictamen preceptivo del equipo de valoración de incapacidades. En aquellas provincias en que no estuviesen constituidos los equipos mencionados, el informe médico previo será evacuado por las unidades de valoración médica de incapacidades u órgano equivalente del Servicio Público de Salud de la Comunidad Autónoma respectiva. El mencionado dictamen será evacuado, respecto a los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil, o funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, por sus respectivos tribunales médicos.

Cuando se trate de víctimas, no residentes en España, de delitos cometidos en territorio nacional, la Calificación de las lesiones invalidantes se efectuará por el órgano, entre los señalados en el párrafo anterior, que corresponda en función del lugar de comisión del hecho delictivo, el cual emitirá su dictamen a la vista de los informes periciales evacuados con motivo de las actuaciones penales seguidas y de los informes o pruebas complementarias que sea preciso recabar de la legación consular española más próxima al lugar de la residencia de la víctima.

6. Los órganos evaluadores enumerados en el apartado anterior, a la vista de la información facilitada, podrán requerir, cuando resulte necesario, el reconocimiento personal de la víctima y la práctica de pruebas complementarias, a fin de determinar sobre el alcance de las lesiones sufridas y el grado de incapacidad correspondiente.

7. Conforme establece el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos del procedimiento desde que se soliciten los informes a los equipos y tribunales de valoración médica, cuando, a juicio del órgano instructor sean determinantes para la resolución del expediente.

Artículo 21. Incompatibilidad

El reconocimiento de una indemnización por incapacidad permanente, en aplicación del baremo legal, será incompatible con la percepción de resarcimientos por lesiones permanentes no invalidantes cuando éstas sean consecuencia del mismo hecho lesivo causante de la incapacidad.

CAPÍTULO III

INDEMNIZACIÓN POR LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES

Artículo 22. Titulares

Cuando no hubiera recaído sentencia firme, serán titulares del derecho a la indemnización por lesiones permanentes no invalidantes, las víctimas que padecieran secue-

las irreversibles, no generadoras de una incapacidad de las contempladas en el artículo 19 de este Reglamento, que sean consecuencia de un acto de terrorismo o de un hecho comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 32/1999.

Artículo 23. Cálculo del importe de la indemnización

1. La cuantía de la indemnización será la que proceda con arreglo al sistema de valoración establecido en el Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, en la redacción dada por la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. Para ello, el cálculo del resarcimiento estará en función de la calificación de las lesiones, que se habrá de realizar conforme a la puntuación de la tabla VI del Anexo de la citada Ley, y de la aplicación de los módulos cuantitativos y correctores de las tablas III y IV del mismo Anexo. Estos módulos deberán tomarse de la actualización del baremo efectuada por la última Resolución de la Dirección General de Seguros que se encuentre publicada el día de la entrada en vigor de este Reglamento.

2. El cálculo de la indemnización básica comenzará puntuando la lesión específica, dentro de los límites máximo y mínimo permitidos, para multiplicar después la puntuación obtenida por el valor del punto que corresponda a la edad de la víctima en el momento de la lesión y al rango de puntos de la lesión.

3. En el supuesto de concurrencia de lesiones se otorgará una puntuación conjunta que será resultado, primero, de multiplicar los puntos de la lesión menor por la diferencia entre 100 y la puntuación de la lesión mayor, segundo, de dividir el producto anterior por 100, y por último, de sumar al coeficiente así obtenido la puntuación de la lesión mayor, lo que se expresa en la fórmula $[(100-M) \times m : 100 + M]$. Este total será multiplicado por el valor del punto que corresponda según la edad y el nivel de puntos alcanzado.

4. El importe total de esta indemnización no podrá exceder en ningún caso la cuantía señalada para la incapacidad permanente parcial en el artículo 19 de este Reglamento.

Artículo 24. Formalización de solicitudes

1. Cuando el solicitante tenga reconocida a su favor una resolución administrativa previa en la que haya sido indemnizado por lesiones no invalidantes, como víctima del terrorismo, presentará la solicitud conforme a lo establecido en el artículo 5.2 de este Reglamento y una copia de la resolución concedente o, en su defecto, la indicación del lugar y la fecha del atentado y la fecha aproximada de la resolución. Además, deberá acompañar la siguiente documentación:

a) Copia de la declaración sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas cuyo período voluntario de presentación haya finalizado en el año inmediatamente anterior, o certificación negativa expedida por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

b) Caso de obrar en poder del interesado, podrá presentarse informe del médico forense del órgano jurisdiccional que conoció de los hechos que dieron lugar a las lesiones, siempre que éstas aparezcan calificadas y puntuadas con arreglo a la tabla VI del Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de los Vehículos a Motor.

c) En caso de no poder aportarse dicho informe, se acompañará la documentación e informes médicos disponibles sobre las secuelas padecidas a consecuencia del acto terrorista.

d) En el supuesto de que el interesado contase con dictamen previo emitido por el equipo de valoración de incapacidades de la respectiva Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el que se determinen las lesiones padecidas, procederá a acompañar el mismo a la solicitud.

2. En el caso previsto en el párrafo c) anterior, el órgano instructor procederá a solicitar, a través de la respectiva Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, correspondiente a la residencia del interesado, dictamen del equipo de valoración de incapacidades, en orden a la calificación y puntuación de las lesiones. En aquellas provincias donde no esté constituido el equipo mencionado, el informe médico previo será evacuado por las unidades de valoración médica de incapacidades u órgano equivalente del Servicio Público de Salud de la respectiva Comunidad Autónoma.

Cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas, de la Guardia Civil o funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, los dictámenes serán efectuados por los tribunales médicos respectivos.

En cualquier caso, las lesiones serán calificadas y puntuadas conforme a la tabla VI del Anexo a la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de los Vehículos de Motor.

Cuando se trate de víctimas, no residentes en España, de delitos cometidos en territorio nacional, la calificación de las lesiones invalidantes se efectuará por el órgano, entre los señalados en los párrafos anteriores, que corresponda en función del lugar de la comisión del delito.

Los órganos evaluadores enumerados en los párrafos anteriores, a la vista de la información facilitada, podrán requerir, cuando resulte necesario, las pruebas complementarias y el reconocimiento personal de la víctima a fin de calificar las lesiones atribuibles al atentado.

3. Conforme a lo establecido en el artículo 83.3 de la Ley 30/1992, se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos del procedimiento, desde la fecha en que se soliciten los informes y dictámenes médicos a que se refiere el apartado anterior, cuando a juicio del órgano instructor sean determinantes para la resolución del expediente.

4. En los supuestos en que, por la índole de las lesiones, la documentación médica obrante en el expediente la describa con suficiente precisión para establecer las correspondencias con las denominaciones de los epígrafes de puntuación cerrada del baremo, como la pérdida de un número de dientes, la limitación de movilidad de una extremidad medida en grados, u otras similares, el órgano instructor podrá prescindir de solicitar el dictamen de evaluación y procederá directamente a su cuantificación sobre los informes médicos disponibles.

5. Cuando el peticionario no tenga reconocida una indemnización previa de lesión, como víctima de terrorismo, formulará su solicitud conforme a lo establecido en el artículo 5.2 de este Reglamento, acompañada de los siguientes documentos:

a) Descripción de las circunstancias en que se hubiere cometido el hecho lesivo que presente las características de un acto terrorista o hecho comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 32/1999.

b) Acreditación de que los hechos fueron denunciados ante la autoridad competente, de que se siguió de oficio proceso penal sobre los mismos, o cualquier documentación pública o privada dirigida a facilitar la verificación de los hechos y circunstancias alegadas.

c) Información y dictámenes médicos disponibles sobre las lesiones no invalidantes padecidas como consecuencia de los hechos terroristas descritos.

d) Copia de la declaración sobre el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas cuyo período voluntario de presentación haya finalizado en el año inmediatamente anterior o calificación negativa expedida por la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

6. En la fase de instrucción del procedimiento se recabarán, a fin de esclarecer los hechos originantes de las lesiones y contribuir al esclarecimiento del nexo causal, los informes que se estimen necesarios de los servicios policiales, autoridades gubernativas, o del médico forense del órgano jurisdiccional que hubiere conocido los hechos.

7. Para la cuantificación de las lesiones derivadas del hecho terrorista, se requerirá dictamen médico de calificación y puntuación de las mismas, en los términos del apartado segundo de este artículo.

CAPÍTULO IV

INDEMNIZACIONES POR SECUESTRO

Artículo 25. Titulares y cuantía

1. La persona que haya sido objeto de secuestro, como consecuencia de acciones comprendidas en el ámbito de este Reglamento, exigiéndose alguna condición para su libertad, será indemnizada con la cantidad de 2.000.000 de pesetas por el acto del secuestro y 30.000 pesetas por cada día de duración del mismo, hasta el límite máximo de 6.000.000 de pesetas.

No darán lugar a indemnización las detenciones ilegales cometidas por miembros de organizaciones terroristas o de bandas armadas.

2. Si el secuestro fue un hecho notorio bastará que la víctima presente su solicitud de acuerdo con el artículo 5.2, practicándose de oficio todas las actuaciones conducentes al reconocimiento de la indemnización.

3. Si el secuestro no hubiera revestido notoriedad pública deberá presentar, junto a la solicitud, una descripción del hecho causante, acompañada de elementos acreditativos de las circunstancias en que se produjo la detención y liberación posterior. Por el órgano instructor se practicarán las actuaciones conducentes a la verificación de éstas y a establecer su relación causal con una actividad terrorista o un hecho comprendido en el ámbito de este Reglamento.

4. Las indemnizaciones por secuestro serán compatibles con las de fallecimiento, incapacidad permanente o lesiones permanentes no invalidantes que traigan causa de aquél.

CAPÍTULO V

AYUDAS ESPECÍFICAS

Artículo 26. Titulares y cuantía

1. Se concederán ayudas específicas a las víctimas del terrorismo para financiar tratamientos médicos, prótesis e intervenciones quirúrgicas cuando, acreditada su necesidad actual, no estuvieran cubiertas por un sistema público o privado de aseguramiento, o por el régimen estatal o autonómico de ayudas a las víctimas del terrorismo.

2. Para resultar beneficiario de la ayuda será preciso justificar su necesidad, mediante un informe médico acreditativo de la misma, y un certificado de la entidad aseguradora de la víctima de que la ayuda no entra dentro de la cobertura de sus prestaciones. Además se deberá acompañar un presupuesto formal del coste del tratamiento, prótesis o intervención quirúrgica solicitada. Una vez acordada la concesión de la ayuda, el pago de la misma se efectuará contra la presentación de las facturas que justifiquen debidamente el gasto realizado.

ANEXO

MODELOS DE SOLICITUD

Indemnización fijada por sentencia.

Indemnización por fallecimiento no fijada por sentencia.

Indemnización por incapacidad permanente no fijada por sentencia.

Indemnización por lesión permanente no invalidante, no fijada por sentencia.

Indemnización por secuestro no fijada por sentencia.

Solicitud de ayuda específica.

Instrucciones para cumplimentar los formularios:

1. Cada solicitante formalizará su petición en un impreso, utilizando el modelo que corresponda al tipo de indemnización solicitada.

2. Cuando existan varios solicitantes que deriven su derecho de una misma víctima o de un beneficiario fallecido, presentarán sus peticiones individuales simultáneamente, a fin de facilitar la tramitación de un expediente único. Los documentos comunes que sean adjuntados por uno de los solicitantes tendrán validez para los restantes peticionarios. No se precisa acompañar duplicados, bastando hacer referencia a la solicitud en la que se encuentran incorporados.

3. No se precisa aportar documentos que se encuentren en los archivos de la Subdirección General de Atención al Ciudadano y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo o del órgano del Ministerio del Interior que indique el solicitante.

4. Se podrá acompañar la solicitud de cuantos datos, alegaciones o documentos se estimen oportunos. A estos efectos, la solicitud podrá ampliarse con las hojas complementarias que resulten necesarias.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 2.2

Aplicación retroactiva y de oficio de la LO 7/1998, de 5 octubre por la que se suprimen las penas de prisión para los insumisos

Segundo.—No obstante ello, en el *BOE*, de fecha 6 de octubre de 1998, se publica la Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se suprimen las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y se rebajan las penas de inhabilitación para dichos supuestos. Y en la disposición transitoria segunda de dicha Ley Orgánica se establece que «los preceptos contenidos en la presente Ley tendrán efectos retroactivos en cuanto favorezcan a los condenados mediante sentencia firme con arreglo a la legislación anterior. En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos de la presente Ley». Y ciertamente la reforma operada en el artículo 604 del Código Penal, que tipifica el delito contra el deber de prestación del servicio militar, al rebajar la pena, en todos los supuestos, a la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a seis años, resulta más beneficiosa para el recurrente, por lo que se aplicará de oficio y con carácter retroactivo, considerándose ponderada a los hechos enjuiciados la pena mínima de cuatro años de inhabilitación especial.

(Sentencia de 28 de enero de 1999)

Posibilidad de revisar auto firme de revisión de sentencia en atención al cambio jurisprudencial operado respecto al abono de la redención de penas por el trabajo: mayor relevancia del valor justicia

Primero.—(...) Denegada la revisión de la sentencia, con acuerdo del propio Letrado del ahora recurrente y de él mismo, en tiempo posterior, se produce el

importante cambio jurisprudencial que supuso la Sentencia de 18 de julio seguida por la de 13 de noviembre de 1996 en cuanto a las redenciones por trabajo penitenciario ganadas hasta la vigencia del actual Código Penal, las que por constituir un derecho ya adquirido por el recluso, no le impedía optar por la aplicación de las penas del nuevo Código si le era más beneficioso, criterio jurisprudencial que tuvo gran trascendencia y que finalmente, ya consolidada la nueva doctrina, motivó la Circular 3/1996 de la Fiscalía General del Estado que rectificó la anterior Circular 1/1996, precisamente a la vista de la nueva doctrina jurisprudencial representada en las dos resoluciones citadas que después han sido reiteradas en multitud de ocasiones.

El problema se plantea en casos en los que como el presente, existe una primera resolución contraria a la revisión, que deviene firme, y que tras la nueva doctrina jurisprudencial exigiría una revisión de la revisión al serle más beneficioso la aplicación al reo de las penas del nuevo Código Penal descontándole la redención adquirida hasta el día del inicio de la vigencia del actual Código Penal –25 de mayo de 1996.

Esta posibilidad de revisar lo ya revisado y que devino firme, plantea evidentes problemas tanto de derecho procesal como de derecho sustantivo algunos con claro contenido constitucional pudiendo aparecer afectados el derecho de igualdad y a no padecer discriminación –artículo 14 CE–, el de respeto al valor superior de la justicia –artículo 1.1.º CE–, pero también y en otro sentido, el de seguridad jurídica –artículo 9.3.º CE–, así como el principio de invariabilidad de las sentencias y autos definitivos –artículo 267.1.º LOPJ.

En todo caso, la mayor relevancia del valor justicia, valor superior, y por lo tanto fundamental y fundamentador del Ordenamiento Jurídico no parece que se concilie con hacer depender el tiempo de prisión efectiva de unos u otros penados de los diversos ritmos procesales según las resoluciones firmes no revisorias se hayan dictado antes o después de la consolidada doctrina de esta Sala ya citadas.

En este sentido, el informe del Ministerio Fiscal acepta la aplicación al caso de autos del artículo 2.2 del vigente Código Penal por estimar que los problemas de retroactividad punitiva tienen naturaleza de garantía esencial, y consecuencia de ello es la aplicación del principio de retroactividad penal en lo favorable, no ya al propio Texto Legal sino también a la jurisprudencia tal y como ha postulado algún sector doctrinal, por ello y aun reconociendo lo difuso que supone determinar ese grado en el que la jurisprudencia puede tener un contenido normativo –lo que constituye un «prius», respecto a la naturaleza complementaria que le otorga el artículo 1.6.º Código Civil–, es lo cierto que en el caso que se estudia, resulta claro que la nueva tesis jurisprudencial en relación a los días de redención ganados y a su compatibilidad con la aplicación de las penas del nuevo Código, tiene un valor normativo que permite vía artículo 2.2.º la revisión de las causas ya revisadas anteriormente.

(Sentencia de 2 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 5

Dolo directo. Diferencias entre dolo eventual y culpa consciente

Tercero.–Como dice la Sentencia de 5 de mayo de 1998, y de acuerdo con la doctrina reiterada, entre otras, por las Sentencias de 24 de abril y 16 de enero de 1995, 27 de octubre y 20 de septiembre de 1993, el dolo criminal implica el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y, a la vez, la voluntad para realizarlo. El dolo va enraizado en

la psiquis de la persona por medio de dos circunstancias distintas, una el requisito intelectual o capacidad cognoscitiva, y otra el requisito volitivo, de la voluntad, como desencadenante de todos los deseos y tendencias que se esconden en lo más profundo del alma humana.

El dolo directo (Sentencia de 29 de enero de 1992) existe cuando, de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto que se asumen, en tanto que el denominado dolo eventual concurre si habiéndose representado el agente un resultado dañoso de posible y no necesaria originación, no directamente querido y deseado, se acepta ello no obstante, sin renunciar a la ejecución de los actos pensados. En cualquier caso ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales. El conocimiento del acto y sus consecuencias, así como la probabilidad del resultado dañoso, aunque directamente no se desee, comportan conforme a la más estricta legalidad la posibilidad de llegar a la imputación criminal.

Ese dolo, directo o indirecto, como querer (distinto del móvil como fin u objetivo perseguido), ha de inducirse lícita y racionalmente de cuantas circunstancias giren alrededor de la conducta enjuiciada, en cuyo análisis no puede faltar el amplio estudio de la personalidad del sujeto de que se trate, junto con todas aquellas (anteriores, coetáneas y posteriores) que estén en el hecho concreto acaecido, con apoyo siempre del razonamiento deductivo que impone el artículo 1253 del Código Civil.

Tratando de explicar las diferencias entre las conductas intencionales, especialmente indirectas, y las imprudentes (Sentencias de 25 de noviembre de 1991 y 20 de febrero de 1993), esta Sala Segunda ha seguido las teorías de la probabilidad, del sentimiento y del consentimiento, pero dando más relevancia a esta última por resultar, fundamentalmente, la menos equívoca. El conocimiento de la probabilidad del evento, junto al deseo o sentimiento de que el mismo no se produzca, no obsta para que el sujeto activo acepte porque consiente tal consecuencia (dolo eventual). Se erige así el consentimiento en el eje de la disquisición por cuanto que con él se define y concreta el dolo eventual (el autor preferiría que el resultado no se ocasionara pero, de ser inevitable su producción, la asume sin desistir de la acción que pueda causar).

La diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente suscita doctrinalmente las más dispares controversias en un amplio tema en el que las perspectivas subjetiva y objetiva se entrecruzan y confunden. Frente a las teorías que opinaban que el dolo eventual debía ser absorbido por la imprudencia, o que la culpa consciente realmente no se diferencia del repetido dolo eventual, acabó por imponerse la idea de que entre ambos conceptos existe una nota común determinada por la posibilidad de producción del resultado en la representación del agente. Lo que ocurre es que en el dolo eventual se presenta como probable *ex ante* y pese a ello se consiente en la ejecución conforme a lo ya expuesto, en tanto que en los casos de culpa consciente, tal posibilidad se ofrece al conocimiento del autor simultáneamente a la acción, sobre la misma dinámica fáctica, pero confiando plenamente en que el resultado no se originará (ver las Sentencias de 20 y 22 de septiembre de 1993). También, y sobre la base de la peligrosidad, se dice que la representación de un peligro concreto determina el dolo indirecto, en tanto que la representación del peligro abstracto desemboca en la simple acción culposa.

Tales consideraciones son ahora esenciales en cuanto sirven para matizar la conducta seguida por los dos acusados, conducta que, por los datos que la conforman y la reiteración de los ataques a las dos víctimas, responsabiliza una intención y un

deseo claro, dolo directo que, fuera pues de cualquier imprudencia o culpa consciente, quiso obtener un resultado al final no logrado por causas independientes a su voluntad.

(Sentencia de 11 de noviembre de 1999)

ARTÍCULO 8.3

Concurso de leyes entre punición de contrabando y tráfico de drogas: aplicabilidad sólo de este último delito

Primero.—(...) En este sentido hemos de decir que la repercusión del nuevo Código Penal y de la reciente Ley Orgánica 12/1995, de Contrabando, sobre los supuestos de introducción en España de sustancias estupefacientes procedentes de otros países ha sido objeto de consideración en un Pleno de la Sala celebrado el pasado 24 de noviembre (de 1997) en el que se acordó que la concurrencia de tráfico de drogas y contrabando sólo dará lugar a un concurso de normas y no a un concurso de delitos. Esta nueva situación jurídica justifica el cambio de criterio respecto a sentencias pronunciadas con anterioridad, habiéndose recogido por esta Sala, en Sentencia 1088/1997, de 1 de diciembre, las razones que se tienen en cuenta para seguir esta nueva orientación. Como más destacadas podemos señalar las siguientes: *a)* La nueva redacción tanto del Código Penal como de la Ley de Contrabando plantea una nueva situación, dada la modificación operada en el sistema de consecuencias jurídicas y en las reglas de su ejecución. Si se tienen en cuenta estos aspectos se comprueba una considerable intensificación del rigor penal sufrido por el delito de tráfico de drogas previsto ahora en el artículo 368 CP, especialmente cuando ha desaparecido la redención de penas por el trabajo que preveía el artículo 100 del derogado CP de 1973. *b)* El llamado «plus de antijuridicidad» al que se vienen refiriendo algunas sentencias de esta Sala para justificar el concurso ideal entre el delito contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas y el delito de contrabando, en los supuestos en que se introduce la droga en España desde el exterior, tiene que haber sido incluido por el legislador en la amenaza penal prevista para el tráfico de drogas en el vigente artículo 368 CP, dado que, de lo contrario, la pena resultante resultaría desproporcionada en relación al contenido de ilicitud y de culpabilidad del hecho. Por lo tanto, en la medida en la que el concurso de normas por consunción depende en gran medida de la magnitud de las penas amenazadas, es indudable que la introducción de la droga desde el extranjero, si aumenta la gravedad del hecho, puede ser adecuadamente reprimida con las nuevas penas previstas en el Código Penal para el tráfico de drogas, quedando consumida la supuesta lesión de la norma del contrabando en la del tráfico de drogas en virtud del principio *lex consumens derogat lex consumptae*. *c)* Sobre la base de estas consideraciones, la concurrencia del tráfico de drogas y del contrabando de éstas sólo da lugar en el nuevo derecho a un concurso de normas que se resuelve según lo establecido en el artículo 8.3° CP. *d)* En suma: en los supuestos de introducción de la droga en España desde el exterior el artículo 368 CP alcanza toda la ilicitud del hecho, pues no existe un interés fiscal defraudado en la medida en la que aunque el autor lo hubiera querido satisfacer ello no hubiera sido posible. Asimismo, tampoco existe en estos casos un mayor peligro para la salud pública, toda vez que todo el peligro proviene de la tenencia de la droga dentro del territorio. Precisamente lo que crea el peligro es la introducción de la droga en España y no su introducción por sí misma —cfr. Tribunal Supremo 26 enero y 2 de febrero de 1998.

(Sentencia de 15 de enero de 1999)

Quinto.—Es la vía impugnativa abierta la que permite que en relación con el delito de contrabando se active la doctrina sentada por este Tribunal a partir del criterio adoptado en Sala General de 24 de noviembre de 1997 (Sentencia 1088/1997, de 1 de diciembre) que plasma el acuerdo del Pleno de dicha fecha y a cuya virtud se señala que, en razón de la situación jurídica posterior a la Reforma de 1995, la concurrencia del tráfico de drogas y del contrabando de éstas sólo da lugar a un concurso de normas, pues el artículo 368 abarca toda la ilicitud del hecho al no existir un interés fiscal defendido en la medida en que, aun cuando el autor lo hubiera querido satisfacer, ello no sería posible y en cuanto que la mayor gravedad del hecho deriva de la introducción de la droga desde el extranjero, puede ser adecuadamente reprimida, si se estima procedente en el caso concreto, a través del amplio margen de individualización de las nuevas penas previstas por el Código Penal de 1995, ya suficientemente elevadas sin acudir a la ampliación de otro tipo adicional. En tanto que dicha determinación es favorable al recurrente, por lo mismo y a tenor de lo dispuesto en el artículo 903 LECrim, debe hacerse extensiva al resto de condenados que no han recurrido.

(Sentencia de 22 de enero de 1999)

ARTÍCULO 11

Elementos de la comisión por omisión

Primero.—(...) El comportamiento humano, criminalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada «acción», que también podemos llamar «comisión», y un no hacer lo debido, en principio considerada como conducta pasiva, denominada «omisión». Ambos aspectos aparecen previstos en el artículo 1.1 del Código Penal de 1973 y en los artículos 1.1, 10 y 11 del vigente Código Penal.

De la lectura del relato fáctico se puede apreciar que el recurrente ha infringido el deber de evitar un resultado dejando de realizar aquello que era obligado y exigido por el ordenamiento, supuesto que se llama de omisión impropia o de comisión por omisión.

Varios son los criterios sostenidos en la doctrina para diferenciar una conducta comisiva de la que es omisiva en la modalidad denominada comisión por omisión. De ellos parece destacar, por su acertada construcción, aquel que se fija en el momento en el que la voluntad criminal se exterioriza. Desde este punto de vista la distinción se encontrará en función, o a partir, del momento en que la voluntad del autor se concreta en llevar a cabo su plan. Si esa concreción se sitúa al comienzo de los hechos que constituyen el delito, se tratará de un delito de acción en que la omisión no es más que un medio para alcanzar el resultado, fin que se alcanza a través de un medio omisivo. Por el contrario, será delito de comisión por omisión cuando el sujeto tiene un deber de actuar y no interrumpe la sucesión del acontecimiento que conoce cuando ya está en marcha, es decir, ya había comenzado el suceso que produce el resultado que debía haberse evitado.

Esta distinción sólo se presenta particularmente difícil en los supuestos de injerencia. Si se trata de otra vía de la posición de garante no es necesario detenerse en el problema ya que la obligación de actuar y evitar el resultado surge en un momento posterior, como ha sucedido en el supuesto que examinamos.

El recurrente, Inspector de Policía y Jefe de Servicio en la Comisaría donde se produjeron los hechos, era el máximo responsable, en ese momento, tanto de las denuncias como de los detenidos, encontrándose, pues, en posición de garante de todo aquello sobre lo que se extendía su mando y responsabilidad. Y ello permite conformar un delito de comisión por omisión, en lo que se coincide con el Tribunal de instancia.

La estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

Como muy bien se razona por el Tribunal sentenciador, el recurrente era el máximo responsable de la situación de los detenidos, sin que pueda estimarse como se pretende, una delegación de responsabilidades que en modo alguno resulta acreditada y que sería incompatible con las funciones que le eran propias por el cargo que en ese momento ejercía. Su posición de garante aparece incuestionable.

Tampoco ofrece cuestión que el recurrente omitió la acción debida, ya que oyó los gritos del detenido pidiendo auxilio y ello le determinó a asomarse a la habitación donde se estaban produciendo las agresiones y, no obstante comprobar lo que ocurría, desatendió el deber que le imponía su jefatura de cortar de inmediato lo que estaba sucediendo, que estaba obligado a evitar, y adoptar las medidas oportunas. Nada de eso hizo. Nada impedía al recurrente evitar o terminar con las agresiones.

El dolo en los delitos de omisión ha sido objeto de especial consideración en la doctrina de esta Sala. Así las Sentencias de 30 de junio de 1988 y 28 de enero de 1994 destacan que en los delitos de omisión el dolo «se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa... En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado. Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante. En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida, o cuando el obligado a realizar la acción para impedir el resultado (en los delitos impropios de omisión) no alcanza esta meta por la forma descuidada en que ejecuta dicha acción...».

El recurrente tuvo perfecto conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar, como era el peligro que corría la integridad física del detenido por las agresiones que estaba sufriendo. Asimismo, no cabe duda de que el recurrente tuvo conocimiento de su capacidad de acción, es decir, la posibilidad de interrumpir inmediatamente las agresiones. Por último, no ofrece tampoco la menor duda que el recurrente tuvo conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante, a las que antes nos hemos referido, es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado. El dolo, por todo lo que se acaba de exponer, estaba presente en la conducta omisiva del recurrente.

(Sentencia de 22 de noviembre de 1999)

ARTÍCULO 12

Requisitos y elementos de la conducta imprudente

Segundo.—Según una reiterada doctrina de esta Sala, —Sentencias 14 febrero, 10 abril 1997 y 2 marzo 1998—, la estimación de una conducta imprudente, requiere la concurrencia de los siguientes requisitos, *a*) una acción u omisión voluntaria no maliciosa; *b*) infracción del deber de cuidado; *c*) creación de un riesgo previsible y evitable; y *d*) un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta (v. SS. de 19 de abril de 1926, 7 de enero de 1935, 6 de marzo de 1948, 28 de junio de 1957, 19 de junio de 1972 y 15 de marzo de 1976, entre otras). La más reciente doctrina de esta Sala habla, en relación con el deber de cuidado, de «trasgresión de una norma socio-cultural que está demandando la actuación de una forma determinada, que integra el elemento normativo externo» (v. SS. de 22 de mayo de 1992 y de 4 de febrero de 1993, entre otras). El núcleo del tipo del injusto del delito imprudente —se dice en la Sentencia de 13 de octubre de 1993— lo constituye la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que objetivamente era necesario observar.

Por lo demás, con carácter general, exige la imprudencia la concurrencia de un «elemento psicológico» que afecta al poder y facultad humana de previsión y que se traduce en la posibilidad de conocer y de evitar el evento dañoso, y el «normativo» representado por la infracción del deber de cuidado (v. SS. de 5 de marzo de 1974 y de 4 de febrero de 1976, entre otras). En todo caso —tiene declarado esta Sala— la relación de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado dañoso ha de ser directa, completa e inmediata (v. SS. de 6 de octubre de 1960, 15 de octubre de 1969 y 23 de enero de 1976, entre otras).

(Sentencia de 26 de marzo de 1999)

Tratamiento de la imprudencia en el Código Penal de 1995

Primero.—El nuevo Código Penal de 1995 ha introducido una sustancial modificación, ciertamente espectacular, no por eso menos acertada, en lo que respecta a los delitos cometidos por imprudencia, abandonando la definición genérica que se contenía en el artículo 565 para sustituirla por los supuestos de delitos concretos, en los casos en que como infracción penal vinieren significados.

Según el artículo 12 la imprudencia criminal sólo se castigaría cuando expresamente lo disponga la Ley, precepto éste que supone el punto de partida para toda la nueva regulación jurídica y penal de las imprudencias. El «peculiarísimo sistema» que hasta ahora regía la culpa (según decía el Preámbulo de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio), culminaba con el genérico artículo 565 del Código de 1973, el cual venía a plantear la duda de si se trataba de un delito de imprudencia o de unas reglas de punición de delitos cometidos por imprudencia.

Segundo.—El problema, de indudable interés práctico, era trascendental, en tanto si se seguía la primera interpretación, la conducta imprudente con varios resultados daría lugar a la imposición de una sola pena, en atención al más grave, mientras que si se aceptaba la segunda tesis se aplicarían las reglas del concurso ideal. Dicho queda que el vigente Código, siguiendo el precepto marcado por el Proyecto de 1980, por el Anteproyecto de 1983 y por el Proyecto de 1992, ofrece un catálogo cerrado de «crimina culposa» y prescinde de la regulación genérica antes dicha, con lo cual quiere

decirse que en el caso de varios resultados, se sancionará los hechos conforme a las reglas del artículo 77 actual.

Desaparece, en la nueva regulación, la tradicional clasificación tripartita de imprudencia temeraria simple, con y sin infracción de reglamentos, que se ve sustituida por la doble de imprudencia grave (la única que constituye delito) y la leve, que se contempla como falta en el artículo 621.2.3, limitada tal levedad delictiva a los supuestos de muerte y lesiones.

Tercero.—El homicidio por imprudencia se encuentra regulado en el artículo 142 del Código, que alude a la imprudencia grave, equivalente a la imprudencia temeraria del derogado. En dicho precepto cabe la imprudencia grave tanto en los supuestos de culpa consciente como en la culpa inconsciente. Ello es así porque el artículo 142 se refiere a las más graves infracciones de las normas de cuidado, lo que no implica necesariamente una representación mental de tal infracción por parte del sujeto.

El artículo alude a la infracción del deber objetivo de cuidado, que comporta la vulneración de las más elementales reglas de cautela o diligencia exigible en una determinada actividad. Se habla así, en las tradicionales resoluciones de esta Sala, de «falta de adopción de las precauciones más elementales y rudimentarias», o de «ausencia absoluta de cautela». Solamente cabe decir, en esta obligada introducción jurídica, que el artículo 142 no alude a la infracción de reglamentos para fijar criterios legales de imprudencia, precisamente porque las previsiones reglamentarias no se corresponden *per se* con las normas de cuidado. La valoración de la gravedad legal de la imprudencia no puede quedar vinculada a criterios reglamentarios ni a exigencias más o menos formales.

Cuarto.—En el supuesto de ahora el acusado fue condenado por el artículo 142 porque, conduciendo la motocicleta que se indica, circulaba a mayor velocidad de la permitida, y al llegar a un paso de peatones señalizado vertical y horizontalmente, también por no ir atento a la circulación y no guardar la distancia necesaria con la motocicleta que le precedía, atropelló a la víctima, de cuya presencia no se apercibió, cuando cruzaba el susodicho paso de peatones.

Sabido es el casuismo fundamental que rige todo cuanto a la imprudencia en la circulación se refiere. Ese casuismo ha propiciado innumerables resoluciones, de todas clases, respecto de las causas, de las definiciones y de los efectos al hecho acaecido correspondiente. Mas, sin embargo, siempre existió un elemento común como configurador de la más grave de las imprudencias, en los casos en los que se faltaba a las más elementales normas de precaución y cautela, conjugando el deber objetivo de cautela, la permisibilidad y la participación mental del sujeto.

Pero la permisibilidad que propicia la unión entre la acción y el efecto, exige en lo fundamental, que la acción por su propia peligrosidad pueda producir ese resultado y que ello sea previsible por un ciudadano medio situado en las mismas condiciones y circunstancias que el autor del hecho.

(Sentencia de 30 de abril de 1999)

Dejando de lado las sucesivas teorías de la previsibilidad del resultado lesivo producido, de la capacidad del agente para prevenirlo o de la omisión del deber objetivo de cuidado, se llega con un sentido práctico a la consideración simplista de que en una sociedad de riesgos aceptados, según decía la Sentencia de 4 de febrero de 1993, la culpa consiste precisamente en llevar el riesgo de la acción más allá de los límites socialmente admitidos. En definitiva, «se trata de que toda persona acomode su conducta, cuando ésta puede trascender a terceros, a unos patrones que eviten aumentar las posibilidades o probabilidades de lesionar los bienes jurídicos de tales terceros».

Quinto.—No puede haber duda alguna del proceder temerario del acusado, tanto más si se tiene en cuenta que concurrió un nuevo factor, quizás desencadenante de aquél, pues el mismo había ingerido bebidas alcohólicas que, de manera ciertamente leve, disminuía su capacidad para conducir con seguridad.

Queda así perfilada la conducta y su calificación, como base de cuanto haya de añadirse. La desatención o distracción en el manejo de vehículo de motor, con inmediata repercusión en el deber de cuidado, admite una graduación cuantitativa que lógicamente vendrá a traducirse en la mayor o menor gravedad de la culpa o imprudencia, de suerte tal que la omisión de la atención meramente debida engendrará la imprudencia simple, con o sin infracción de reglamentos, en tanto que la imprudencia será temeraria si se deja de prestar la atención indispensable o elemental.

En suma, falta de previsión relevante como factor psicológico y subjetivo de un lado. Violación o transgresión de una regla socio-cultural que demandaba una forma determinada de actuación como factor normativo de otro.

(...)

Noveno.—(...) Finalmente, igual suerte desestimatoria ha de seguir el tercer motivo ordinal, que denuncia la indebida inaplicación del artículo 621.2 del Código, esto es, la consideración de una simple falta.

Es evidente que la configuración de la imprudencia leve está vinculada, por exclusión de las circunstancias definidoras de la culpa grave. En otras palabras, la levedad de la culpa viene determinada por la eliminación de la culpa grave. La distinción entre ambas se encuentra en una diferente exigencia de evitabilidad, pues mientras en la grave el autor evitaría la situación con la adopción de ciertas medidas esenciales de diligencia, en la leve, pese a que el desconocimiento del riesgo sigue siendo evitable, el autor sólo podría evitar la situación con medidas más complejas.

Los detalles de la culpa grave de ahora, rotundamente probados y expuestos, excluyen la opción que aquí se defiende.

(Sentencia de 28 de junio de 1999)

ARTÍCULO 14.3

Error de prohibición: Doctrina general

Único.—(...) Las resoluciones de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ya antes de la modificación operada en el Código Penal por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, venían señalando la distinción entre el error de hecho y de derecho, y dentro de este último separando el error de norma penal y de normativa extrapenal, y también, más tarde, pero antes de la citada reforma de 1983, habían ya acogido la doctrina científica que distinguía entre error de tipo y error de prohibición que, aunque no recogida con tales denominaciones en la descripción legal de 1983 ni en la del actual artículo 14 del Código Penal, viene a corresponderse respectivamente con el error que afecta a la tipicidad o a la culpabilidad. Este último consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente, determinada bien por recaer sobre la norma prohibitiva lo que constituye lo que se llama error de prohibición directo, bien por incidir sobre una causa de justificación, como es la legítima defensa, y que se denomina error de prohibición indirecto y, en uno y otro caso el efecto que se determina, de acuerdo con el párrafo 3 del mencionado artículo 14 del Código Penal es la exclusión de la responsabilidad criminal si el error es invencible, o una disminución en uno o dos grados de la pena si es

vencible. La jurisprudencia ha venido marcando la precisión de que se pruebe la existencia del error y que se atienda, cuando la existencia de error se alegue a las circunstancias de cada caso concreto refiriéndose a las circunstancias culturales y psicológicas concurrentes en quien pretenda haber obrado con error, cuya invocación por otra parte, es inadmisibles cuando se refiera a infracciones que son generalmente conocidas como patentemente ilícitas y, por otro lado, sin que sea preciso para excluir el error que el agente del hecho haya de tener plena seguridad de que actúa ilícitamente, bastando con que sea consciente de existir un alto grado de probabilidad de que su conducta sea antijurídica (Sentencias de 7 de julio y 16 de diciembre de 1997 y 20 de febrero de 1998).

En el presente caso en los hechos que el jurado ha estimado probados en el primer apartado del acta de votación, por unanimidad, se acepta que el acusado esgrimió la navaja creyendo que quien se le aproximaba le iba a agredir con un arma de fuego teniendo en cuenta como prueba el testimonio del acusado, del que no se explicitan circunstancias culturales aunque sí hubo de ser consciente el jurado de que pertenecía a etnia gitana y de su adhesión a los valores culturales correspondientes y, en cuanto a aspectos psicológicos, es evidente que el juzgado admitió la existencia de un incidente interpersonal entre el acusado y la víctima unos cuatro años antes y que aceptó totalmente que el primero creyó realmente que era objeto de una agresión, con evidente convicción de la necesidad de defenderse. Basta con ello para entender que el error recayó sobre el elemento fundamental e inexcusable para la existencia de legítima defensa, incluso cuando opere como atenuante eximente incompleta: la agresión ilegítima. Ciertamente se puede concluir también que el error sobre tal circunstancia pudiera haber sido vencido por el recurrente, pero, como se solicitó en conclusiones definitivas por la defensa del acusado, aun así no dejar de constar la existencia, aunque meramente putativa con error vencible, del requisito de la agresión ilegítima, que en su creencia errónea provenía de actos que constituyeran una amenaza contra su vida actual, inminente, directa e injusta o ilegítima (Sentencias de 28 de abril de 1997 y 20 de mayo de 1998) por lo cual resaltaba en la óptica del agente necesario y adecuado el empleo de la navaja como medio defensivo. En tales circunstancias es procedente la estimación de los dos motivos del recurso debiendo volverse a la resolución adoptada en la instancia, que la ahora recurrida revocó.

(Sentencia de 17 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 16.1

La tentativa inidónea y el delito imposible no son punibles en el Código Penal de 1995

Único.—2. El artículo 16.1 del vigente Código Penal define con carácter general la tentativa considerando como tal la actuación del sujeto activo que 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 de la voluntad del autor.

Como puede verse por lo anteriormente transcrito y por la lectura completa de los tres apartados del artículo 16 del vigente Código Penal no se contiene una referencia al delito imposible o a la tentativa inidónea, como hacía el párrafo segundo del anterior artículo 52 del derogado Código Penal. La postura del anterior Código punitivo había sido criticada por la doctrina y por alguna jurisprudencia, en cuanto

suponía una extensión imperativa de las penas a los supuestos de tentativa inidónea o delito imposible que en puridad de doctrina no entrarían en el concepto que de la tentativa se daba en el anterior artículo 3 del Código Penal derogado. La punición del delito imposible y de la tentativa inidónea, en el anterior Código Penal, procede de la antigua Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y se incorpora al Código Penal entonces vigente por la vía del artículo 52 párrafo segundo (la misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado), es decir, se imponía la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado.

3. Esta opción punitiva del Código anterior, se basaba fundamentalmente en la peligrosidad del sujeto cuya voluntad criminal se había exteriorizado y no en la lesión de bienes jurídicos concretos, con lo que se entraba en un peligroso terreno en el que lo realmente penado era el comportamiento del autor. Esta posición ha desaparecido del Código vigente ya que ni el artículo 62, que hereda al antiguo artículo 52, ni el artículo 16 en el que se define la tentativa, incluyen entre sus presupuestos mención alguna a los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado. Como ha señalado un importante sector de la doctrina, por fin el Código de 1995 ha dado el esperado paso de renunciar a la punición expresa de la tentativa inidónea y del delito imposible, que en la práctica tenían una casi nula incidencia y, en cambio en el plano del derecho formal, contribuían a dar una imagen de hipertrofia de la importancia del ánimo del autor, cual si éste fuera por sí solo, fundamento bastante de cualquier decisión punitiva.

Ello quiere decir que, el delito imposible y la tentativa inidónea, ya no son punibles por imperativo del artículo 4.1 del Código Penal vigente que no admite la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas, vedando, como es lógico, toda interpretación extensiva.

El Código vigente exonera de responsabilidad criminal por el delito intentado a quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado. Es decir, valora el desistimiento activo, como fórmula expresa de exención de la responsabilidad criminal y deja fuera del ámbito punitivo, como ya se ha dicho la tentativa inidónea y el delito imposible.

4. Proyectando esta doctrina sobre el caso concreto, debemos ajustarnos a la realidad descrita por el hecho probado en el que se nos dice simplemente que el acusado abandonó el lugar «sin lograr apoderarse de dinero alguno» pero en ningún momento se afirma que en el local no hubiese dinero u otros efectos que pudieran ser objeto de apropiación. Parece que el objetivo del autor del hecho enjuiciado era el dinero en metálico ya que despreció otros efectos o enseres que sin duda se encontraban en el interior de la cafetería. Ahora bien, ello no da pie para establecer, con el carácter de hecho probado, que en el interior del local no existiese cantidad alguna de dinero. Lo únicamente afirmado y que puede ser extraído del relato fáctico es que el recurrente «registró diversas dependencias del local» y que lo abandonó sin lograr apoderarse de dinero alguno, pero no da como sentado que en el interior de la cafetería no existiese dinero, sino que no fue encontrado. Es evidente que con un hecho probado en que se declarase que el único propósito del autor era el apoderamiento de dinero metálico y que en realidad éste no existía, nos podíamos encontrar ante un desistimiento voluntario incardinable en el artículo 16.2 del nuevo Código Penal que nos hubiera llevado a la absolución del delito de robo estableciéndose una responsabilidad civil por los daños causados en el local.

(Sentencia de 28 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 16.2

Desistimiento y arrepentimiento activo: delimitación frente a la atenuante de disminuir los efectos del delito

Primero.—El primer motivo del recurso interpuesto, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de los artículos 15 y 16 del Código Penal, por estimar que el recurrente debió quedar exento de responsabilidad criminal por el incendio ocasionado, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2, al haber evitado voluntariamente la consumación del delito, desistiendo de la ejecución iniciada e impidiendo la producción del resultado. Se refiere el acusado al hecho de que después de haber prendido fuego con gasolina (por desavenencias conyugales), a la vivienda donde se encontraban su mujer y su hijo de dos meses, ante el llanto del niño y las dimensiones alcanzadas por el incendio, rompió desde el exterior una ventana para rescatar a su hijo, no llegando a tiempo para evitar que éste sufriese quemaduras de segundo grado, aunque sí para salvarle la vida, esforzándose seguidamente en apagar el incendio, y en que su esposa y su hijo fuesen atendidos médicamente.

El motivo debe ser desestimado. La actuación final del acusado puede ser valorada como atenuante de su responsabilidad, al amparo de lo prevenido en el artículo 20.5.º del Código Penal 1995 (haber procedido el culpable a disminuir los efectos del delito), tal y como ha apreciado ya el Tribunal sentenciador pero no como exención respecto del delito de incendio, pues éste ya se encontraba consumado cuando el acusado trató de disminuir sus más graves consecuencias.

El artículo 16.2.º del Código Penal 1995 acoge dos supuestos de exención de responsabilidad: el desistimiento, en sentido propio, que consiste en el abandono de la acción ya iniciada, en un momento en que lo realizado no conlleva la producción del resultado, y el arrepentimiento activo, que se produce cuando la acción realizada tiene efectividad suficiente para ocasionar el resultado y éste se evita por el propio agente.

Es obvio que no nos encontramos ante ninguno de dichos supuestos. En el primero, concurrente generalmente en los casos doctrinalmente denominados de tentativa inacabada, es necesario que el autor interrumpa la dinámica delictiva cuando todavía no haya realizado todo lo que, según su proyecto, resulte necesario para la producción del resultado, siempre que, objetivamente, lo ya realizado no conlleve dicha producción. Esta interrupción no concurre en el caso actual en el que el acusado no solamente se desplazó a una estación de servicio a buscar gasolina sino que roció con ella la puerta de la vivienda, sabiendo que en su interior estaban su mujer y su hijo, y también la puerta de la habitación donde se encontraba su hijo, de dos meses, procediendo seguidamente a prender fuego a la gasolina, lo que propagó el incendio rápidamente, abandonando el acusado la vivienda por una ventana. En consecuencia no cabe apreciar omisión voluntaria de acción alguna, sino realización acabada de la totalidad de la dinámica delictiva.

En el segundo (arrepentimiento activo), el acusado, que ha realizado todos los actos que deben producir el resultado, lo evita voluntariamente mediante su propio comportamiento, impidiendo la consumación del delito. Se trata de una modalidad de desistimiento activo, propia de la denominada «tentativa acabada».

El artículo 351 del Código Penal sanciona a quienes provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas. Los posibles resultados lesivos o letales integran otras infracciones sancionables, en su caso, en concurso con el delito de incendio. La consumación del delito del artículo 351 únicamente requiere que el fuego ocasionado alcance una dimensión suficiente para que su

propagación pueda poner en peligro la vida o integridad física de las personas, no requiriendo que efectivamente se produzca un resultado lesivo para las mismas. En el caso actual el acusado no ha impedido la consumación del doble resultado (de lesión para los bienes y de peligro para las personas) propio del delito del artículo 351, pues el incendio efectivamente se produjo al propagarse el fuego voluntariamente ocasionado por el acusado, y la vida e integridad física de su esposa e hijo no solamente estuvieron en grave peligro, sino que incluso ambos resultaron lesionados como consecuencia del incendio, en mayor o menor medida.

El arrepentimiento activo del acusado podría tomarse en consideración en relación con los delitos de asesinato y homicidio, en grado de tentativa, que también fueron objeto de acusación por el Fiscal, y que la sala sentenciadora rechazó por ausencia de *animus necandi*, pero en ningún caso respecto del delito de incendio, pues éste se encontraba ya consumado (propagación del fuego con puesta en peligro de la vida e integridad de las personas), cuando el acusado reaccionó evitando que su propio hijo muriese abrasado y procurando atención médica a las víctimas.

(Sentencia de 26 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 20.1

Ni la sintomatología neurótica, ni la parafilia de fetichismo ni el trastorno obsesivo-compulsivo permiten fundamentar la exención de responsabilidad penal

Segundo.—(...) El *factum* de la sentencia declara probado que el acusado es una persona «diagnosticada de sintomatología neurótica, parafilia de fetichismo y trastorno obsesivo-compulsivo, aunque no se mostró relación directa entre el fenómeno compulsivo (como necesidad de actuar de determinada forma, vgr., repitiendo decenas de veces un acto cual cerrar la puerta o vigilar la llama del gas) y los hechos que se enjuician». Descartada, pues, que la agresión sexual cometida por el acusado hubiera estado generada por un impulso compulsivo irrefrenable al que no pudiera oponerse ningún freno inhibitorio de una voluntad plena y absolutamente vencida, la pretensión del recurrente no puede tener acogida, puesto que, por lo demás, ni la neurosis obsesiva, ni la parafilia de fetichismo que padece el acusado son trastornos susceptibles de fundamentar la exención de la responsabilidad que se pretende, ni son consideradas por la doctrina jurisprudencial de esta Sala como alteraciones psíquicas de entidad suficiente como para constituir una eximente incompleta.

(Sentencia de 30 de abril de 1999)

El trastorno antisocial de la personalidad unida a una pedofilia de leve a moderada no tiene relevancia de eximente (ni atenuante)

Tercero.—(...) Partiendo de estos presupuestos fácticos, es claro que la pretensión del recurrente no puede ser acogida. Como dice la Sentencia de esta Sala de 28 de enero de 1997, acertadamente invocada por el Tribunal *a quo* «la pedofilia o búsqueda del placer sexual con los niños es considerada por la psiquiatría como un trastorno o perversión sexual, estimándose, en líneas generales, que los sujetos afectados por estos trastornos son libres de actuar al tener una capacidad de querer, de entender y de obrar plena. Únicamente en los supuestos de que el trastorno de la sexualidad sea sintomático de una psicosis, o en las situaciones de pasión desbor-

dada, podría hablarse de una capacidad de culpabilidad disminuida o incluso anulada».

Descartada por el Tribunal sentenciador cualquier perturbación psicótica del acusado, nos encontramos simplemente con una desviación sexual —la pedofilia— de leve a moderada intensidad que se conjuga con un trastorno de tipo antisocial de la personalidad, conjunción cuyos efectos en las facultades mentales del acusado ha evaluado el juzgador ponderando las diversas pruebas practicadas en tal sentido, pues lo relevante a los efectos de la aplicación de la anomalía psíquica prevista en el artículo 20.1 CP —tanto como eximente completa, como incompleta, o atenuante analógica— no es el origen o presupuesto biológico o psíquico de la anomalía, sino la concreta consecuencia que se pueda producir en las capacidades cognitivas o volitivas del sujeto (STS de 24 de octubre de 1997). Atendiendo a estos criterios, el órgano sentenciador ha declarado probado que las alteraciones que padece el acusado «inciden moderadamente en su capacidad de comprensión (ética) del hecho y en el adecuamiento de dicha conducta a esa comprensión», con lo que, de hecho, excluye que ese moderado déficit intelectual-volitivo repercuta en la consciencia de la antijuridicidad de sus actos y en la capacidad de obrar al respecto. En todo caso, del hecho probado no se deduce en absoluto una intensa, profunda o severa perturbación de esas facultades y, en consecuencia, la pretensión casacional no puede prosperar.

(Sentencia de 9 de junio de 1999)

Psicosis esquizofrénica: modalidades y tratamiento penal

Segundo.—Según reiterada jurisprudencia de esta Sala (SS. 22-1-1988, 8-6-1990, 28-11-1990, 6-5-1991, 16-6-1992, 15-12-1992, 30-10-1996 y 1185/1998, de 8-10, entre otras) y siguiendo no el criterio biológico-puro (que se conforma con la existencia de la enfermedad mental) sino el biológico-psicológico (que completa el examen de la inimputabilidad penal con el dato de la incidencia de tal enfermedad en el sujeto concreto, y en el momento determinado de producción del delito) que es el adoptado por dicha jurisprudencia, con referencia a los casos de psicosis esquizofrénica en sus distintas modalidades, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1.º Si el hecho se ha producido bajo los efectos del brote esquizofrénico, habrá de aplicarse la eximente completa del artículo 20.1 del Código Penal.

2.º Si no se obró bajo dicho brote, pero las concretas circunstancias del hecho nos revelan un comportamiento anómalo del sujeto que puede atribuirse a dicha enfermedad, habrá de aplicarse la eximente incompleta del núm. 1.º del artículo 21, en relación con el núm. 1.º del artículo 20 del CP de 1995; y

3.º Si no hubo brote y tampoco comportamiento anómalo no cabrá apreciar la eximente completa o incompleta de enajenación mental, sino la atenuante analógica del núm. 6.º del artículo 21 antes citado, como consecuencia del residuo patológico llamado defecto esquizofrénico, que conserva quien tal enfermedad padece.

(Sentencia de 10 de junio de 1999)

Valor eximente de las psicopatías o trastornos de la personalidad: paranoia

Quinto.—La postura tradicional de la jurisprudencia fue siempre cautelosa, hasta fechas relativamente recientes, frente al posible reconocimiento de efectos atenuatorios de la responsabilidad penal a las psicopatías o trastornos de la personalidad. Prescindiendo de causas más remotas, varios factores obstaculizaron, bajo la vigencia de los

CP/1932 y CP/1944, la toma en consideración de las psicopatías como presupuesto fáctico de una circunstancia aminorativa de la responsabilidad penal. De un lado, aunque la jurisprudencia interpretó ampliamente el concepto de «enajenado» desde su inclusión en el artículo 8.1.º CP, acostumbró a exigir para la apreciación de esta eximente, tanto completa como incompleta, una base morbosa o patológica, esto es, la existencia de una enfermedad mental –exigencia, por lo demás, rigurosamente lógica– y, al mismo tiempo, negó sistemáticamente la naturaleza de enfermedad mental a las psicopatías, reiteradamente definidas como trastornos del carácter o de la afectividad pero casi nunca aceptadas como enfermedades. De otro, la jurisprudencia se vio obligada a interpretar en un sentido biológico-psicológico el propio término «enajenado», no considerando normalmente suficiente el diagnóstico de una enfermedad mental para la apreciación de la circunstancia, que se condicionó a la presencia de unos determinados efectos en la capacidad de entender y querer. Aunque se trataba, sin duda alguna, de una prudente matización, hay que reconocer que los efectos exigidos se expresaron con frecuencia de forma excesivamente rigurosa, insistiéndose en que la enfermedad mental debe privar absolutamente a quien la padece de consciencia y voluntad para que pueda dar lugar a una circunstancia eximente. De esta manera, rechazando, por una parte, que los trastornos de la personalidad sean verdaderas enfermedades y demandando, por otra, para los enfermos mentales una falta o un sensible déficit –según se propusiese la apreciación de la eximente o de la semiximentede inteligencia y voluntariedad que las psicopatías pueden no comportar, la jurisprudencia excluyó durante mucho tiempo a dichas alteraciones del campo de aplicación de la eximente de enajenación mental en su doble versión, admitiendo únicamente que pudieran servir de base a la atenuante analógica, lo que equivalía a dar por supuesto que la relación entre los trastornos de la personalidad y los estados morbosos de la mente es sólo de analogía. A partir de las SS. de 29-2-1988 y 22-7-1988, que pusieron de relieve el obstáculo que representaba, para continuar negando la condición de enfermedad mental a las psicopatías, la inclusión de las mismas entre los trastornos mentales y del comportamiento en la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales elaborada por la OMS, se ha generalizado en la doctrina jurisprudencial la aceptación de que los trastornos de la personalidad son auténticas enfermedades mentales aunque esta Sala, en los casos en que dichos trastornos deben tener influencia en la responsabilidad criminal, pues cabe naturalmente la posibilidad de que sean penalmente irrelevantes, ha continuado aplicando en general la atenuante analógica –SS. de 27-1-1986 y 6-3-1989– reservando la aplicación de la eximente incompleta –SS. 24-1-1991, 6-11-1992, 22-4-1993 y 8-3-1995– para cuando el trastorno es de una especial y profunda gravedad o está acompañado de otras anomalía orgánicas o psíquicas de las que son las más citadas el alcoholismo crónico o agudo, la oligofrenia en sus primeros grados, la histeria, la toxicomanía, etc. Ahora bien las condiciones legales para un correcto afrontamiento del problema de los trastornos de la personalidad y su influencia en la responsabilidad criminal han mejorado sustancialmente con el nuevo CP que se promulgó por la LO 10/1995. La insuficiente alusión al «enajenado» del artículo 8.1.º del viejo Texto ha sido sustituida, en el artículo 20.1.º del vigente, por la expresión «cualquier anomalía o alteración psíquica», mucho más amplia y comprensiva. Por otra parte, la interpretación biológico-psicológica de la fórmula legal que, en el pasado, realizaron los Tribunales, ahora es adelantada por el legislador que exige, para que la anomalía o alteración psíquica exima de responsabilidad, que el sujeto, a causa de ella, «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» al tiempo de cometer la infracción penal. La primera modificación permite ya, sin esfuerzo alguno, incluir en el ámbito de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad a los trastornos de la personalidad. Si ya antes parecía superada la vieja cuestión de la naturaleza morbosa o patológica de estos trastornos, nadie puede discutir ahora que son, exactamente, «ano-

malías o alteraciones psíquicas» por lo que, no deben continuar siendo presupuesto de la atenuante analógica que hoy aparece en el artículo 21.6.º CP. Las psicopatías no tienen «análoga significación» a las anomalías psíquicas sino que literalmente lo son. La segunda modificación, por su parte, viene a situar las posibles consecuencias de las psicopatías sobre la imputabilidad en un marco conceptual más próximo a las posiciones de la actual doctrina científica. A partir de ahora, sobre lo que tienen que preguntarse los Tribunales, cuando el autor del delito padezca cualquier anomalía o alteración psíquica, no es tanto su capacidad general de entender y querer, sino su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión. Es ésta una definición de la imputabilidad que pone prudentemente el acento en la mera aptitud del sujeto para ser motivado por la norma, al mismo nivel que lo es la generalidad de los individuos de la sociedad en que vive, y, a partir de esa motivación, para conformar su conducta al mensaje imperativo de la norma con preferencia a los demás motivos que puedan condicionarla.

(Sentencia de 1 de octubre de 1999)

Ludopatía: importancia de determinar su relevancia en cada caso concreto: persona que comete delito para pagar deudas de juego: atenuante analógica

Cuarto.—(...) En efecto, esta Sala ha dicho recientemente en Sentencia de 27 de julio de 1998 que la característica nosológica de la manifestación neurótica de los ludópatas o jugadores patológicos radica, como declaró la Sentencia de 18 de mayo de 1993 en su compulsión al juego, en el que participan de forma ansiosa, sin poder cortar con el hábito que ha creado en ellos una dependencia psicológica. Por eso y sin entrar en si constituye o no una enfermedad (lo que niega la Sentencia de 3 de enero de 1990) o es una forma de neurosis, lo trascendente en estos casos es —como señaló la Sentencia de 24 de enero de 1991— determinar la forma en que esa tendencia patológica a jugar se manifiesta en cada caso concreto y las repercusiones que tiene en la capacidad de raciocinio o volición del agente. Dado que la compulsión del ludópata actúa en el momento en que la oportunidad del juego se presenta y domina la voluntad en torno al acto concreto de jugar, su relevancia afectará a la valoración de las acciones temporal e inmediatamente dirigidas a satisfacer tal compulsión en el ámbito lúdico, mientras que en otros actos más lejanos obrará sólo como impulso organizado para lograr el futuro placer del juego, impulso que es en esos momentos racional y dominable; y será por completo intrascendente respecto a acciones no determinadas por el impulso patológico de la ludopatía y ejecutadas por motivos o fines distintos del juego ansiado.

Por ello esta Sala, en la citada Sentencia de 27 de julio de 1998, apreció la ludopatía con efecto atenuatorio en una apropiación indebida de fondos utilizados para jugar, pero la desestimó en posterior falsificación cometida para ocultar la apropiación. Y por ello también en el caso presente su estimación como atenuante ordinaria ha sido cuando menos una generosa aplicación del Tribunal de instancia dado que el delito enjuiciado es el de tráfico de drogas, con cuya comisión no consta se persiguiera obtener dinero para poder jugar, satisfaciendo la compulsión patológica del acusado. Es más: en su alegato defensivo aduce que pretendía obtener dinero para pagar deudas contraídas con quienes le habían confiado fondos que se jugó y perdió en un casino, es decir para devolver el dinero que se le confió. El juego aparece así en relación histórica, no en relación psicológica, con el delito de tráfico de drogas, porque con su comisión no se perseguía satisfacer la pasión ludopática —jugando lo obtenido con la venta de la cocaína— sino saldar una deuda contraída por lo ya jugado

anteriormente. Si el afán de extinguirla fue el motivo impulsor del delito, generosa resulta ya la valoración que la Sala de instancia hace de la ludopatía como atenuante en la comisión del tráfico de drogas por lo que la pretensión de que además se valore como muy cualificada debe rechazarse.

(Sentencia de 15 de noviembre de 1999)

ARTÍCULO 20.4

Agresión ilegítima: no lo es la del acuchillado que toma un palo y golpea al agresor

Segundo.—(...) Sostiene la acusación pública que no se cumplen en el presente caso los requisitos necesarios para apreciar la existencia de legítima defensa ni completa ni incompleta, tal y como el Tribunal de instancia ha establecido los hechos probados, discrepando del criterio de la Audiencia Provincial que, en el Fundamento de Derecho tercero de la sentencia, estima la concurrencia de legítima defensa como existente incompleta, «a causa —según explica— de la desproporción que supone la actitud del procesado durante el forcejeo que sostiene con la víctima, cumpliéndose los otros requisitos...», constituyendo esta lacónica argumentación todo el razonamiento que ofrece la sentencia como sustento de su decisión.

El motivo debe ser estimado porque del relato de hechos probados aparece con palmaria claridad que no se da ninguno de los requisitos exigibles para configurar la circunstancia controvertida. En efecto, no puede calificarse de «agresión ilegítima» la actuación de la víctima, que ante la irrupción del acusado en el taller, enfadado y gritando (el propio recurso del acusado precisa que «también profiere amenazas»), con un cuchillo en la mano bajo un papel de periódico, decide alejarse y «se marcha hacia el fondo del taller» precisamente para evitar el enfrentamiento con quien de tan amenazadora manera viene «buscando a Rafael», produciéndose no obstante el encuentro de ambos hermanos pese al intento de un tercer hermano de detener al acusado en su progresión. En estas circunstancias «comienza un forcejeo físico entre Mario (el acusado) y Rafael (la víctima), cogiendo éste un palo que levanta para golpear a aquél en la cabeza. En este momento Mario le asestó una cuchillada a Rafael e instantes después éste descarga el palo sobre la cabeza de aquél».

El requisito de la agresión ilegítima ha sido concebido por la doctrina de esta Sala como el «acometimiento, ataque, acción de puesta en peligro de bienes, jurídicamente protegidos, siempre que la actuación ofrezca los caracteres de injusta, inmotivada, imprevista y directa...» (SSTS de 25 de abril de 1985 y 22 de enero de 1988, entre otras). Resulta patente que la conducta de Rafael que ha quedado descrita está muy lejos de poder ser calificada de ataque inmotivado, imprevisto o injustificado, máxime si tenemos en cuenta que, en último caso, cuando el citado Rafael toma el palo (del que no se precisan sus características) es después de iniciado el forcejeo con su hermano que le viene buscando en actitud agresiva y violenta, que convertiría el enfrentamiento en un supuesto de riña mutuamente aceptada, al menos por el acusado. En tal caso, la jurisprudencia de esta Sala ha excluido la legítima defensa (ver, entre muchas, STS de 14 de septiembre de 1991), si bien es necesario que los Jueces y Tribunales averigüen «la génesis de la agresión y determinar, si es posible, quién o quiénes la iniciaron, de tal manera que con ello se evite que pueda aparecer como uno de los componentes de la riña, quien no fue otra cosa que un agredido que se limitó a repeler la agresión» (SSTS de 22 de mayo de 1993 y 7 de abril del mismo año).

Dada la cinemática de los hechos que narra el *factum* de la Sentencia, surge de dicha narración la evidencia de que no hubo agresión ilegítima en ningún caso por parte del acuchillado, sino que, más bien, hubo un ejercicio del derecho de legítima defensa por parte de éste.

Falta, pues, el requisito primordial e insustituible de la agresión ilegítima, «que necesariamente debe concurrir para la apreciación de la legítima defensa», tanto en la eximente completa como en la incompleta, según exigencia de reiterada jurisprudencia (SSTS de 9 de febrero de 1981, 14 de noviembre de 1982, 26 de junio de 1985, 23 de abril de 1987, 3 de abril de 1996, 14 de marzo de 1997, etc.), y por ello el Tribunal *a quo* ha incurrido en el *error in iudicando* que denuncia el motivo.

(Sentencia de 4 de marzo de 1999)

Agresión ilegítima: exigencia de su concurrencia tanto para apreciar eximente completa como incompleta. Legítima defensa putativa: criterios para su apreciación

Primero.—Se introduce este recurso por un solo motivo que, con fundamento en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia indebida aplicación de los artículos 66.8 y 6 bis.3.º del precedente Código Penal de 1973. Estima la acusación particular recurrente que no existe base suficiente para entender se dio en el acusado en el caso una situación de legítima defensa putativa por lo que debe entenderse, por el contrario, que los hechos constituyeron un delito de homicidio sin circunstancias modificativas.

Como rotunda y repetidamente ha expresado la doctrina de esta Sala, para la apreciación de legítima defensa, ya como completa o incompleta, es preciso haya existido como elemento *sine qua non* una agresión ilegítima, factor desencadenante de la posterior conducta defensiva del agredido, lo que excluye como elemento de agresión cualquier otra conducta que no llegue a constituir la amenaza de las amenazas aun explícitas, la mera petición de explicaciones y las imprecaciones verbales y el gesto de llevar mano a los bolsillos a la vez que se profieren insultos, que no pueden determinar una racional convicción en el agente de una inmediata agresión con peligro para bienes jurídicos protegidos. Aun así cabe excepcionar el caso de error en el sujeto sobre la existencia de agresión, que determina la denominada legítima defensa putativa, y que se aplique el tratamiento del error con sus correspondientes efectos, recogidos en el actual artículo 14 del vigente Código Penal y, anteriormente, en el 6 bis a) del Código precedente (Sentencia de 11 de marzo de 1997). Ahora bien la excepción de la exigencia de agresión ilegítima real en el caso de error del sujeto agente ha de ser objeto de prueba por quien la alegue y considerada teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso particular y concreto, aplicando en su valoración una minuciosa observación de los hechos ocurridos y de la forma en que fueron percibidos y comprendidos por quien alegue haberlo sufrido, teniéndose en consideración para ello sus circunstancias psicológicas, culturales y profesionales, y excluyendo su admisión cuando recaiga sobre hechos generalmente conocidos como patentemente ilícitos y cuando, aun sin llegar a la plena seguridad de la comprensión por el agente de la ilicitud de su actuación, sí haya existido una elevada conciencia de la probabilidad de su antijuridicidad (Sentencias de 19 de octubre de 1994, 17 de abril de 1995 y 20 de febrero de 1998).

En el presente caso el acusado, que alegó haber obrado en la errónea creencia de que era objeto de una agresión ilegítima, no pudo contar con datos que objetivamente pudieran haberle llevado a esa subjetiva creencia, pues no lo eran la negativa por quien luego fue víctima, de acatar las indicaciones de detenerse que le habían hecho el acusado y su compañero, ni el que estos dos últimos hubieran sabido que el coche que

conducía lo hubiera robado para considerarle «peligroso» hasta el extremo de esperar de él una agresión física, ni la frase del compañero advirtiéndole de la posibilidad, tan sólo, de que tuviera un arma, ni el movimiento del cuerpo del sujeto hacia abajo en el interior del vehículo, circunstancias todas que no podían llevarle a creer que era objeto de una agresión, teniendo en cuenta, su profesión de agente policial, a la que se dedicaba tras la preceptiva instrucción y entrenamiento para desempeñarla, con conocimiento de cuándo y cómo usar el arma que se le había confiado. De tal modo no queda más que una precipitada e innecesaria conducta del agente policial que, no cubierta por una subjetiva creencia errónea de que era agredido impide la aplicación de la eximente incompleta de legítima defensa sobre una forma de actuar, con un arma de capacidades letales, disparada sobre zonas del cuerpo conocidamente importantes para la existencia, que inevitablemente hubo de representarse y comprender como ilícita y encaminada a causar la muerte de la persona contra quien disparó.

(Sentencia de 5 de octubre de 1999)

ARTÍCULO 20.5

Estado de necesidad. Requisitos

Cuarto.—(...) Como señala la reciente Sentencia de esta Sala núm. 75/1999, de 26 de enero, el estado de necesidad, como circunstancia eximente, semieximente o incluso como atenuante analógica, ha sido reiteradamente estudiado por la jurisprudencia. No en balde se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los Jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, de otro para evitar, expansivamente, impunidades inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito.

Las Sentencias de 29 de mayo de 1997 y 14 de octubre de 1996, siguiendo lo ya señalado por la Sentencia de 5 de diciembre de 1994, dicen que cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente: *a)* penencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo; *b)* necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; *c)* que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que «a posteriori» corresponderá formular a los Tribunales de Justicia; *d)* que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación; y *e)* que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar las siguientes prevenciones, que van a hacer inviable el estado de necesidad: 1.º La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. 2.º El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. 3.º Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la

preponderancia de la situación eximente que se propugna. Y 4.º en la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.

(Sentencia de 20 de mayo de 1999)

La difusión de la droga causa un mal mayor que el derivado de las necesidades económicas alegadas

Tercero.—(...) Sustancialmente se plantea en toda su intensidad el problema, como más arriba se ha explicado, del estado de necesidad cuando el autor de la infracción se ve obligado a cometer el delito ante una apremiante necesidad económica, cualquiera que sea la finalidad última de esa necesidad.

El estado de necesidad, como circunstancia eximente, semieximente o incluso como atenuante analógica, ha sido reiteradamente estudiado por la Jurisprudencia. No en balde se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, de otro para evitar, expansivamente, impunidad inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito.

Las Sentencias de 29 de mayo de 1997 y 14 de octubre de 1996, siguiendo lo ya señalado por la Sentencia de 5 de noviembre de 1994, dicen que cinco son los requisitos que deben concurrir para poder estimar el estado de necesidad como eximente: a) necesidad acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción pueda apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo; b) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; c) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que *a posteriori* corresponderá formular a los Tribunales de Justicia; d) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionadamente tal situación; y e) que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual.

Cuarto.—En ampliación de los requisitos jurídicos antes dichos, hay ahora que resaltar las siguientes prevenciones, que van a hacer inviable el estado de necesidad: 1.º La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. 2.º El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. 3.º Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna. Y 4.º en la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.

Desde luego, la estrechez económica permite, por sí, acudir al estado de necesidad (Sentencias de 4 de mayo de 1992 y 30 de abril de 1991, entre otras muchas). Mas, en cualquier caso, en este supuesto, los datos reseñados por la Audiencia no

acreditan, a pesar de todo, los distintos requisitos antes expuestos. El agotamiento en la búsqueda de otros remedios, incluso de carácter asistencial, no está acreditado. Realmente es una cuestión en la que ha de procederse con extremada cautela, cautela que lleva racionalmente a ponderar los males en conflicto, siendo así que frente a unos hipotéticos males físicos, o frente a una evidente y manifiesta penuria económica, se contraponen unos perjuicios a la masa social tan graves como los que del tráfico de estupefacientes se derivan. La Sentencia de 14 de octubre de 1996, ya citada, además de proclamar que los datos fácticos justificativos de la existencia deben estar tan acreditados como la conducta típica enjuiciada, establece, las peculiaridades del tráfico de drogas, si es este el destino o el objeto del mal que se causa.

El tráfico de drogas, especialmente si se trata de las calificadas como duras, constituye actualmente uno de los más graves males sociales, en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo (en este caso se trataba de cocaína) está causando en la sociedad moderna, llevando a la ruina personal, económica y social a un elevado número de personas, y originando por tanto situaciones gravísimas de penuria económica, de aumento de la delincuencia, de enfermedades irreversibles y, en fin, de rupturas familiares, sociales y profesionales. No cabe pues hablar de que el mal causado es igual o inferior a lo que se dice se quería evitar.

Tal doctrina jurídica, acogida últimamente en las Sentencias de 23 de enero y 13 de febrero de 1998, obliga a rechazar el motivo. La legitimación, total o parcial, de la conducta enjuiciada supondría la generalización de una tesis con imprevisibles consecuencias.

(Sentencia de 26 de enero de 1999)

ARTÍCULO 20.6

Miedo insuperable. Doctrina general

Décimo.—(...) La doctrina de esta Sala viene requiriendo para la aplicación del miedo insuperable los siguientes condicionamientos:

- a) La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto.
- b) Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado.
- c) Que dicho temor anuncie un mal igual o mayor que el causado por el sujeto con su conducta.
- d) Que el miedo ha de ser insuperable, esto es, invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes.
- e) Que el miedo ha de ser el único móvil de la acción (cfr. Sentencias de 6 de marzo y 26 de octubre de 1982, 26 de mayo de 1983, 26 de febrero y 14 de marzo de 1986, 16 de junio de 1987, 21 de septiembre y 16 de diciembre de 1988, 6 de marzo y 29 de septiembre de 1989, 12 de junio de 1991, 19 de julio de 1994 y 29 de enero de 1998).

La sentencia de instancia ofrece adecuada respuesta a la alegación del acusado de que sentía miedo ante la actitud del coacusado Emilio M. G. y ciertamente no existe en el relato fáctico datos o elementos que permitan afirmar un temor fundado de un

mal efectivo, grave e inminente, que afecte a su inteligencia y voluntad, determinándole a realizar un acto de tanta gravedad y crueldad como el que realizó, máxime cuando se trata de dos hombres jóvenes, de parecida constitución física, que supo enfrentarse a Emilio M. cuando surgieron discrepancias y sin que su comportamiento, tanto en la privación de libertad y posterior muerte de Anabel S., como en su intervención en las peticiones del dinero del rescate por teléfono y el hecho de acudir junto a Emilio a tratar de recoger el dinero pedido, sean actos que permitan sostener la atenuante que se postula, muy al contrario, mal puede sostenerse que actuase bajo el dictado del miedo cuando exigió importantes sumas de dinero, en varias ocasiones, separadas en el tiempo, a los padres de Anabel S. Todo lo expuesto apunta a que en estas acciones su libertad de decisión permaneció incólume y en modo alguno el miedo fue el estímulo de su conducta.

(Sentencia de 5 de marzo de 1999)

Concepto y requisitos del miedo insuperable: la valoración de su concurrencia no debe hacerse con criterios puramente objetivos sin tener en cuenta el estado anímico de la persona

Único.—(...) Examinado el *factum* de la Sentencia impugnada, comprobamos que el juzgador ha declarado probado el hecho de que «El día doce de julio de mil novecientos noventa y siete Nolvís María G. T. había sufrido la pérdida de su marido, José Manuel M. quien apareció muerto en una cuneta en Cartagena de Indias a consecuencia de más de dos tiros disparados contra el mismo, recibiendo Nolvís María en el sepelio la visita de unas personas cuya identidad se desconoce, quienes le exigieron la realización de un viaje a España portando droga como único medio de evitar que violaran y mataran a su hija Nolvís Milena M. G. de diez años de edad y posteriormente acabarían con la vida de su hijo de cuatro años, accediendo Nolvís María a efectuar el viaje bajo el grave temor de que en caso contrario, aquéllos ejecutarán los males anunciados sobre las personas de sus hijos».

El miedo insuperable, que ha sido denominado por la doctrina como «el gigante negro del alma», encuentra la razón de ser causa de exención de la responsabilidad criminal, en constituir un estado emocional privilegiado, que hunde sus raíces en el instinto de conservación que le dota de una fuerza coactiva superior en el ánimo a las demás emociones y, aun cuando no faltan defensores de su consideración jurídica como causa de exención de la responsabilidad criminal por inexigibilidad de otra conducta distinta, o incluso como la cara negativa de la acción (SSTS de 26 de octubre de 1982 y 2 de noviembre de 1988), la mayoría dominante de la doctrina científica y jurisprudencial, contemplan esta eximente como causa de inimputabilidad al actuar sobre la psiquis de la persona dominando la voluntad de ésta y sometiéndola completamente a los dictados de su propio instinto, como si se tratara de una fuerza psíquica irresistible ante la que ceden, inermes, las demás inhibiciones de la persona (véase STS de 13 de julio de 1994 y las que en ésta se citan).

La circunstancia eximente precisa para su apreciación la concurrencia de los siguientes requisitos: *a)* que se produzca como consecuencia de una situación de miedo o temor capaz de generar en el ánimo del acusado un estado emocional de tal intensidad que le prive del normal uso de su raciocinio y provoque la anulación de su voluntad o capacidad para autodeterminarse; *b)* que dicha situación proceda de un hecho real, cierto, grave, acreditado, inminente e injustificado; *c)* que el mal causado por el sujeto no sea de superior entidad al temido; *d)* que el miedo debe ser insuperable, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas,

con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes; y e) que el miedo ha de ser el único móvil de la acción (véanse, entre otras, SSTs de 13 de julio de 1994, 15 de diciembre de 1995 y 29 de enero de 1998 junto con las que en esta última se citan).

La Sala de instancia ha declarado probado el elemento desencadenante o generador de miedo que invadió a la acusada y, al ponderar la intensidad del mismo y los efectos que la brutal amenaza ocasionó en la psiquis de aquélla, ha tenido a su disposición la ventaja de la inmediatez que supone la presencia ante sí de la persona afectada, viéndola y oyéndola. Porque, si antes señalábamos que el examen de la exigente debe efectuarse tomando como referencia al ser humano común, ello no exime al juzgador de proyectar el análisis valorativo en función de la concreta e individualizada persona que ha sufrido la situación creada, pues «la valoración no debe hacerse con criterios puramente objetivos sin tener en cuenta el estado anímico de la persona actuante, sujetando la apreciación a las reglas generales del principio de culpabilidad» (STs de 8 de junio de 1994).

El resultado obtenido de ese análisis lo refleja el Tribunal de instancia en el *factum* de la Sentencia, especificando que la acusada «accedió a efectuar el viaje bajo el grave temor...». Es decir, acepta la Audiencia Provincial la concurrencia en la conducta de la acusada de un temor grave, pero no invencible, no indomitable en términos absolutos y, en la fundamentación jurídica de la resolución impugnada razona la ausencia del requisito de la insuperabilidad del miedo atendiendo al transcurso de diecinueve días entre la amenaza del daño y la ejecución del delito, entendiendo que ese lapso de tiempo permitió a la acusada en algún momento zafarse de la ceguera mental producida por el temor y, aunque siempre presa del mismo aunque no en grado absoluto, buscar formas alternativas para hacer frente a la situación creada.

El obligado respeto a la declaración de hechos probados que exige el cauce casacional, impide que, en virtud de lo antedicho, pueda aceptarse la concurrencia de la exigente que postula el recurrente, pues compartimos la argumentación del juzgador de instancia –basada en el relato histórico– de que la acusada no permaneció los 19 días transcurridos desde que fue invadida por el miedo del mal anunciado hasta que ejecutó el hecho delictivo en un estado psíquico de abolición permanente y absoluta de sus facultades cognitivas y/o volitivas que impusieran a aquélla un automatismo de su conducta exento de todo vestigio de autodeterminación que es lo que caracteriza esencialmente el miedo insuperable.

No obstante lo hasta aquí expuesto, deberá significarse que la propia resultancia fáctica de la Sentencia nos presenta una situación de temor intenso provocado por una amenaza cierta de un mal o daño de gravísimas proporciones que, inevitablemente, ha tenido que ocasionar en la acusada una muy honda perturbación de sus capacidades volitivas, que, si no ha llegado al nivel de completa anulación de las mismas, se encuentra en sus aledaños, de tal manera que tan severa limitación debe tener su reflejo consecuente en el grado de imputabilidad del sujeto activo del delito y, asimismo, en la respuesta penal que debe estar presidida por el principio de proporcionalidad. Es por ello por lo que esta Sala, al considerar que el deterioro psíquico sufrido por la acusada ha sido tan intenso que se sitúa en el límite de la exención de la responsabilidad, estima que la pena a imponer debe ser la inferior en dos grados a la señalada por la Ley y que, dada la entidad de la circunstancia apreciada y que el hecho delictivo no llegó a ocasionar daños a la salud pública al ser abortado el ilícito tráfico antes de que la droga llegara a los consumidores, habrá de imponerse aquélla en la mínima extensión.

(Sentencia de 26 de abril de 1999)

ARTÍCULO 20.7

Deber de información: ámbito. Difusión de nombres de reclusos enfermos de SIDA. Sólo procede cuando es el único medio de informar a la opinión pública

Quinto.—El derecho a comunicar y recibir libremente información —se dice en la STC 6/1988, de 21 de enero, citándose la 105/1983, de 23 de noviembre— versa «sobre hechos o, tal vez más restringidamente, sobre aquellos que pueden considerarse noticiables», añadiéndose más adelante, con cita de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 8-7-1996, «caso Lingens», que la comunicación informativa a que se refiere el apartado d) del artículo 20.1 CE versa sobre hechos, «específicamente, que pueden encerrar trascendencia pública a efectos de que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva, de tal forma que de la libertad de información —y del correlativo derecho a recibirlas sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho—. Al mismo tiempo, la doctrina del Tribunal Constitucional ha reiterado en más de una ocasión —SSTC, entre otras, 159/1986, 51/1989 y 20/1990— la posición preferente que ha de reconocerse a los derechos consagrados en el artículo 20 CE, lo que implica tanto una mayor responsabilidad moral y jurídica en quien los ejerce como una rigurosa ponderación de cualquier norma que coarte su ejercicio. Esta doctrina ha sido, en cierto modo, resumida por la STC 85/1992, de 8 de junio, en los siguientes términos: «En el mismo sentido, hemos declarado que las libertades del artículo 20.1 a) y d) CE, además de otros derechos fundamentales, son valores objetivos esenciales del Estado democrático y, como tales, están dotados de valor superior o eficacia irradiante, que impone a los órganos judiciales y a este Tribunal Constitucional, en los supuestos de que colisionen con el derecho al honor, el deber de realizar un juicio ponderativo para establecer previamente si el ejercicio de aquellas libertades ha supuesto lesión del derecho al honor y, en caso afirmativo, si esa lesión viene o no justificada por el valor prevalente de tales libertades». Sustituyendo el derecho al honor contemplado en la sentencia del Tribunal Constitucional a que pertenece el párrafo transcrito y, dando por supuesto e indiscutido que en el caso origen de este recurso la información comunicada significó una lesión del derecho a la intimidad de dos personas, mediante la ruptura de la reserva de datos incluidos en un registro informático, el juicio ponderativo que debe realizar esta Sala se concretará en la eventual justificación, total o parcial, de dicha lesión por el interés público que pudo estar en juego cuando el acusado ejerció, legítima o ilegítimamente, el derecho a la información.

Sexto.—Está fuera de toda duda que la situación sanitaria de los establecimientos penitenciarios es un tema que interesa a la opinión pública y sobre el que esta opinión tiene derecho a estar informada como lo tiene en relación con casi todos los sectores en que se desenvuelve la actividad de la Administración Pública. En consecuencia, y con independencia de cuáles sean las verdaderas vías de contagio del SIDA, no podría negarse que era un hecho noticiable, en la ocasión de autos, la circunstancia de que dos internos de la Prisión Provincial de Las Palmas, padeciendo el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, estuviesen destinados en los servicios de cocina del citado establecimiento. El acusado, pues, podía honestamente pensar que, publicando este hecho cuya veracidad ciertamente le constaba, informaba a la opinión pública de algo que la misma tenía derecho a conocer, lo que no puede ser desconectado del interés colectivo en que el remedio de los eventuales fallos de la Administración sea impulsado, cuando preciso sea, por la presión de la opinión pública. Es por ello por lo que hemos dicho más arriba que en la con-

ducta del acusado parece existir un principio de justificación que podría estar tipificado como eximente en el número 7.º del artículo 20 CP. La justificación, sin embargo, no es plena por lo que la antijuridicidad típica de la conducta no puede reputarse desaparecida aunque sí considerablemente atenuada. Para que el ejercicio, por parte del acusado, del derecho a la información hubiese sido plenamente legítimo, de forma que hubiese integrado la correspondiente circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, hubiese sido necesario que el acceso a los datos reservados relativos a la enfermedad de los titulares y su posterior publicación se presentasen como el único procedimiento por el que cupiese informar a la opinión pública del hecho noticiable. No era así, puesto que lo noticiable, en cualquier caso, era la mera presencia de enfermos de SIDA en la cocina de la prisión no la identidad de los mismos. Podrá argüirse que sin tener conocimiento de la identidad de los internos difícilmente hubiese podido el acusado estar razonablemente seguro de la veracidad de la noticia, por lo que si quería darla a conocer necesitaba saber previamente de qué internos se trataba aunque el mero acceso a estos datos, sin la debida autorización, ya fuese penalmente típico. Esta dificultad de desvincular la difusión ilícita de una noticia del acceso ilícito a ciertos datos que son presupuesto de aquélla, que se da inevitablemente a veces en la actuación del profesional de la información, puede llevar a cuestionar la tipicidad de la conducta si, una vez conocidos los datos reservados que son imprescindibles para la confección de una noticia veraz, el profesional se abstiene de publicarlos en tanto no los son para la presentación de la noticia. Pero en modo alguno la actuación dejará de ser típica, ni podrá estar amparada por una eximente completa de ejercicio legítimo de un derecho, cuando tras acceder ilícitamente a los datos, se procede a su publicación en el contexto de una noticia que no los necesita. Siendo esto lo que el acusado hizo, entiendo la Sala que su comportamiento debe beneficiarse tan sólo de los efectos ampliamente atenuatorios de la mencionada eximente incompleta e imponerse la pena inferior en dos grados, en la extensión que se dirá en nuestra segunda sentencia, a la que correspondería imponer teniendo en cuenta las sucesivas agravaciones que supone, sobre la pena establecida para el delito básico del artículo 397.2 CP, la aplicación de los subtipos previstos en los apartados 3 y 5 del mismo precepto.

(Sentencia de 18 de febrero de 1999)

Requisitos de la eximente de cumplimiento de un deber: policía que golpea a persona a la que va a detener estando ésta en actitud pasiva

Sexto.—En el motivo 3.º del escrito 1.º, por el mismo cauce del artículo 849.1.º LECrim, se alega de nuevo infracción de ley, ahora por no haberse aplicado el artículo 8.11 en relación con el 1 CP/1973 y también con el artículo 20 de la LO 1/1992 y artículo 5 de la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Lo que se pretende, en definitiva, es la aplicación de la eximente de cumplimiento del deber por haber actuado los policías dentro de los límites de las obligaciones propias del cargo.

Conocidos son los requisitos que esta Sala viene exigiendo para la aplicación de esta eximente cuando, como aquí, se trata de la actuación de agentes de la autoridad que tienen no sólo la facultad sino también el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva «con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable», pero al mismo tiempo «rigiéndose por los principios de

congruencia, oportunidad y proporcionalidad», como dice el apartado c) del artículo 5.4 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, lo que responde al mandato del artículo 104 de nuestra Constitución y se halla inspirado en las líneas marcadas por la «Declaración de la Policía» hecha por el Consejo de Europa el 8 de mayo de 1979 y por el «Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley», aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre del mismo año de 1979.

Conforme a tales normas y directrices, en estos casos, para la aplicación de la exigente de cumplimiento del deber, es necesario que concurran los requisitos siguientes:

1.º Que el sujeto activo sea una autoridad o un funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo.

2.º Que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente.

3.º Que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe.

Si falta cualquiera de estos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de esta exigente, no cabe su aplicación, ni siquiera como exigente incompleta.

4.º Que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiera el agente de la autoridad (necesidad en concreto).

5.º Proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública, pues la levedad del caso, si existiera, a veces justifica la no intervención o impide la utilización de un determinado medio demasiado peligroso cuando se carece de otro de inferior lesividad o éste aparece como ineficaz, mientras que la gravedad de la situación sólo autoriza para obrar de un modo ponderado y prudente en relación a tal gravedad, también conforme a las circunstancias del caso, sin poner trabas a operaciones que pueden exigir el actuar con la decisión necesaria y sin demora, como ya se ha dicho, pero al mismo tiempo sin conceder franquicias a actuaciones excesivas o inhumanas, teniendo en cuenta, por otro lado, que, respecto de la actuación de un particular en un supuesto paralelo, el comportamiento de las fuerzas de seguridad tiene a su favor el que siempre obran en la línea de «la afirmación del Derecho por encima de lo injusto», como ha dicho algún autor.

Sobre esta materia véanse las (Sentencias de esta Sala de 22-12-1970, 20-10-1980, 13-5-1982, 22-12-1989, 25-3-1992, 3-12-1993, 21-12-1993, 17-1-1994, 24-1-1994, 30-9-1994 y 5-7-1995, entre otras).

Pues bien, en el caso presente, es claro que falta el requisito de la necesidad abstracta, por lo que no cabe aplicar la pretendida exigente, ni completa ni incompleta, de acuerdo con los argumentos expresados en el fundamento de derecho 5.º de la Sentencia recurrida: ante un hecho tan inocuo, estar sentado Fructuoso en el bordillo de una acera, en actitud totalmente pasiva, no era necesaria ninguna intervención policial, ni siquiera para obtener la identificación de quien así se encontraba.

El escrito de recurso trata de justificar la actuación de los policías en esa necesidad de identificación y en el hecho, consignado expresamente como probado en la resolución impugnada, de que ante el requerimiento policial al respecto «aquél no mostrara una actitud colaboradora».

El artículo 20 de la LO 1/1992, sobre Protección de Seguridad Ciudadana, para que los Agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad puedan requerir a los ciudadanos su identificación exige que «el conocimiento de la identidad de las personas requeridas sea necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la LO de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad».

Como no había razón alguna que pusiera en peligro esa seguridad por parte de Fructuoso, según reiteradamente expone la Sentencia recurrida, hemos de entender que en el caso presente ninguno de los dos agentes que intervinieron en el hecho estaba autorizado para exigirle que se identificara. Por ello, el hecho de que el requerido «no mostrara una actitud colaboradora» no puede justificar lo que aquí ocurrió.

La violencia utilizada para esposar y detener a Fructuoso, en una acción coordinada por parte de los dos policías acusados, causante de las lesiones por las que ambos fueron condenados, carece de justificación en su origen y en su desarrollo ulterior. No había necesidad alguna de intervención policial, ni siquiera para exigir una identificación.

Ciertamente no cabe aplicar al caso la pretendida eximente de cumplimiento de un deber, ni siquiera como incompleta.

(Sentencia de 21 de septiembre de 1999)

ARTÍCULO 21.2

Valor atenuante de la drogadicción: criterios

Sexto.—Como se refiere en la Sentencia de 6 de marzo de 1998, es sabido (ver entre otras las Sentencias de 2 de abril de 1991 y 22 de noviembre de 1990) que no toda situación, anímica o física, de drogodependencia puede sin más determinar una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Mas tampoco se puede rechazar de plano tal posibilidad con la argumentación, antes acogida por esta Sala, de que no merece ese favorable trato, si hablamos de atenuantes, quien en virtud de la concepción de las acciones *liberae in causa*, sabía de los peligrosos estados carenciales que se presentarían en el supuesto de libremente escoger el camino de la droga, excluyendo o rechazando cualquier ayuda, método, sistema o régimen de curación, entre otras razones, porque ya es muy dudoso que en tales momentos estuviera la persona en un plano de libre determinación volitiva, para proceder en uno u otro sentido.

Mas, como también dicen las Sentencias de 12 de febrero de 1996 y 12 de septiembre de 1991, es necesario en los casos de drogodependencia saber hasta qué punto, una vez probada la situación de dependencia física o psíquica, ese estado especial ha podido influir en el desarrollo de los hechos y en la actuación de las facultades intelectivas y volitivas. Ni puede permitirse la actuación irresponsable sin reconocer lo que ello comportaría en cuanto a la pena, ni tampoco el abuso de buscar amparo en la eximente incompleta, también en la atenuante, cada vez que el sujeto de la infracción fuera consumidor de la droga en cuestión.

La eximente completa exige la anulación total de la voluntad y de la inteligencia, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia

directa del alucinógeno que anula de manera absoluta su mente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia indirecta de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido.

La eximente incompleta precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquellas facultades aun conservando la apreciación sobre la inmoralidad del hecho que ejecuta, lo que se convierte en atenuante analógica si sólo de manera leve se ve afectada la mente humana. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, o en la atenuante analógica, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva.

(Sentencia de 5 de febrero de 1999)

Segundo.—El motivo aduce *error iuris*, porque se estimó en la sentencia la atenuante 2.ª del artículo 21 del vigente Código Penal, debiendo aplicarse la eximente 2.ª del artículo 20 del mismo texto legal. Más adelante ya no se refiere a la eximente completa, sino a la semiximente. La argumentación de que en ningún momento esgrimiera la navaja (en el párrafo tercero) resulta ajena y extraña al motivo. Sostiene, en suma la eximente (sic) porque necesitaba en tal momento consumir la droga.

Después se hace acreedor de la repulsa y desestimación del motivo, porque la recurrente acude a puntos extrínsecos y ajenos al puro hecho probado (art. 884.3.º LECrim), al referirse a la situación de drogodependencia acreditada en autos. Asimismo acude a la doctrina casacional, para reconocer que no basta ser drogadicto para que se estime disminuida la imputabilidad y la responsabilidad. Por último, se refiere al peligro del consumo de heroína.

Antes de dar respuesta a los temas del recurso tan inorgánicamente expuestos en el motivo, hay que acudir inexcusablemente al hecho probado, constituido, no sólo por la mera referencia formal que figura bajo tal epígrafe en la sentencia, sino a los datos fácticos que se hallan también en los propios fundamentos jurídicos.

El hecho probado silencia totalmente cualquier dato al respecto. Hace tan sólo referencia a un robo intimidativo de dos jóvenes, un varón no identificado y la acusada que en un Cajero Automático de una entidad bancaria sustraen a la víctima una cantidad de dinero y le obligan, con la intimidación de un cuchillo, a extraer más, dándose a la fuga después y deteniéndose a la ahora recurrente. Tan sólo en el fundamento jurídico segundo nos dice que es de apreciar la circunstancia atenuante del artículo 21.2, «pues a través de la testifical practicada en el acto del juicio oral y de la documental que obra en autos en relación con la naturaleza del hecho criminal que se le imputa, y destino al que se proyectaba dar al dinero, se llega a la conclusión descrita de que la acusada estuvo impulsada por una grave adicción a la heroína, soporte y fundamento de la expresada atenuante». Este párrafo resulta complementario así de lo expresado en el hecho probado, apartados 3 y 4, de que al localizarse el taxi y detenerse a la acusada en la calle Sebastián Santos de la barriada de las 800 viviendas, ésta estaba «esperando a que regresara el individuo desconocido que le había acompañado y que salía a comprar heroína», añadiendo que «a la acusada se le ocuparon en el momento de su detención 3.700 pesetas», siendo así que a la víctima le habían robado 62.000 pesetas.

Con dicho presupuesto fáctico, intangible e inmodificable, el motivo tiene que parecer inexcusablemente, pues tan sólo tenemos una explicación de la realización delictiva «impulsada por una grave adicción a la heroína». Construir con ello una exención total de la responsabilidad criminal resulta tarea vana habida cuenta que exige el artículo 20.2.º para ello que «al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» y ello no consta que ocurriera en este caso.

Por lo demás, como señaló la sentencia de este Tribunal 541/1995, de 8 de abril, la eximente completa exige una absoluta carencia de las facultades intelectivas y volitivas, como recogió la anterior Sentencia de 8 de marzo de 1991, de modo que más que en delitos de dinámica agitada y violenta, la conducta parece que ha de estar más cerca y próxima a formas comisivas de omisión o en aquellos casos en que el sujeto activo actúa totalmente automatizado por la droga –Sentencias de 21 de marzo de 1986, 14 de diciembre de 1987, 3 de enero de 1988, 28 de septiembre de 1989 y 3 de mayo de 1991– o como señaló la Sentencia de 14 de mayo de 1991, se deben cubrir con la exención completa los más agudos casos de exasperación del síndrome de abstinencia, porque exige una absoluta carencia de las facultades intelectivas y volitivas –Sentencia de 12 de septiembre de 1991.

Con los datos del hecho probado y los fácticos del fundamento jurídico segundo resulta imposible de construir la eximente completa. Estuvo impulsada por una grave adicción a la heroína.

Por lo demás, la doctrina jurisprudencial ha aplicado la atenuante –antes analógica y ahora la núm. 2.ª del artículo 21– a los drogadicictos que delinquen con sus facultades volitivas aminoradas por el consumo de sustancias nocivas para la salud, sin que esté probado que actúen bajo el síndrome de abstinencia –Sentencias, por todas, de 10 de octubre de 1984, 26 de junio de 1985, 15 de enero y 29 de marzo de 1986, 23 de marzo de 1987, 3 de enero, 23 de marzo, 13 de septiembre y 3 de diciembre de 1988, 20 de enero, 16 de marzo, 16 de mayo, 20 de septiembre y 12 de diciembre de 1989, 26 de marzo, 18 de abril, 28 de mayo y 11 de diciembre de 1990, 25 de febrero, 20 de marzo, 5 de abril, 20 de junio y 11 de octubre de 1991, 17 de enero, 5 de mayo, 16 de junio, 14 de julio, 15 de septiembre, 10 y 23 de noviembre de 1992, etc., y más recientemente Sentencias 1107/1994, de 30 de mayo, 736/1995, de 31 de mayo, 432/1996, de 17 de mayo, 616/1996, de 30 de septiembre, 952/1996, de 29 de noviembre, 232/1997, de 24 de febrero, 616/1997, de 6 de mayo, 716/1997, de 20 de mayo, etc.– lo que acredita que el Tribunal de instancia actuó con corrección y acierto al aplicar la atenuante.

Igual rechazo ha de merecer la pretensión de la recurrente de aplicar una semieximite, que ni consta una hipertrofia de la drogadicción, ni existencia de síndrome de abstinencia. Como ha señalado la Sentencia 758/1998, de 26 de mayo, «El síndrome de abstinencia, que nada tiene que ver con la crisis de ansiedad (ver la Sentencia de 29 de mayo de 1995), representa una grave limitación para quien sufre en su persona, de manera explosiva y en ausencia de un adecuado tratamiento médico, las consecuencias de un profundo hábito, de una grave toxicomanía, que precisa ya de la continua ingestión del alucinógeno, cuya interrupción por las causas que fueren, lleva a quien lo padece al mayor de los desequilibrios. Ninguna alegación, ninguna prueba permitiría en cualquier caso acudir a tal situación. El síndrome supone la dependencia a un vicio, a un hábito, a una querencia física y psíquica, que de alguna forma doblega la mente. Ni siquiera cabría hablar de una crisis de ansiedad que supone una situación de intranquilidad, de desasosiego o de inseguridad, como consecuencia de múltiples causas, incluso patológicas, que por lo común no inciden

sobre las facultades intelectivas y volitivas pues se proyectan en la personalidad tal si fueron simples alteraciones caracteriológicas».

En definitiva, que fuera del síndrome de abstinencia, señaló la Sentencia 729/1998, de 22 de mayo, se subordina la relevancia de la «adicción», bien a los efectos que sobre la psique del sujeto produzca la extraordinaria y prolongada dependencia, en cuanto pudiera ser relevante para originar anomalías o alteraciones psíquicas que anulasen el entendimiento o la voluntad a que se refiere el núm. 1 del artículo 20 (como eximente completa o incompleta), según el grado de la afectación). En cuanto a la drogadicción a la heroína afecta de manera fundamental a la voluntad cuando su dependencia adquiere la nota de habitualidad media, señalando al respecto la Sentencia de 15 de abril de 1991 y la 799/1993, de 5 de abril, que para que la toxicomanía pueda ser apreciada como causa modificativa de la responsabilidad criminal es menester que haya quedado probado que al tiempo de cometer los hechos tenía abolidas o mermadas sus facultades cognoscitivas y volitivas repitiendo la de 2 de julio de 1991 y la 799/1993, citada que para ello sería preciso, no sólo la constancia de la adicción, sino también que por ésta, por su intensidad y el deterioro que haya llegado a producir en las facultades intelectivas y volitivas, origine y produzca una apreciable merma de la capacidad de autodeterminación, de suerte tal que si lo único probado es el puro y escueto dato de la dependencia, sin más precisión o modificación, ningún precepto será violado por el hecho de no apreciarse circunstancia alguna que atenúe la responsabilidad del sujeto...

(Sentencia de 5 de febrero de 1999)

Politoxicomanía: fundamento de la atenuación es el déficit de voluntad debiendo apreciarse no por pietatis causa sino como cumplimiento de un deber jurídico dimanante del principio de culpabilidad

Segundo.—(...) La Sala sentenciadora, omitiendo toda referencia a este parte médico niega incidencia de la toxicomanía en los hechos por la propia complejidad del delito en la que el recurrente tuvo que entrar en el departamento de caja y registrarlos sin evidenciar nerviosismo, refiriéndose asimismo a que tampoco los empleados apreciaron alteración alguna. En relación a este último dato, es cierto que dos de los empleados de la sucursal bancaria manifestaron que «... no le pareció que estuviera drogado ni nada...» —señor P. y señora P.—, pero tal afirmación hay que someterla a la crítica de tres reflexiones: a) que todo el incidente duró unos tres minutos; b) que los testigos, no consta que tengan conocimientos médicos, por lo que su afirmación no es sino expresión de su opinión subjetiva aprehendida en una situación no sólo fugaz sino estresante, por lo que el margen de error es muy grande; y c) desde la realidad del doble informe médico tantas veces citado aparece carente de fundamento el apartamiento de lo que en ellos consta y por tanto se evidencia un error en la decisión alcanzada por la Sala sentenciadora con la consecuencia de estimar el recurso instado, debiéndose apreciar en el hecho enjuiciado la concurrencia de la circunstancia atenuante segunda del artículo 21 del Código Penal, de actuar el culpable a causa de la grave adicción a las drogas.

Debe recordarse que en patrones de consumo como el que ofrece el recurrente: politoxicomanía de larga duración, esta situación comporta un ser toxicómano y no un estar con la consecuencia que se traduce como muy bien se describe en el médico-psiquiátrico de 17 de junio en una situación asimétrica pues de un lado, el sujeto mantiene su inteligencia normal, y así el informe nos dirá en relación al recurrente que «... su inteligencia es normal, como lo son su capacidad de crítica, juicio y raciocinio, lo que le permitiría suponerle capacitado para ejercer un adecuado gobierno de sus actos...»,

pero junto con ello, la voluntad estaría limitada, limitación que sería tanto más evidente cuanto que estuviese relacionada con actos tendentes a satisfacer su adicción a drogas. El informe médico nos dirá que «... la toxicomanía es una enfermedad a la que se asocian elementos obsesivo-compulsivos...» concluyendo el informe con la afirmación de que «... en atención a ese elemento obsesivo compulsivo hay que contemplar una leve disminución de la imputabilidad psíquica de los actos que lleva a cabo...».

Estima la Sala que en el presente caso se está ante un típico supuesto de lo que en criminología de las drogas recibe el nombre de delincuencia funcional, es decir, de un delito contra la propiedad motivado por la necesidad de tener dinero para atender el sujeto a sus necesidades de droga.

El fundamento de la atenuación no estaría en un déficit en la inteligencia, ya que ésta no aparece afectada en este caso y ello explica la capacidad de diseñar y realizar actos de cierta complejidad o riesgo, pues se tiene cabal conocimiento de lo que se está haciendo.

El fundamento de la atenuación se encuentra en un déficit en la voluntad de la persona, ya que el consumo de drogas le exige la realización de actos o medidas para atender su consumo, actuando esa circunstancia como enervadora de los frenos inhibitorios para apartarse de ellos por los riesgos que le pueden comportar, aspecto que está reflejado también en el informe psiquiátrico cuando se refiere al «síndrome amotivacional de los heroinómanos», y al elemento obsesivo-compulsivo que explica que el sujeto pueda «... llevar a cabo pensamientos o actos a la fuerza, incluso percatándose el individuo de la absurdidad o lo dañino para la salud...».

No se trata de una aplicación de circunstancias atenuatorias de la pena «pietatis causa», sino que es un deber jurídico consecuencia del principio de culpabilidad sobre el que se asienta nuestro sistema de justicia penal, que exige la utilización de los expedientes que prevé cuando alguno de los dos elementos que conforman la culpabilidad –la inteligencia y la voluntad–, o no existen o se encuentran disminuidos en relación al patrón de normalidad.

Procede como ya se ha dicho y ahora se reitera la estimación del motivo, y la declaración de que concurrió en el hecho cometido por el recurrente la circunstancia atenuante 2.ª del artículo 21 lo que así se hará constar en la segunda sentencia que a continuación de la presente se dictarán con las correspondientes consecuencias penales en una doble clave: atenuatoria de conformidad con el artículo 66 del Código Penal y eventualmente sustitutiva de la ejecución por sometimiento a tratamiento de deshabituación de drogas en los términos previstos para supuestos de drogodelincuencia en los términos del artículo 87, en medidas sustitutivas que son de la mayor importancia desde todos los puntos de vista que se quieran analizar ya que las alternativas a la prisión en casos de drogodelinquentes son el complemento imprescindible a la normal respuesta prisonizada porque al actuar sobre la causa remota –la drogodependencia–, respecto de la que el concreto delito enjuiciado en cada caso suele ser la consecuencia, se constituyen en factor de disminución de la delincuencia, y lo que es más importante, medio idóneo para la reintegración social de la persona y su recuperación como ser libre en el sentido exigido por el artículo 25 de la Constitución, por lo que el acceso a tales medidas tiene la potencialidad de convertirse en alternativa a la drogodependencia.

(Sentencia de 19 de febrero de 1999)

Delimitación con atenuante de eximente incompleta

Segundo.–(...) El artículo citado marca quizás el último aspecto en la graduación de la imputabilidad a causa de la ingestión de drogas (legales o ilegales) y, especial-

mente, de la grave adicción a tales sustancias. Es evidente que, aun cuando la atenuante no haga mención expresa a los efectos que esa adicción produce sobre la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho o para actuar y conducirse en la sociedad, aún a pesar de ello, se repite, lo que no cabe duda alguna es que el fundamento de tal atenuante radica en la afectación de la imputabilidad.

Mas, como se viene diciendo hasta la reiteración, no basta con ser toxicómano para merecer la atenuación de la pena. La atenuante se circunscribe a la hipótesis de que la «toma de decisión» del sujeto cuando ha de actuar, en el caso concreto, frente al bien jurídico de que se trate, se encuentre alterada. No se exige, y esto ha de quedar claro en el contexto de la atenuante, una exclusión absoluta de la capacidad de culpabilidad, ni tampoco una alteración grave de la misma, porque ello daría lugar a la eximente completa o incompleta, pues basta con que se produzca una ligera perturbación que implique una también ligera disminución de las facultades intelectivas y volitivas (inteligencia y voluntad, capacidad de comprender y capacidad de querer).

Mucho se ha dicho ya por esta Sala Segunda al respecto, según se reseña, entre otras muchas y por hablar de las últimas resoluciones, en las Sentencias de 5 de febrero de 1999 y 6 de marzo de 1998.

Tercero.—Conforme a las mismas, y abundando en lo acabado de indicar, es sabido que no toda situación, anímica o física, de drogodependencia puede sin más determinar una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal. Mas tampoco se puede rechazar de plano tal posibilidad con la argumentación, antes acogida por esta Sala, de que no merece ese favorable trato, si hablamos de atenuantes, quien en virtud de la concepción de las acciones *liberae in causa*, sabía de los peligrosos estados carenciales que se presentarían en el supuesto de libremente escoger el camino de la droga, excluyendo o rechazando cualquier ayuda, método, sistema o régimen de curación, entre otras razones, porque ya es muy dudoso que en tales momentos estuviera la persona en un plano de libre determinación volitiva, para proceder en uno u otro sentido.

Mas, como también dicen las Sentencias de 12 de febrero de 1996 y 12 de septiembre de 1991, es necesario en los casos de drogodependencia saber hasta qué punto, una vez probada la situación de dependencia física o psíquica, ese estado especial ha podido influir en el desarrollo de los hechos y en la actuación de las facultades intelectivas y volitivas. Ni puede permitirse la actuación irresponsable sin reconocer lo que ello comportaría en cuanto a la pena, ni tampoco el abuso de buscar amparo en la eximente incompleta, también en la atenuante, cada vez que el sujeto de la infracción fuera consumidor de la droga en cuestión.

La eximente completa exige la anulación total de la voluntad y de la inteligencia, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absoluta su mente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia indirecta de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido.

La eximente incompleta precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquellas facultades aun conservando la apreciación sobre la inmoralidad del hecho que ejecuta, lo que se convierte en atenuante analógica si sólo de manera leve se ve afectada la mente humana. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, o en la atenuante analógica, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a

la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva.

En conclusión, y en otras palabras, justo es hacer hincapié en la redacción del vigente Código cuando se refiere a la «grave adicción». Dos son los elementos a tener en cuenta para la apreciación de la atenuante. En primer lugar la gravedad e importancia de la adicción a la droga, y en segundo lugar la relación causal entre la dependencia y la perpetración del ilícito penal.

(Sentencia de 24 de febrero de 1999)

Tercero.—(...) Ha de ponerse de manifiesto que el solo dato de la drogadicción no es suficiente para pretender, ni la eximente incompleta, ni siquiera la atenuante analógica —Sentencia 2264/1994, de 22 de diciembre— ante la falta de constancia de su incidencia en el psiquismo del sujeto. Como puso de relieve la Sentencia 595/1995, de 26 de abril, la cuestión planteada es una cuestión de hecho. En efecto, se debería practicar prueba para determinar la incidencia que el consumo de drogas ha tenido sobre la determinación de la conducta del sujeto, en particular, se debería establecer si el recurrente, como consecuencia de su adicción a la droga, no podía comprender la antijuridicidad de su conducta o no podía conducirse según su comprensión. Pues bien, en los hechos probados no existe el menor punto para decidir tal cuestión. Pero la doctrina de este Tribunal ha destacado que no basta ser drogadicto, en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias eximentes o atenuantes y que la exclusión o disminución de la responsabilidad de estos toxicómanos ha de determinarse en función de la imputabilidad, o sea de la incidencia que la ingestión de droga produce en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto.

La Sentencia 185/1998, de 10 de julio ha recogido al respecto: «La jurisprudencia —Sentencias de fecha 4-10-1990, 12 y 27-9-199, 14-7 y 20-11-1992, 24-11-1993, 8-4-1995, las número 1/1997, de 12-3, 583/1997, de 29-4, 603/1997, de 31-3, 616/1997, de 6-4, 1517/1997, de 5-12, 1539/1997, de 17-12, 37/1998, de 24-1 y 102/1998, de 3-2—, ha exigido para la apreciación de la eximente incompleta derivada de la toxifrenia, que origine una profunda perturbación en las facultades psíquicas con deterioro de la personalidad y disminución notoria de la capacidad de autorregulación, o que aparezca asociada con otras deficiencias o trastornos psíquicos —oligofrenias leves, psicopatías— o que determine un síndrome de abstinencia intenso, con compulsión difícilmente resistible al apoderamiento de dinero con el que adquirir la droga. Con arreglo al Código Penal de 1995, dados los términos del artículo 20.2 de dicho Cuerpo Legal, la eximente incompleta de toxifrenia exigirá la concurrencia de una intoxicación no plena, pero importante, por drogas, o de un síndrome de abstinencia a las mismas, que determine una grave disminución de la capacidad para comprender la ilicitud del hecho delictivo cometido bajo la influencia de las drogas, o para actuar conforme a tal comprensión.

Respecto a la atenuante de nueva creación, 2.ª del artículo 21 del Código Penal de 1995, de haber actuado el culpable a causa de una grave adicción a las sustancias estupefacientes o psicotrópicas, la jurisprudencia ha manifestado —Sentencias 1539/1997, de 17-12, 603/1997, de 31-3, 276/1998, de 27-2 y 312/1998, de 5-3—, que será aplicable a los supuestos en que el sujeto comete el delito movido por su grave adicción, a los casos en que sufra un síndrome de abstinencia leve, y cuando su imputabilidad esté disminuida en grado menor; siendo exigible además que existe una relación entre el delito cometido y la carencia de droga que padece el agente, de forma que la finalidad de aquél sea aliviar el síndrome padecido a causa de la drogodependencia».

En todo caso, se exige siempre necesidad de prueba y que el relato histórico, los *facta probata*, con independencia de que se encuentren en el hecho probado o en los

fundamentos jurídicos, expresen la concreta e individualizada situación en el momento de la comisión delictiva, tanto con referencia a la concreta droga a la cual el sujeto es adicto, al período de dependencia y a la singularización de tal momento (ingestión inmediatamente precedente, síndrome carencial y determinando si puede deducirse la disminución de las facultades intelectivas y/o volitivas) y en qué grado –Sentencias 173/1993, de 2 de febrero y 279/1996, de 1 de abril, entre otras muchas.

(Sentencia de 3 de marzo de 1999)

Segundo.–El nuevo Código Penal, acogiendo la doctrina jurisprudencial de esta Sala, otorga expresa relevancia en la graduación de la responsabilidad penal a los efectos que el consumo de drogas tóxicas provoca sobre el conocimiento y voluntad del agente. Como señala la Sentencia núm. 276/1998, de 27 de febrero, de la observación conjunta de lo dispuesto en los artículos 20.2.º, 21.1.º y 21.2.º, puede deducirse que el Código Penal de 1995 otorga respaldo legal a la denominada trilogía de efectos penales que la doctrina jurisprudencial venía aplicando en la delincuencia funcional de los drogodependientes:

a) exigente completa del artículo 20.2.º en los supuestos excepcionales de intoxicación plena o síndrome de abstinencia que impidan totalmente comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión, b) exigente incompleta, del artículo 21.1.º, para los supuestos de intoxicación semiplena o síndrome de abstinencia no totalmente inhabilitante; c) atenuante ordinaria para los supuestos de grave adicción, cuando la misma actúe como causa de la acción delictiva, no siendo técnicamente adecuado, con el nuevo Código, aplicar la atenuante analógica, pues ya existe para estos casos una atenuante ordinaria, ni la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial cualificación tienen su encaje en la exigente incompleta.

(Sentencia de 31 de marzo de 1999)

La toxicodependencia es un ser no un estar: delincuencia funcional

Tercero.–(...) Estima la Sala, por el contrario, que en casos como el presente la tóxico-dependencia es un ser y no un estar, es decir existe una situación de permanencia –se es toxicómano–, y no una situación episódica de ingesta aislada. Precisamente esa estabilidad en el consumo es lo que provoca la «moderada merma» en sus facultades volitivo-intelectuales, que si bien no inciden de modo total y automático en la generalidad de los actos que efectúe, sí tienen incidencia en aquellos actos que por su naturaleza puedan tener la condición de instrumentales para la adquisición y consumo de droga, y de entre ellos, reviste especial importancia la llamada delincuencia funcional, es decir aquella actividad delictiva motivada por la condición de toxicómano y tendente a obtener dinero para acceder al consumo de drogas, de ahí la condición de factor criminógeno y de primer orden, que tiene la adicción a las drogas.

En el presente caso, se está en un ejemplo típico de delincuencia funcional al tratarse de delitos contra la propiedad –robo en varios pisos–, en los que el agente vende, más exacto es decir mal vende, dada lo insignificante del precio, joyas de valor muy superior, y seguidamente compra droga que comparte con Reyes Antonio C. Este cuadro está reconocido en la Sentencia, tanto en el «factum» como en el fundamento jurídico tercero, donde se dice que Agustín –adquirente de las joyas y condenado como receptor– le compró a Víctor joyas por valor de 200.000 ptas., por un importe de seis mil y seis mil quinientas «...conociendo al vendedor, Víctor, como persona consumidora de sustancias estupefacientes...».

Toda esta riqueza de detalles y datos todos en la misma dirección –se reitera la comprobada existencia de consumos de droga en la fecha de comisión de los hechos–, exigen sin duda la estimación del motivo por la clara y fundada concurrencia en la acción enjuiciada de la circunstancia atenuante de grave adicción al consumo de drogas prevista en el artículo 21.2.º del Código Penal, y ello con independencia de que la incidencia penal pudiera ser nula por la extensión de la pena que impuso la Audiencia, pues aunque fuese la mínima, la declaración de la conexión de los hechos de los que se condena a Víctor con su condición de toxicómano por la merma moderada de sus facultades intelecto-volitivas, de un lado es un elemento necesario en el juicio de certeza exteriorizado en el «factum», y de otro facilita que en ejecución de sentencia, puedan adoptarse medidas como las previstas en el artículo 182 del vigente Reglamento Penitenciario –RD 190/1996 de 9 de febrero–, que contempla el cumplimiento en Unidades Extrapenitenciarias, de los penados en tercer grado que necesitan un tratamiento de deshabitualización, medidas que por incidir en la causa –la drogodependencia– en la que el delito viene a ser su consecuencia, se revelan como las más idóneas en supuestos de drogodelincuencia, tanto desde el punto de vista de la vocación de reinserción social a que debe responder la prisión por imperativo constitucional, como desde el punto de vista de política criminal, porque, conseguido el abandono del consumo de drogas por el drogodelincuente, e integrado en la sociedad –no hay rehabilitación del toxicómano sin reinserción social– habrá desaparecido su condición de agente delictivo. No es de aplicación el artículo 87 del Código Penal porque en el presente caso, por la extensión de la pena de prisión a imponer, se está fuera del límite máximo que prevé dicho artículo para la adopción de medidas alternativas a la prisión.

El motivo debe ser estimado, en consecuencia declarar la concurrencia de la atenuante de grave adicción prevista en el artículo 21.2.º del Código Penal, por estimar que el nivel de alteración –moderado según el informe médico– tiene su adecuada traducción jurídica penal en la atenuante expresada y no en la eximente incompleta.

(Sentencia de 21 abril de 1999)

ARTÍCULO 21.4

Doctrina general: evolución histórica de atenuante de arrepentimiento espontáneo, fundamento y requisitos

Décimo.–(...) El arrepentimiento espontáneo es una circunstancia atenuante, modificativa de la responsabilidad criminal, comprendida en el artículo 9.9 del Código Penal de 1973 que, sin embargo, tardó en ser apreciada por el legislador que la silenció por ejemplo en el Código de 1870, siendo introducida por primera vez en el Código Penal que se creó para la zona de influencia de Marruecos.

Mientras el ciclo del delito se encuentra abierto, porque el sujeto activo de la infracción no ha practicado todos los actos que han de producirlo, cabe que pueda éste concebirse a sí mismo una causa excluyente de la pena por medio de una espontánea conducta de arrepentimiento traducido en el desistimiento de su acción voluntaria. Cabe incluso que cuando se han practicado todos los actos que han de originar el delito, sin tener todavía realidad, siguiendo por tanto abierta la vida de la infracción, se conceda también jurídicamente otra exclusión de la penalidad siempre que la conducta de retroacción sea activa y eficaz, originándose así el denominado técnicamente arrepentimiento activo, que juega como distinto de la frustración, aunque guarden entre sí elementos comunes. El culpable tiene intención de evitar el resultado lesivo, el culpable practica una conducta activa y eficaz para evitar ese resultado. Tiene de común con la frustración que en

uno y otro supuesto se han realizado todos los actos que normalmente han de producir el delito. Nada tiene que ver con la tentativa o con el desistimiento en la tentativa, porque en estas situaciones no se agotaron todos los actos de excepción. Diferenciaciones de técnica jurídica a veces difícil de entender y justificar en la práctica del derecho.

Mas, independientemente de tales elucubraciones científicas, lo cierto es que cuando el ciclo del delito se ha cerrado totalmente porque la retroacción no ha sido eficaz o porque el impulso de arrepentimiento surgió *a posteriori*, entonces claro es que no puede haber causa de exclusión de la pena, pero sí la apreciación de alguna circunstancia que «mitigue» de alguna manera la misma en compensación de la reacción anímica sufrida por el agente.

Undécimo.—En favor de la estimación de la atenuante de arrepentimiento se esgrimieron, principalmente en Alemania, razones de justicia tendentes a premiar al arrepentido, merecedor de un trato de favor dada su evidente menor perversidad. En cambio en los países latinos, Italia a la cabeza, se atendía a razones de utilidad para amparar la atenuante, en tanto que ese arrepentimiento propiciaba no sólo la reparación de los daños causados sino también la ayuda a la Administración de Justicia. Es así que a través de ambas consideraciones se proyectaba el sentido subjetivo o el sentido objetivo de la atenuante que tantas diferencias originó en España hasta el punto de dar lugar, finalmente, a un cambio de orientación en cuanto a la naturaleza y consecuencias del arrepentimiento, por parte de la jurisprudencia.

Mas no se crea que todo fueron históricamente parabienes en la defensa de la atenuante. Hubo un importante sector doctrinal que se oponía a la misma por razones de pura técnica, pues consumado el delito, mal puede afectar a la culpabilidad algo que es posterior. Si *dolus subsequens non nocet*, es evidente que tampoco ha de beneficiar, con posible influjo en la responsabilidad *ex delicto*, lo que al concluirse éste aún no ha venido, dejando a salvo la posibilidad de mejoras o beneficios penitenciarios.

El legislador tuvo al fin que hacerse eco del problema no sin serias dificultades. Primero fue el Código de 1928 y después, definitivamente, el Código de 1932, todo ello consecuencia de lo que inicialmente era un clamor doctrinal y después un planteamiento efectivo de la cuestión por parte de la Sala Segunda que así, en función propia de lo que representa el Supremo Tribunal Penal del País, influyó sobre el legislador, como mucho después aconteciera en la inocuidad de la tenencia de la droga para el consumo o en la penetración anal o bucal como nuevas formas de violación.

Duodécimo.—La evolución que ha sufrido la doctrina de la Sala Segunda en esta cuestión es manifiesta. Subjetivamente se estimaba que la aflicción o el pesar por haber obrado incorrectamente constituía la base del arrepentimiento jurídico. Se afirmaba que sólo si el acusado actuaba movido por el dolor que la realidad del acto injusto le producía, podía llegarse a la atenuante de acuerdo con la terminología gramatical. Después se ha rechazado que «el pesar del autor por haber obrado mal» sea imprescindible para la viabilidad de la circunstancia atenuante.

Es decir que ya se han reducido al máximo, por así decirlo, las circunstancias subjetivas que pongan el acento en el pesar, en el dolor, en la contrición por el acto llevado a cabo, para por el contrario atender objetivamente a los comportamientos externos del delito. El giro producido es importante y hasta cierto punto trascendental (ver las Sentencias de 7 de junio de 1995 y 5 de julio de 1994), seguramente causado por poderosas razones de política criminal que nacen porque sociológicamente quien así actúa sin duda objetivamente disminuye los efectos nocivos que todo delito produce en la comunidad, además de facilitar en muchas ocasiones el restablecimiento, hasta donde sea posible, de la mejor paz para la víctima de la infracción, que quierase que no, y ello no debe olvidarse, debe ser la principal atención del legislador. En defini-

tiva, se premia así a quienes realizan «actos de cooperación a los fines del orden jurídico», ayudando a las víctimas o favoreciendo a la acción de la Justicia.

Pero esa nueva orientación objetiva no empece para que sean exigibles determinados requisitos imprescindibles en la vida jurídica de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal (ver las Sentencias de 31 de enero de 1995 y 21 de marzo de 1994). En ese sentido ha de tenerse en cuenta: *a*) la concurrencia, alternativa o conjuntamente, de alguna de las condiciones señaladas en el precepto legal, la reparación o disminución de los efectos del delito, la satisfacción al ofendido o la confesión de la infracción cometida, supuestos ajenos a la pura intención subjetiva, aunque también sean compatibles con una exigencia, aunque fuere mínima, de arrepentimiento; y *b*) temporalmente han de propiciarse tales situaciones o circunstancias antes de tener el acusado conocimiento de la apertura del proceso judicial, por supuesto real, efectivo y acreditado, no meras sospechas del mismo, lo que en consecuencia ha de imponerse al dato objetivo de la iniciación de las diligencias. Lo decisivo no es pues la apertura del procedimiento sino el conocimiento que se tenga de ello (ver la Sentencia de 30 de noviembre de 1994). Pero el procedimiento judicial supone no sólo las diligencias propiamente dichas del Juzgado, sea sumario, sea diligencia previa o indeterminada, sino también las que a la Policía correspondan, concretamente el atestado, cuya iniciación supone ya la apertura de dicho «procedimiento judicial» (ver, además de la citada Sentencia de 31 de enero de 1995, las de 10 de mayo de 1991, 15 de marzo de 1989, 19 de mayo de 1986 y 17 de julio de 1985).

Decimotercero.—Soslayando la reparación del daño o la satisfacción al ofendido de contornos definidos concretos, la confesión ha de ser pura, sincera, espontánea y veraz, no si se da una versión completamente tergiversada de los hechos, silenciando o alterando los extremos más importantes, no si la declaración es tendenciosa, equivocada o falsa (Sentencia de 5 de noviembre de 1993).

La confesión tampoco significa dejar de lado el derecho fundamental a no declararse culpable. Lo que ocurre, como decía la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1994, es que ese derecho constitucional constituye un beneficio otorgado que no obliga al sujeto y al que se puede renunciar en aras de la mejor colaboración con la Justicia, comportamiento resocializador *ex post facto* como fundamentador de la atenuante (Sentencia de 22 de abril de 1994).

La obligación de veracidad antes dicha (ver además las Sentencias de 17 de mayo de 1993 y 27 de mayo de 1992) tiene los límites igualmente reseñados. No vale a estos efectos, repítese, la incompleta, la sesgada, la sólo parcialmente veraz, precisamente porque la espontaneidad supone e implica hacerla sin trabas ni desfiguración de la realidad (Sentencia de 18 de mayo de 1994). Ahora bien, y como se deduce de lo igualmente explicado más arriba, se tiene dicho por la Sala Segunda: *a*) que no se puede exigir al autor que declare de un modo objetivo, pues es explicable que no pueda sustraerse a dar su versión personal de lo acaecido, por lo que fácilmente se deben tolerar al respecto matices favorecedores siempre que se refieran a circunstancias desde luego no suficientemente relevantes (Sentencias de 23 de marzo de 1993 y 28 de enero de 1989 entre otras); *b*) que la confesión, aunque normalmente haya de ser personal, también es válida si en supuestos excepcionales se vierte a través de tercero (Sentencias de 27 de marzo de 1993 y 12 de julio de 1982); y *c*) que el ofrecimiento de una versión no totalmente acorde con el relato fáctico, puede ser válida para la apreciación de la atenuante, pues no es exigible que aquélla coincida *in totum* con ese relato (Sentencia de 21 de marzo de 1994).

Es, como siempre, una cuestión de caso concreto y, sobre todo, una cuestión de límites. No es necesaria la coincidencia total con la verdad pero sí en lo esencial, importante y trascendente, aunque fuere bajo una perspectiva personal y subjetiva.

Decimocuarto.—Todos estos antecedentes han de consignarse para valorar en conjunto la actuación del agente, teniendo en cuenta la modificación que sufrió el antiguo artículo 9.9 al quedar reducido en el contenido del actual artículo 21.4, conforme al cual, prescindiendo de exigencias anteriores, la atenuante se apoya en la confesión del hecho delictivo y en el momento en que ello se produce, necesariamente antes de conocer que el procedimiento se dirige contra él.

Así pues, es de advertir que en la doctrina reseñada hay que distinguir o tener en cuenta la variación legislativa producida. El motivo, que es apoyado por el Fiscal, debe ser estimado aunque la pena viniera ya impuesta en la mitad inferior. Podría parecer que la reclamación carece de practicidad por ello, mas ha de tenerse en cuenta que dicha pena lo es en el máximo de la mitad inferior, por lo que la estimación de la atenuación hace acreedor al recurrente para una efectiva rebaja, dentro de los límites del artículo 66.2.

Sabido es lo que dice el relato de hechos de la instancia en cuanto habla de la entrega voluntaria del arma. Es cierto que esta entrega se produce en el curso de su declaración ante la Guardia Civil, y por tanto podría entenderse que el procedimiento judicial estaba ya abierto, pero no lo es menos que la detención del arma era ignorada por los Agentes actuantes, toda vez que el Atestado Policial se había abierto por hechos claramente distintos, por lo que hay que concluir que la actuación del acusado, en el mejor de los casos, facilitó, si es que no lo hizo posible, la persecución del delito en cuestión. Se dan todos los requisitos que configuran la atenuante cuya aplicación se postula. El acusado es merecedor de ese benévolo trato judicial.

(Sentencia de 11 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 21.5

Fundamento de esta atenuación: reparar el daño causado a través del abono al perjudicado de la cantidad defraudada

Primero.—(...) Se reconoce en el *factum* de la Sentencia sometida a la censura casacional que el recurrente ha abonado al perjudicado la totalidad del perjuicio causado, por cuya razón éste renunció a toda indemnización en el acto del juicio. Este dato sólo ha sido tenido en cuenta en la Sentencia para no efectuar pronunciamientos civiles pero se ha mantenido silencio sobre la aplicación de la atenuante que ahora se postula por el recurrente.

El Ministerio Fiscal, en su informe de 6 de octubre se pronuncia por la desestimación al estimar que se está en presencia de un hecho nuevo no propuesto en la instancia, y en efecto, es cierto que el ahora recurrente ni en el escrito de calificación provisional —folio 143—, ni al elevar las conclusiones a definitivas —folio 3 del acta del juicio oral—, interesó la aplicación de la atenuante que ahora da vida al motivo de casación que se estudia, pero en la medida que este hecho —el de la reparación del perjuicio causado a satisfacción del perjudicado—, aparece «incorporado al *factum*, no puede en rigor estimarse como hecho nuevo en esta instancia casacional, pues fue objeto de debate en la vista como se deriva de la propia declaración del perjudicado Lucio S. O. quien renunció a toda indemnización, estando recogido en la Sentencia que le dio la relevancia exclusivamente en relación a los pronunciamientos civiles manteniendo silencio sobre la posible concurrencia de la atenuante del artículo 21.5.º del Código Penal.

Procede pues entrar en el estudio de la cuestión propuesta por el recurrente en la medida que la traducción jurídica del juicio de certeza objetivado en el *factum* tiene

un déficit en relación, precisamente, al acreditado abono del perjuicio que sin duda debió haber exigido la aplicación de la circunstancia atenuante citada del artículo 21.5.º, que introducida en el vigente Código Penal constituye un claro exponente de una política criminal orientada a la protección de la víctima. Por un lado esta actitud del culpable supone un reconocimiento, por su parte, del mal causado y supone un claro indicio de un apartamiento en su actividad delictiva facilitando el pronóstico de una efectiva reintegración social. De otro lado se facilita la satisfacción a la víctima, la tradicional olvidada de las grandes construcciones doctrinales del sistema de justicia penal hasta época reciente, con reconocimiento del protagonismo que le corresponde en todo delito, reconociendo que éste, además de integrar un ataque a bienes jurídicos indispensables para la convivencia en una sociedad democrática a cuya reparación se atiende con la imposición de la pena, supone, también un ataque a bienes concretos e individuales a los que es preciso dar satisfacción, los de la víctima, de suerte que ésta no se sienta desprotegida ni reducida a la exclusiva condición de testigo de cargo.

En ambos casos, la reparación del daño causado debe ser claramente relevante a la hora de determinar la concreción de la pena, dentro de las precisiones legales, que por la existencia de la atenuante quinta del artículo 21 se traducen por imperativo legal en una disminución de la necesidad de la pena a imponer de conformidad con lo prevenido en el artículo 66 párrafo 2.º.

(Sentencia de 26 de abril de 1999)

ARTÍCULO 21.6

La perversión sexual no tiene base patológica suficiente para la apreciación de una atenuante

Cuarto.—Dejada intacta la declaración de hechos probados, en el particular relativo al estado mental del procesado, como consecuencia de lo razonado en el fundamento jurídico anterior, no se puede sostener que haya sido indebida la inaplicación al procesado de la circunstancia eximente núm. 1.º del artículo 8 CP. Las neurosis y los trastornos de la personalidad nunca han sido considerados por la doctrina de esta Sala base fáctica suficiente para apreciar la concurrencia de la eximente completa de enajenación mental —ahora denominada con los términos, más amplios y comprensivos, de «cualquier anomalía o alteración psíquica»— y, sólo excepcionalmente, se ha aceptado que den lugar a la correspondiente eximente incompleta. Por regla general, la caracterización que se ha dado a dichas anomalías, en el plano de la imputabilidad, ha sido la de una atenuante de análoga significación a la eximente incompleta de enajenación mental. Esta ha sido la opción acogida por la Sentencia recurrida que ha aplicado a los hechos probados la normativa del CP/1973 vigente cuando aquéllos ocurrieron y estimada más favorable al reo. Lo que el aplicador del derecho debe preguntarse ante anomalías como la que presenta el procesado, a la hora de medir la influencia de la misma en la imputabilidad, es cuál es la capacidad del agente para comprender la ilicitud del hecho y para actuar conforme a esa comprensión. Es ésta una concepción de la imputabilidad, claramente deducible del artículo 20.1.º y 2.º CP/1995, que pone prudentemente el acento en la mera actitud del sujeto para ser motivado por la norma y, a partir de esta motivación, para dirigir su conducta de forma que ésta le pueda ser atribuida como «suya». Esta interpretación legal del concepto de anomalía o alteración psíquica, dentro de cuya amplia categoría caben tanto las neurosis como los trastornos de la personalidad, ha podido llevar, en la Sentencia 127/1998 de esta Sala, a no considerar la perversión sexual base patológica suficiente para la apreciación de la eximente

incompleta, ni tampoco para la atenuante analógica que la parte recurrente pretendía en aquel caso. Dícese en dicha Sentencia que «la mera existencia de una perversión sexual, aunque la misma obligue a considerar personalidad psicopática a quien la presenta, no debe llevar a la apreciación de una circunstancia atenuante», añadiéndose más adelante: «el debilitamiento de los frenos inhibitorios que puede provocar una perversión sexual no es mayor que el que precede, en la inmensa mayoría de los casos, al triunfo de las pulsiones instintivas sobre la motivación nacida de la norma en favor de una conducta socialmente adecuada. Para que pueda ser apreciada una circunstancia atenuante cuyo significado es el de la menor culpabilidad, es preciso, en definitiva, que el hecho antijurídico perpetrado no pertenezca a su autor de la misma o semejante forma que pertenecen al ciudadano medio los hechos que normalmente se le imputan». No se pretende con esta cita, naturalmente, hacer la más leve crítica de la apreciación por el Tribunal de Instancia, en el caso que nos ocupa, de la atenuante analógica prevista en el artículo 9.10.º CP/1973, sino sólo subrayar que, habiéndole sido apreciada al procesado dicha circunstancia porque, aunque comprende la ilicitud de su comportamiento, parece tener una cierta dificultad superior a la normal para refrenar sus impulsos sexuales, debemos entender que la débil disminución de su imputabilidad ha sido correctamente traducida a términos jurídicos mediante la estimación de dicha atenuante, sin que pueda ser aceptado el reproche de que la circunstancia apreciable fuese la eximente incompleta.

(Sentencia de 10 de junio de 1999)

ARTÍCULO 22.1

Elementos y clases de alevosía: doctrina jurisprudencial

Primero.—(...) Una jurisprudencia constante (SS. de 10-5-1984, 25-2 y 24-10-1987, 24-10-1988, 24-1-1992, 7-5-1993, 30-7-1993, 209/1996, de 8-3, 838/1996, de 8-11 y 897/1996, de 23-11), viene estimando que la alevosía requiere un elemento objetivo o dinámico, consistente en el empleo de medios, modos o formas en la ejecución de delitos contra las personas, que tienden a asegurar el resultado y a eliminar el riesgo procedente de la defensa de la víctima, y un elemento subjetivo, consistente en la intención de conseguir el resultado homicida o lesivo y en el propósito de asegurar el mismo y la falta de riesgo derivado de la defensa de la víctima, mediante la utilización de los medios adecuados elegidos al efecto. En las citadas Sentencias 209 y 838/1996 se destacan que los medios alevosos ponen de relieve una cierta vileza y cobardía en el que se valió de ellos, y determinan una agudización del reproche social.

Tradicionalmente se han distinguido tres clases de alevosía, también señaladas en las declaraciones jurisprudenciales de esta Sala: a) la proditoria, o aleve, caracterizada porque el ataque a la vida o a la integridad se perpetra mediante asechanza o emboscada, a traición, o por la espalda, y en ella se da la máxima ocultación de las intenciones y proyectos homicidas o lesivos, en cuanto el propio agresor se esconde a la vista de la víctima (SS. de 22-12-1992, 28-5 y 4-6-1992, 1076/1993, de 7-5, y 1687/1994, de 3-10); b) la súbita o inopinada, caracterizada por el ataque imprevisible, sorpresivo y repentino, en el que el agresor no se oculta físicamente, pero no deja traslucir sus intenciones hasta el momento en que despliega su agresión (SS. 22-2, 14-6 y 18-10-1991, 20-4-1992, 476/1993, de 8-3 y 499/1993, de 9-3); y c) la alevosía de aprovechamiento o prevalimiento de la situación de indefensión de la víctima, bien por su corta edad, por su ancianidad, por su invalidez, o bien por hallarse privado de sentido por cualquier razón, y en la que la posibilidad de defensa de la persona agredida quedó eliminada.

En relación a la alevosía en la modalidad de súbita e inopinada, la doctrina de esta Sala (SS. de 31-3-1990, 11-6-1991, 18-1-1992, 2655/1993, de 24-11, 730/1994, de 6-4 y 1176/1995, de 18-11), ha entendido que en ella es elemento nuclear el abuso de confianza, pues la indefensión de la víctima deriva de la creencia en que no será atacada por el agresor.

Por ello, también es doctrina de esta Sala que las discusiones, riñas, reyertas o enfrentamientos previos o inmediatos entre el agresor y la persona agredida eliminan la alevosía, en cuanto que la víctima tiene motivos para temer el ataque y precaverse, por lo que no estará totalmente desprevenida ante una futura agresión (SS. 22-3-1957, 15-10-1990, 186/1993, de 8-2, 12-5-1993, 1222/1994, de 10-6, 18-2-1997, 900/1997, de 23-6 y 1540/1997, de 15-12).

En cuanto a la alevosía sobrevenida, la doctrina más reciente de esta Sala es que si hay una sola acción, la alevosía debe concurrir desde el principio (SS. de 2-12-1990, 4-12-1995 y 16-5-1996), pero si hay interrupción o fraccionamiento del ataque, cabe que en la primera fase no hubiera habido aprovechamiento de la indefensión de la persona atacada, y sí en la segunda fase, y que en ésta por tanto se apreciara la alevosía sobrevenida (SS. 934/1997, de 26-6, 1147/1997, de 27-9, y 1611/1997, de 29-12).

(Sentencias de 1 de marzo y 15 de abril de 1999)

Alevosía sobrevenida

Segundo.—(...) El tema de la alevosía presenta trascendencia porque transmuta el homicidio en asesinato en toda nuestra codificación e incluso en el Texto vigente de 1995 (art. 139).

Como ya puso de relieve la Resolución de este Tribunal de 24 de enero de 1992, «La alevosía representa la cristalización de una larga evolución histórica que ha pasado de comprender los más graves crímenes a convertirse en una circunstancia de agravación (1.º del art. 10 del CP), aplicable tan sólo a los delitos contra las personas e inherente al asesinato con dicha calificación (art. 406.1.º), y de consistir en un quebrantamiento a la fidelidad debida y ser semejante a la traición, a la deslealtad en suma, trocarse en un aseguramiento de la ejecución del hecho y de la persona del ejecutor. Una reiterada doctrina de esta Sala —*ad exemplum*, Sentencias de 5 de febrero de 1981, 3 de mayo y 11 de noviembre de 1982, 16 de mayo, 1 de junio, 4 de julio y 19 de diciembre de 1983, 10 de mayo de 1984, 2 de diciembre de 1986, 23 de febrero y 24 de octubre de 1987 y 24 de octubre de 1988— ha estimado necesario para su aplicación, el que pueda apreciarse un “plus” de culpabilidad y de antijuridicidad y la concurrencia de los requisitos siguientes: aseguramiento del resultado criminal sin riesgo para el ofensor, revelación de un ánimo tendencial, como exponente de vileza y cobardía en el obrar, y que se produzca una mayor repulsa por la actividad desarrollada».

Por su parte, la doctrina jurisprudencial ha distinguido tres diferentes modalidades de alevosía, como recoge, entre otras, la Sentencia de 4 de junio de 1992, «a) La denominada con anticuado adjetivo “proditoria”, que incluye la traición y viene a ser pareja al “guet-apens” del texto francés, equiparable a la acechanza, insidia, emboscada, celada o lazo, pero cuya definición auténtica y contextual para dicho Derecho se encuentra en el artículo 298 del Code Pénal, como la espera durante más o menos tiempo en uno o diversos lugares a un individuo para darle muerte o para realizar sobre él actos de violencia. Tal circunstancia resulta más ensanchada en nuestro ordenamiento jurídico por las referencias en nuestro primer Código Penal de 1822 “a traición y sobre seguro”, calificativa tan sólo del asesinato como circunstancia 3.º del artículo 609, que se ejemplifica en su casuismo en diversos modos, para concluir en

cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad y sin riesgo del agresor o para quitar la defensa al acometerlo, que es distinta de la circunstancia 2.ª del mismo precepto relativa a la acechancia. b) La súbita o inopinada, en la que la agravante consiste en el ataque imprevisto, fulgurante y repentino —Sentencias de 21 de enero de 1965, 25 de noviembre de 1967, 15 de diciembre de 1970, 12 de marzo de 1982, 24 de mayo y 12 de noviembre de 1983, 23 de octubre de 1984, 2 de diciembre de 1985, 19 de abril de 1989, 23 de enero, 29 de junio y 3 de diciembre de 1990, 22 de febrero y 14 de junio de 1991—. c) La consistente en el “aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento”, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o víctimas ebrias en la fase letárgica o comatosa —Sentencias, entre otras, de 25 de septiembre de 1986, 14 de febrero de 1987, 31 de mayo de 1988 y 27 de mayo de 1991—».

En cuanto a la naturaleza, «La Sentencia de este Tribunal de 24 de noviembre de 1989 ha destacado el carácter mixto de la circunstancia por la dualidad de elementos objetivos y subjetivos, referidos al binomio antijuridicidad-culpabilidad, lo que implica necesariamente una particular proyección en el dolo del sujeto, de manera que el autor ha de proponerse las finalidades aseguratorias para la ejecución y para el actuante, así como sobre la indefensión de la víctima —Sentencias de 10 de mayo de 1984, 23 de diciembre de 1985 y 3 de marzo de 1986— y ello con independencia de que la situación sea creada o buscada de propósito o tan sólo aprovechada —Sentencias de 12 de marzo, 9 de abril y 5 de julio de 1985— requiriendo la Sentencia de 26 de marzo de 1991, no sólo la presencia del dolo en la acción del agente, sino el tendencial ánimo, dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo, refiriéndose la Sentencia de 20 de abril de dicho año a tal agravante como circunstancia de tendencia, porque incluye un elemento subjetivo que decide el plus de antijuridicidad, lo que reiterará la de 27 de mayo de 1991» (Sentencia 1659/1993, de 30 de junio).

En cuanto al tema de la indefensión sobrevenida, ya la Sentencia de esta Sala 2743/1993, de 3 de diciembre, se ocupó al destacar que «el supuesto de alevosía sobrevenida se produce y admite, en ciertos casos, aun cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la referida agravante, siempre que, tras una interrupción temporal o solución de continuidad significativa en la actuación del agente, el ataque se reanuda en un segundo estadio aprovechando el sujeto activo la indefensión de la víctima —Sentencias de 15 de diciembre de 1986, 12 de julio de y 15 de febrero de 1993—; así como cuando, producida la situación de indefensión por el ataque de terceros, el agente aprovecha tal situación para agredir sobre seguro a la víctima, en cuyo caso el ánimo tendencial de aseguramiento del ataque y exclusión del riesgo está presente en su conducta desde el principio al fin, esto es, la alevosía concurre ya desde el inicio de la acción que le es propia y que es la que debe ser penalmente valorada».

Según la doctrina más reciente de esta Sala —Sentencias, por todas, 462/1996, de 16 de mayo, 579/1997, de 28 de abril, 1147/1997, de 27 de septiembre y 1611/1997, de 29 de diciembre— tal alevosía sobrevenida se produce cuando en un posterior momento de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para producir una nueva y diferente agresión, diversa a la antes realizada a través de una acción diferente que o bien acaba con la vida de la víctima o agrava las lesiones.

Ello acontece aquí según el *factum* de la Sentencia del Jurado, cuando la víctima se hallaba en situación de traumatismo craneoencefálico. La víctima se encontraba totalmente indefensa por las lesiones producidas y en tal instante acontece un segundo ataque con aprovechamiento de la indefensión y con medios lesivos diferentes. Hasta dicho momento se había utilizado una tabla de madera de las empleadas para cortar alimento en la cocina, ahora se esgrime por el acusado un cuchillo de cocina de unos 9 cm de largo y

una hoja de un centímetro de ancho y con dicha arma se asestan por el recurrente dos cuchilladas, una en región temporal inferior izquierda que afectó a planos musculares y otra detrás del lóbulo del pabellón auricular izquierdo donde quedó enteramente introducida la hoja del cuchillo, falleciendo la víctima.

Ya la resolución del Jurado estima probado asimismo que el acusado desarrolló un comportamiento mortal cuando la víctima se encontraba semiinconsciente y tum-bada boca abajo en el suelo, en situación de desvalido y sin posibilidad de defenderse de modo eficaz, por lo que el acusado se aseguró así el logro de su propósito de matar a la víctima de su agresión sin riesgo para su persona de la defensa que pudiera hacer aquélla.

En definitiva, se describe un supuesto claro y paradigmático de alevosía sobrevenida, donde aflora la agravante de alevosía. El tema fue ya resuelto en la alzada al apreciar con plena ortodoxia de la doctrina casacional de la alevosía sobrevenida, con una argumentación tan lógica y exhaustiva que alzarse contra ello tiene que reputarse como temerario aunque se funde en mor de defensa.

(Sentencia de 20 de septiembre de 1999)

Como regla general sólo es apreciable la alevosía cuando medio dolo directo de matar y no cuando el dolo fue eventual o de ímpetu

Tercero.—(...) El requisito subjetivo de la alevosía comporta que cuando el hecho delictivo consistió en la privación de la vida de una persona, sólo cabrá apreciar la agravante de alevosía cuando medió dolo directo de matar, pero no cuando el dolo fue eventual, ya que la alevosía requiere el propósito de asegurar el resultado homicida y por tanto necesariamente exige el propósito de tal resultado. Así lo ha entendido la jurisprudencia, que de forma mayoritaria ha estimado incompatible la alevosía y el dolo eventual (SS. de 29-3-1985, 16-3-1988, 13-4-1993, 11-7-1994, 1245/1995, de 5-12 y 219/1996, de 15-3), habiendo admitido la posibilidad de concurrencia en casos aislados (SS. 20-12-1993 y 21-1-1997).

También el elemento subjetivo propio de la alevosía excluye la compatibilidad de la misma con el dolo de ímpetu, al exigir aquél una previa excogitación o selección de medios disponibles, siendo imprescindible que el infractor se haya representado que su *modus operandi* suprime todo eventual riesgo y toda posibilidad de defensa procedente del ofendido, según doctrina expuesta en la Sentencia de esta Sala de 19-1-1991 (RJ 1991\159).

De acuerdo con la doctrina expuesta, el motivo debe desestimarse, por inferirse de los datos fácticos sobre la forma de desarrollarse la agresión del guardia civil José G. R. a José M.^a H. A., que el acusado actuó con dolo eventual y de ímpetu, excluyentes de la alevosía, y que su agresión no es incluíble en ninguna de las modalidades, proditoria, súbita o de prevalimiento, de la alevosía.

Según lo argumentado por el Fiscal en el trámite de instrucción, de los datos fácticos no cabe racionalmente concluir que G. tuviere propósito directo de causar la muerte a H., ya que no tenía razones para ello, por lo que cabe pensar que sólo trató de herir a H., disparando en dirección hacia él, y apuntando a sus piernas, aunque tuviese que representarse la probabilidad de que algún disparo, ante la falta de visibilidad, por ser de noche, y dado que la víctima había salido corriendo, alcanzase a la víctima en algún centro vital del cuerpo, como así ocurrió. Debe entenderse por tanto que sólo existió dolo eventual de muerte.

Concurrió también dolo de ímpetu, por revelar el relato fáctico que el guardia civil disparó de forma instantánea, ante el movimiento de fuga de José M.^a H. A.

No cabe apreciar en el supuesto de autos la alevosía en la modalidad proditoria o de traición, que exige la emboscada, y la ocultación del agresor y la espera al agredido, sin que surja solamente por el hecho de que éste se hallase de espaldas al acusado.

Tampoco cabe apreciar la alevosía en la modalidad de inopinada o súbita, que exige una situación de confianza y desprevenimiento en el agredido, que en el caso enjuiciado no existió.

Y tampoco cabe apreciar la alevosía en la modalidad de prevalimiento, por el hecho de que se disparase a H. en la región tibial cuando se hallaba sentado o tumbado en tierra, puesto que tal disparo, dada la zona donde incidió, no se hizo con propósito de matar, y porque además el aprovechamiento de una situación de desvalimiento sobrevinida no integra alevosía.

(Sentencia de 15 de abril de 1999)

Compatibilidad de la alevosía con el dolo eventual de causar la muerte

Cuarto.—Admitida la concurrencia del ánimo homicida debe examinarse a continuación el tipo de dolo que cabe apreciar en la conducta del acusado, pues, aun cuando tal consideración en abstracto resulte intrascendente a efectos punitivos, si adquiere relevancia en supuestos como el presente en los que, según la declaración jurisdiccional impugnada, la figura del dolo eventual coexiste con la alevosía.

El Motivo desencadena en este punto un debate en el que a esta Sala le es obligado terciar, no sólo porque ello constituye uno de los alegatos esenciales del recurso sino también porque la propia función pedagógica de la casación así lo impone. Desde tal perspectiva, bueno será formular determinadas precisiones en torno a la figura del dolo eventual a fin de justificar la opción calificadora que adopta el Tribunal sobre tal extremo.

Retomando expresiones de nuestra Sentencia de 21-1-1997, el conocimiento y la voluntad —componentes esenciales del dolo como actitud consciente y deliberadamente finalística de producción de un resultado dañoso o lesivo— son determinantes por su intensidad del nivel de consentimiento que su titular presta a la acción, mas no siempre corren parejos con la objetiva probabilidad del resultado o con el alcance de la actuación exterior. De ahí que quepa hablar de varias clases de dolo efecto clasificatorio que, si bien rezuma bondadosas dotes de eficacia para discernir matices de la cromatografía culpabilística, en modo alguno rebaja la dosis de responsabilidad que ofrece tal espectro en la zona que no se identifica con la imprudencia.

Partiendo de tal concepción, que —por su fórmula sincrética— trata de excluir posicionamientos monopolísticos en favor de tendencias afines al consentimiento, la probabilidad o al sentimiento (todos ellos presentes en el campo doctrinal) debe destacarse que la doctrina de esta Sala apunta definitivamente hacia una conformación ecléctica de la figura del dolo eventual en la que se consignan elementos de probabilidad y actitudes de consentimiento, conocimiento y representación que permitan una aproximación más exacta a los últimos estímulos desencadenantes de la actuación del agente o, lo que es lo mismo, al soporte intencional y volitivo de su acción.

En definitiva, el dolo eventual supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. La misma imputación deviene, conocido el acto y sus consecuencias, con la voluntad de realizarlo y con la probabilidad del daño directamente no deseado. Por tanto, el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la

acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la consciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (SSTS 20-2-1993, 20-10-1997 y 11-2 y 18-3-1998, entre otras).

Pues bien, desde tales premisas definidoras se puede afirmar –a los estrictos términos del relato nos remitimos– que los datos fácticos suministrados en la combatida permiten detectar la presencia de dichos elementos en la conducta del recurrente, ya que no es posible apreciar de modo indudable en dicho comportamiento la ejecución de una acción encaminada directamente a causar la muerte de la víctima, componente volitivo que en el dolo eventual afecta fundamentalmente a la acción pero no al resultado (previsto pero no directamente perseguido).

De ahí que, reconociendo a las circunstancias tenidas en cuenta por el Tribunal de instancia la debida trascendencia para descartar la concurrencia del dolo directo, homologuemos su determinación a efectos de calificar la conducta bajo la rúbrica del dolo eventual.

Quinto.–(...) Por otra parte, la pretendida incompatibilidad entre el dolo eventual de muerte y el dolo directo de actuar alevosamente que esgrime el recurrente no se convierte en obstáculo calificador insalvable como aquél pretende, pues es perfectamente diferenciable en un comportamiento como el enjuiciado, una directa y decidida intención y voluntad de dar cumplimiento a finalidades aseguratorias para la ejecución y para el propio actuante así como sobre la indefensión de la víctima (parcela ésta del comportamiento alevoso que aparece diáfananamente en el actuar del agente que espera o busca deliberadamente una situación de relajamiento más propicia para la sorpresa) de una actitud intencional que no completa el agotamiento de la determinación de dañar respecto a la causación del daño o lesión en sí misma sino en cuanto a la aceptación de su resultado, supuesto del dolo eventual en el que, no obstante representarse aquél como probable, sin embargo es consentido o aceptado. Referencia –la del resultado– que, válida e imprescindible para determinar la graduación del dolo, no debe extenderse dicha circunstancia como pretende quien recurre aludiendo a una corriente doctrinal y jurisprudencial de la que son exponentes Sentencias como las de 16-3-1981, 13-4-1993, 1-7-1994 y 29-11-1995, sino que debe desconectarse de la alevosía, según se afirma en la resolución combatida de acuerdo con Sentencias de esta Sala de 16-3-1981, 20-11-1993 y 21-1-1997, pues la definición legal de la alevosía, tanto en el Código derogado como en el actual, a lo que hace referencia es a asegurar la ejecución y, en el caso de autos, el procesado lanza el golpe con la navaja de forma tan imprevista y sorpresiva que asegura su ejecución, y ello, con independencia de que tuviera intención directa de matar o, simplemente, le aceptara ese efecto como consecuencia de su acción, y no se haya producido el resultado de la muerte por la rápida intervención facultativa a que fue sometida la víctima.

(Sentencia de 21 de junio de 1999)

ARTÍCULO 22.2

Agravante de disfraz: supuestos de aplicabilidad a los partícipes que no se disfrazan: se aplica cuando el disfraz es medio concertado para facilitar el delito o su impunidad; no se aplica cuando el que se disfraza lo hace a título de precaución personal

Séptimo.–(...) La agravante de disfraz está integrada por un elemento objetivo (uso de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una per-

sona) y otro subjetivo (el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad). Cuando se planea el delito concertando que uno o varios de los intervinientes utilicen disfraz, como medio necesario para facilitar la comisión del delito o lograr su impunidad, en beneficio de todos los partícipes, la circunstancia agravante se aplica a todos ellos, pues aun cuando no en todos concurre el elemento objetivo de la desfiguración —que como tal elemento objetivo es comunicable, bastando para ello que sea conocido (art. 65.2.º CP)— si concurre en todos el elemento subjetivo, es decir el propósito de buscar una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando en una estafa uno de los intervinientes utiliza una vestimenta de sacerdote o de militar para poder engañar mejor a la víctima (Sentencia de 7 de diciembre de 1990), o bien cuando en un atraco a una entidad bancaria aquél a quien en el reparto de papeles le ha correspondido esperar fuera del lugar del robo, al volante de un automóvil, no se disfraza por no ser necesario aunque conoce y acepta que los demás sí lo harán en beneficio de todos (Sentencia 11 de julio de 1991), o cuando se acuerde que utilice disfraz aquel de los autores de una agresión o un robo que puede ser reconocido por la víctima o bien el único agente que es conocido en el lugar del hecho (Sentencia 7 de diciembre de 1990), o, en fin, cuando se planea un hecho delictivo incluyendo en el proyecto la utilización de disfraz por parte de los ejecutores materiales, para facilitar la ejecución y mejorar las posibilidades de impunidad, en cuyo caso la agravación se extiende a los partícipes que diseñaron la operación, aun cuando no se disfracen por no participar en su ejecución material.

Ahora bien, como señala la Sentencia de 7 de diciembre de 1990, cuando alguno de los delincuentes utiliza este artificio por su exclusiva cuenta y para su particular provecho, a fin de no ser identificado él mismo, sin acuerdo con los demás copartícipes en este extremo, nos encontramos ante la necesidad de aplicar el párrafo 1º de dicho artículo 60 (hoy, art. 65.1.º CP/1995) porque el hecho en que se funda la agravación consiste en una precaución «personal» que sólo puede servir para agravar la responsabilidad penal de quien obró así por su propio interés, habiéndose pronunciado en tal sentido las Sentencias de esta Sala de 13 de abril de 1977, 17 de marzo de 1982, 7 de febrero de 1985, 27 de noviembre de 1987, 20 de septiembre de 1996 (núm. 564/1996) y 15 de febrero de 1997 (núm. 183/1997), entre otras.

En definitiva, exigiendo la apreciación de la agravante la concurrencia de los dos requisitos que la integran, lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 60 (hoy 65.2.º), permite extender el elemento objetivo (desfiguración utilizada por uno de ellos) a todos los que lo conocieran, pero el elemento subjetivo no es transmisible, por lo que la agravante únicamente puede aplicarse a aquellos en que pueda apreciarse el propósito de búsqueda de una mayor facilidad en la ejecución del delito o una mayor impunidad, propósito que concurrirá en todos ellos cuando la acción se concierte de manera que el uso del disfraz beneficia a todos —como en los casos anteriormente citados— pero no cuando es una mera precaución personal de alguno de los intervinientes. (Sentencia de 20 de septiembre de 1996, núm. 564/1996.)

(Sentencia de 5 de marzo de 1999)

La agravante de disfraz es incompatible con el delito de tenencia ilícita de armas

Tercero.—(...) Impugna, con acierto en esta ocasión el recurrente en el tercero de los motivos, relativos al delito de tenencia ilícita de armas que se haya aplicado la agravante de disfraz.

Tiene razón el recurrente en su impugnación, ya que dada la naturaleza del delito de tenencia ilícita de armas, como de mera actividad o riesgo, teniendo una naturaleza formal, no es posible el juego de la circunstancia agravante cuestionada, que en la medida que con ella se busca la impunidad del delito que se vaya a cometer, debe recaer en todo caso, como se hizo en el presente supuesto, en el delito de robo con intimidación y en el de secuestro, pero sin extenderla al delito de tenencia de armas, en relación a las que fueron utilizadas para la comisión de ambos delitos y respecto de los que dicha tenencia de armas tiene un carácter instrumental. Procede en consecuencia eliminar la agravante de disfraz del delito de tenencia ilícita de armas, con la consecuente reducción de la pena a imponer por tal delito, lo que se hará en la segunda sentencia.

(Sentencia de 9 de julio de 1999)

Constituye agravante de disfraz el uso de casco por motorista que desde la moto realiza tocamientos a viajantes de otra moto: no justificación por exigencias del Reglamento General de Circulación

Cuarto.—En el cuarto motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 22.2 del Código Penal.

Se alega, en defensa del motivo, que el que el agresor llevara puesto el casco de motociclista cuando realizó los hechos no determina la aplicación de la agravante de disfraz en cuanto el uso del casco le venía obligado por el Reglamento General de Circulación.

El motivo no puede ser estimado.

No se puede compartir el criterio manifestado por el acusado de que el Reglamento de Circulación exija que se use el casco cuando el agresor, tras circular con una motocicleta, y una vez detenida ésta, realiza tocamientos en el cuerpo de dos de sus víctimas, sin que se hubiera quitado el casco que portaba y respecto a los otros dos casos, lo cierto es que los tocamientos que realizó desde su motocicleta a las víctimas, que circulaban en otro medio igual de circulación, se hicieron desde el anonimato que le proporcionaba el llevar puesto el casco de motociclista, sin que puedan alegarse razones de seguridad o de cumplimiento de normas administrativas para neutralizar el anonimato que le proporcionaba el casco al realizar tales agresiones, especialmente cuando no sólo se agredió a la libertad sexual de sus víctimas sino también se puso en muy serio peligro las vidas e integridad física de varias de ellas, al realizar algunos de los tocamientos cuando conducían sus vehículos.

(Sentencia de 10 de septiembre de 1999)

Agravante de disfraz: irrelevancia de que el sujeto sea identificado a pesar de su uso

Tercero.—(...) En cuanto a la primera cuestión, es cierto que el derecho fundamental a la presunción de inocencia extiende su ámbito no sólo a los presupuestos fácticos que configuran el hecho imputado constitutivo de la conducta o la acción típica, sino también a los elementos de hecho que determinan las circunstancias agravatorias de la responsabilidad criminal. En tal caso, la presunción de inocencia requiere que se haya practicado prueba de cargo sobre la que el juzgador pueda formar su convicción acerca de la existencia de los elementos fácticos sobre los que se asienta la circunstancia agra-

vante en cuestión. Que esta exigencia se ha cumplido en el caso de autos es incuestionable, pues se ha practicado una abrumadora prueba testifical y documental de indudable contenido incriminatorio que ha permitido al Tribunal declarar como hecho probado que el acusado entró en la sucursal bancaria «... cubriéndose la cara con una bufanda y la cabeza con una capucha de la propia prenda tipo chándal que llevaba, y las manos con guantes oscuros»; declaración que, por cierto, no ha sido discutida por el recurrente, como pone de manifiesto el Fiscal en su escrito de contestación al recurso. La censura debe, pues, ser rechazada.

La parte impugnante pone el énfasis de su reproche al entender que la Audiencia Provincial ha incurrido en «error in iudicando» por apreciar la agravante de disfraz cuando no ha concurrido el elemento objetivo «... que consiste en que el disfraz sea suficientemente eficaz para conseguir la finalidad de éste, es decir, dificultar la identificación del autor del delito y por tanto su punición» (sic), argumentando a este respecto que puesto que el Tribunal, al visionar la grabación del vídeo del atraco identificó al acusado presente con el asaltante, resulta obvia la falta de eficacia del enmascaramiento y, por consiguiente, la ausencia del elemento objetivo señalado para apreciar la circunstancia agravante.

El reproche no puede ser acogido.

El disfraz a que se refiere el artículo 22.2 del Código Penal vigente puede ser definido como todo artificio destinado a desfigurar al delincuente con la finalidad de no ser reconocido (SSTS 11 de junio de 1997 y 28 de abril de 1998), pero la aptitud del medio utilizado por el agente para cubrir o desfigurar su apariencia o su fisonomía, «no ha de entenderse en el sentido de que sea necesaria plena eficacia a tal fin, pues si se exigiera que el autor hubiera tenido éxito en su propósito de evitar el reconocimiento de su identidad, esta circunstancia nunca se aplicaría, al no poder ser juzgado y condenado quien así se comportara» (STS 4 de noviembre de 1998 y las que en ella se citan). Por ello, para apreciar esta circunstancia, no es preciso que el medio de enmascaramiento o de desfiguración impida la identificación del delincuente, siendo suficiente con que aquellos medios dificulten notoriamente el reconocimiento, de suerte que no podrá apreciarse la agravante cuando el disfraz sea tan notablemente imperfecto o rudimentario que permita fácilmente la identificación.

En nuestro caso el artificio utilizado por el acusado alcanza la eficacia requerida para la apreciación de la agravante, pues el enmascaramiento con el que ejecutó la acción depredatoria impidió a los testigos presentes en el momento del hecho la identificación del autor y sólo mediante la reproducción de la filmación videográfica en la que el Tribunal que la visionó contempló al autor con el rostro parcialmente cubierto en un momento dado del episodio, permitió su reconocimiento. En consecuencia, no hay duda de la concurrencia del elemento objetivo requerido para la apreciación de esta circunstancia agravatoria; como no la hay tampoco de los demás: el propósito del sujeto de evitar su identificación para eludir su responsabilidad, y el elemento cronológico de usarse el disfraz al tiempo de la comisión del hecho delictivo (véanse SSTS 10 de enero de 1996, 5 de junio de 1997 y la ya citada de 4 de noviembre de 1998, entre otras muchas).

(Sentencia de 15 de septiembre de 1999)

Agravante de disfraz: requisitos. Su apreciabilidad no depende de que se haya logrado una plena eficacia con el enmascaramiento del rostro

Tercero.—Cualquier ocultación o desfiguración del rostro o de las facciones, de la apariencia exterior o de la indumentaria habitual del sujeto activo, constituye la agra-

vante de disfraz. La razón de ser de la misma se encuentra en unas ocasiones por las mayores facilidades en la comisión del hecho al poderse actuar sin originar sospechas, y en otras, las más, el conseguir el culpable no ser reconocido ni identificado. Es decir, lo que se busca con el disfraz es una mayor facilidad en la ejecución o una más segura impunidad (ver las Sentencias de 2 de julio de 1991 y 28 de abril de 1989).

Tres son los requisitos para la vigencia de tal agravante: a) objetivo consistente en la utilización de un medio apto para desfigurar el rostro o la apariencia habitual; b) subjetivo como propósito para evitar la propia identificación y así eludir responsabilidades; y c) cronológico porque el disfraz ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, no antes o después de tal momento (Sentencia de 15 de julio de 1993).

Claro es que cualquier disfraz, por burdo que sea, puede constituir la agravante si se logra la finalidad disimuladora o desfiguradora que se busca. Por tanto no cabe si la desfiguración es parcial o el disfraz se encontrare mal colocado, si bien de todas formas ha de insistirse en que la agravante no depende de que se haya logrado una plena eficacia con el enmascaramiento del rostro.

(Sentencia de 15 de septiembre de 1999)

Agravante de lugar: acogida en nuevo Código Penal

Undécimo.—En el cuarto motivo, con el mismo amparo procesal que los anteriores, se impugna como indebida la aplicación del artículo 10.13.º CP 1973, en el inciso que recoge la circunstancia de despoblado, porque —según se dice en el desarrollo del motivo— concurriendo en los hechos enjuiciados tanto el elemento objetivo como el subjetivo de la mencionada agravante, la misma no puede ser apreciada por haberse condenado al procesado al mismo tiempo por un delito de rapto, ya que cuando se rapta a una persona se hace siempre para llevarla a un lugar alejado. Tampoco este motivo puede ser acogido. El despoblado, agravante que ha perdido en el CP 1995 su especial y tradicional «nomen iuris» aunque continúa siéndolo, dentro del núm. 2.º del artículo 22, como circunstancia «de lugar» que debilita la defensa del ofendido o facilita la impunidad del delincuente, ha sido interpretado por la jurisprudencia —S. de 10-5-1993— como circunstancia cuyo fundamento se encuentra en «el mayor reproche que merece la conducta de quien busca, para la comisión de un acto delictivo, un lugar en el que la víctima va a encontrarse en una situación de desamparo e imposibilidad de recibir ayuda», dimensión objetiva que ha sido completada —S. de 19-4-1995— con la subjetiva o teleológica que consiste en la «búsqueda o aprovechamiento por el agente del elemento objetivo para una más fácil ejecución del delito». Ambos elementos —el debilitamiento de la defensa del ofendido y el propósito del agente de conseguir una más fácil ejecución o impunidad— se pueden considerar comprendidos en la nueva definición de la circunstancia y concurren evidentemente en el caso enjuiciado como el propio recurrente reconoce. Y no es de recibo la objeción de que no pueden ser apreciados simultáneamente el despoblado y los delitos de rapto en concurso medial con los de violación. El delito de rapto, tal como quedó configurado en el artículo 440 CP 1973 tras la redacción que le dio la Ley 46/1978, que al mismo tiempo derogó los artículos 441 y 442, era un delito pluriofensivo únicamente atentatorio contra la libertad sexual y la libertad ambulatoria, pero no requería para su integración que la persona raptada fuese llevada a un lugar lejano y mucho menos aislado. Aunque lógicamente los delitos contra la libertad sexual no se suelen cometer en público, no es inimaginable que una persona fuese raptada para atentar contra su libertad sexual y llevada por el raptor, para conseguir sus propósitos, a una casa situada en el interior de una pobla-

ción. Por la misma razón que se podía condenar por un delito de rapto y uno de violación en relación de concurso medial, era posible apreciar en el segundo una agravante, como la de despoblado, que no era inherente al delito de rapto. Todo ello, naturalmente, sin entrar a analizar, porque no han sido incluidos en el recurso, los problemas de derecho transitorio que puede plantear, en el caso enjuiciado, la desaparición del delito de rapto en el CP 1995.

Duodécimo.—Finalmente, también ha de ser rechazado el quinto motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 849.1.º LECrim, en que se denuncia la indebida aplicación de la circunstancia, ya estudiada, de despoblado en los delitos de asesinato por cuanto, en opinión del recurrente, falta el elemento subjetivo de la misma. Argumenta el recurrente que dicha circunstancia no debió ser apreciada en la Sentencia recurrida porque los autores ya estaban en un lugar despoblado cuando decidieron matar a las niñas. A tan endeble fundamentación deben ser opuestas estas razones: Ante todo, que la circunstancia de referencia debe entenderse concurrente tanto cuando es buscada antes del inicio de la ejecución del delito como cuando es aprovechada para debilitar la defensa, facilitar la ejecución o procurar la impunidad. En segundo lugar, que en la ocasión de autos los asesinatos, si no habían sido acordados previamente, fueron el acto final de una sucesión de ataques a la integridad física de las víctimas, que comenzaron y se intensificaron tan pronto las tuvieron los autores en un lugar apartado en que ya no podían esperar auxilio de otras personas, por lo que el despoblado fue buscado al menos para la comisión de las lesiones primeramente ocasionadas que quedaron consumadas en los asesinatos posteriores. Y por último, que en cualquier caso los asesinatos pudieron realizarse por el procesado y su acompañante sin que las víctimas tuviesen posibilidad alguna de escapar ni de recibir ayuda —y en unas condiciones de impunidad para aquéllos que pudo llegar a convertirse en definitiva si no hubiese sido por el hallazgo casual de los cadáveres— precisamente porque se habían situado, no por azar sino deliberadamente, en un lugar que respondía con toda propiedad a la definición vulgar y jurisprudencial del despoblado. Todo lo cual nos conduce ya al rechazo del último motivo y a la desestimación global del recurso.

(Sentencia de 24 de mayo de 1999)

Requisitos de la agravante de abuso de superioridad: compatibilidad con robo con uso de armas

Segundo motivo, por el cauce del núm. 1 del artículo 849 se denuncia la indebida aplicación de la agravante de abuso de superioridad del artículo 22 apartado 2.º del Código Penal, la que se estima incompatible con el delito de robo y empleo de armas.

El motivo debe decaer, ya que no existe tal incompatibilidad. Como recuerda la STS núm. 851/1998, de 18 de junio, la agravante de abuso de superioridad se articula por la conjunción de los siguientes requisitos:

a) Que haya una situación de superioridad, es decir un importante desequilibrio de fuerza en favor de la parte agresora derivada de cualquier circunstancia, bien en relación a los medios empleados —superioridad medial—, bien en relación a la pluralidad de atacantes —superioridad personal.

b) Que esta superioridad produzca una disminución notable de las posibilidades de defensa de la víctima, sin que las elimine, pues aquí está la diferencia con la alevosía.

c) Que el sujeto activo, conozca y se aproveche del desequilibrio de fuerza existente en su favor, lo que constituye el elemento subjetivo.

d) Que esa superioridad no sea inherente al delito ni por lo tanto constituya uno de sus elementos típicos, no debiendo ser la única forma de consumarlo.

En relación al uso de armas, es obvio que constituye uno de los tipos más claros de superioridad medial, por lo que si concurre, debe aplicarse tal agravante, con independencia de la concurrencia del tipo correspondiente al empleo de armas, siendo necesario que el agente conozca y se aproveche de tal desequilibrio en su favor, ya que la naturaleza de esta agravante es mixta, por lo que el conocimiento y consentimiento de tal ventaja debe ser abarcado por el de autor. En tal sentido SSTS 8 y 21 de noviembre de 1996, 13 de abril de 1998 y la ya citada Sentencia núm. 851/1928, de 18 de junio.

De la doctrina expuesta se deriva la improsperabilidad del motivo. El *factum* narra el robo de que fue objeto Miguel Angel C., siendo relevante la hora –de madrugada–, la existencia de un sujeto activo plural –tres personas–, y el medio empleado –exhibición amedrentadora de un cuchillo–, así como una persistencia y duración temporal, ya que la víctima, además del despojo, fue conducida a un cajero y tras facilitar el número clave de la tarjeta, obtuvieron 25.000 ptas., tras lo que se marcharon. Todo este relato evidencia de forma cumplida la concurrencia de los elementos que dan vida a la circunstancia agravante cuestionada tanto en sus elementos objetivos como el subjetivo, no concurriendo la nota excluyente o negativa de tratarse de elemento típico del delito, ya que se puede imaginar un robo con armas sin el plus de aseguramiento que supuso la pluralidad de agresores, ya de por sí intimidante y creadora de una relación de superioridad.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 25 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 22.5

Agravante de ensañamiento: requisitos; sentido subjetivista. Aplicabilidad al cooperador

Octavo.–En el segundo motivo, que se ampara en el artículo 849.1.º LECrim, se impugna como indebida la aplicación a los tres delitos de asesinato, cualificados como tales por la concurrencia no discutida de la alevosía, de la circunstancia agravante de ensañamiento prevista en el artículo 10.5.º CP 1973. Tampoco este motivo puede prosperar. El ensañamiento, circunstancia genérica de agravación que sólo es legalmente denominada así al ser convertida en circunstancia específica del tipo de asesinato, ha sido descrito en el artículo 22.5.º CP 1995 de un modo más detallado de cómo se hacía en el artículo 10.5.º CP 1973, pareciendo acentuarse en la nueva descripción sus elementos subjetivos. En el artículo 10.5.º del CP derogado la circunstancia consistía en «aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución». Cabía sostener, a la vista de esta definición, que la naturaleza de esta agravante era fundamentalmente objetiva puesto que su esencia consistía en la extensión de los males causados más allá de los necesarios para la ejecución del delito, aunque sin duda el adverbio «deliberadamente» podía ser interpretado como alusión a una actitud, en el agente, especialmente reprochable que quedaba claramente identificada cuando la circunstancia se insertaba en el cuadro definitorio del asesinato –artículo 406.5.º CP 1973– en que, de un lado, los males innecesarios debían ser aumentados no sólo deliberada sino inhumanamente, esto es, con crueldad, y, de otro, era precisamente el dolor del ofendido el mal cuyo aumento había de ser perseguido, como fin primario, por el agente. Esta dimensión subjetiva del ensañamiento, que la jurisprudencia de esta Sala subrayó vigorosamente –SS., entre otras, de 26-9-1988, 17-3-1989 y 11-6-1991– ha sido acentuada en el CP vigente, en cuyo artículo 139.3.º se ha mantenido la definición del artículo 406.5.º CP 1973, en tanto se ha matizado en un sentido

subjetivista, aunque sin eliminar la base objetiva de la circunstancia, la definición genérica del artículo 22.5.º: «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito». Es necesario, en consecuencia, para que esta circunstancia agravante sea apreciada la concurrencia de estos requisitos: a) que en la acción delictiva se hayan causado a la víctima padecimientos innecesarios para la ejecución del delito, lo que lógicamente comportará una objetiva extensión de los males inherentes a la ejecución; b) que este exceso de males padecidos por la víctima aumente su sufrimiento, es decir, su dolor físico o su pena y aflicción psíquica; y c) que este aumento del sufrimiento haya sido buscado deliberada e inhumanamente o, lo que es igual, de forma intencionada y con crueldad. Aunque todos estos requisitos ya fueron enunciados, de uno u otro modo, por la doctrina que interpretó la definición del ensañamiento que se encontraba en el núm. 5.º del artículo 10 CP 1973, que es el precepto aplicado en la Sentencia recurrida, conviene tenerlos muy en cuenta en este fundamento puesto que, en todo caso, la interpretación que hagamos ahora de la vieja norma debe estar inspirada por la redacción de la actual, aparentemente más restrictiva y exigente.

Noveno.—Aplicando a los hechos enjuiciados y a la participación que en ellos tuvo el procesado recurrente la doctrina sobre el ensañamiento que acabamos de resumir, resulta de todo punto evidente que dicha circunstancia agravante ha sido correctamente apreciada en la Sentencia recurrida. Recordemos que las tres víctimas fueron asesinadas por sendos disparos de pistola dirigidos a la cabeza, que les causaron la muerte casi instantáneamente. Para matar a las niñas, pues, de acuerdo con el plan previamente establecido por los malhechores, no hacía ni hizo falta más acción agresiva que los tres disparos, siendo totalmente innecesario cualquier otro mal o padecimiento de que anteriormente se las hiciera víctimas. Pero no se las hizo víctima de «cualquier» mal o padecimiento sino de una serie de males físicos y psíquicos que se prolongaron a lo largo de toda una noche y que hubieron de constituir para las niñas un tormento tan inexplicable cómo insufrible. Comenzaron a ser brutalmente golpeadas a puñetazos en el interior del vehículo cuando gritaron pidiendo socorro al ver que se alejaban de todo lugar habitado, volvieron a serlo, esta vez con un palo, al llegar a la casa y enseguida se vieron atadas a un poste e inmovilizadas, tuvieron que presenciar horrorizadas las bárbaras agresiones sexuales que se realizaban sobre sus compañeras, vivieron durante largas horas en una atmósfera de terror que con toda seguridad sólo ellas hubieran sido capaces de explicar de haber sobrevivido, se les golpeó de nuevo porque gemían y no dejaban dormir a sus torturadores, fueron llevadas al borde de la misma fosa donde iban a ser enterradas e incluso allí, cuando parecía que su sufrimiento no podía ya rebasar límite alguno, fueron golpeadas con palos y con piedras envueltas en una camiseta a modo de honda, llegándose por uno de los desalmados a arrancar con unos alicates el pezón de un pecho de la niña llamada M. T. Deseada a la que, además, se le clavó una navaja en la espalda. Esta increíble acumulación de males y padecimientos, que hubo de provocar en las tres víctimas un grado de dolor físico y psíquico por encima de toda ponderación, no pudo ser obra sino del inhumano deseo de hacer sufrir porque no cabe lógicamente otra explicación. Existiese desde el primer momento, en el ánimo del procesado y su acompañante, el propósito de matar a las niñas, o surgiese este propósito con la finalidad de que no fuesen conocidas las agresiones sexuales cometidas con ellas, la innecesariedad de los padecimientos acumulados y su exclusiva inspiración por el deseo de hacerlas sufrir es innegable. Porque ni para matarlas, en la primera hipótesis, era preciso atormentarlas previamente durante toda la noche, ni para vejarlas y herirlas, en el supuesto de que la decisión de quitarles la vida se tomase al final de la noche, era preciso reiterar una y otra vez, y cada vez con mayor ferocidad, los golpes y las agresiones de toda índole. Cuestiona el proce-

sado recurrente que se le pueda apreciar legalmente el ensañamiento, agravando su responsabilidad criminal en los delitos de asesinato, puesto que de ellos no fue autor material sino cooperador necesario. Pero debe tenerse en cuenta por una parte, que el elemento objetivo del ensañamiento le es plenamente comunicable, de acuerdo con el artículo 60 CP 1973, porque tuvo perfecto conocimiento del mismo en el momento de su cooperación y, por otra, que su cooperación no fue la del que simplemente aporta un elemento o factor causal que es concretamente indispensable para la ejecución del hecho. De su cooperación, que técnicamente está muy próxima a la autoría en tanto tuvo durante toda la ejecución el dominio funcional del hecho, se puede decir que le solidarizó, sin reserva alguna, con cuanto se hizo y con la forma cómo se hizo, a lo largo de la noche de autos, en su presencia y con su consentimiento y colaboración, de suerte que no sólo es cierto que a las víctimas no se las hubiese podido matar sin el concurso del procesado sino que tampoco se las hubiese podido atormentar sin él. Y siendo, como es, el ensañamiento una circunstancia mixta, no puede dejar de apreciarse en el procesado el elemento subjetivo de la misma, que el CP vigente, como hemos visto, ha acentuado en la definición del artículo 22.5.º. Si el procesado contribuyó, con una colaboración que hemos considerado decisiva, no sólo a la muerte de las víctimas sino al progresivo aumento de su sufrimiento, y lo hizo deliberadamente—puesto que no cabe excluir la deliberación en la producción de unos males que se suceden y multiplican durante siete u ocho horas— debe serle reprochada, sin duda alguna, la crueldad y la barbarie, es decir, la inhumana «disposición moral» que constituye aquel elemento subjetivo de la circunstancia agravante cuestionada. No cabe, en consecuencia, dar una respuesta favorable al segundo motivo del recurso.

(Sentencia de 24 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 22.6

Procedencia de la apreciación de agravante de abuso de confianza en delito de hurto

Segundo.—(...) Y tampoco es acogible la pretensión de que no es precedente apreciar en el caso la agravante de abuso de confianza. Como reiterada doctrina de esta Sala ha mantenido, el abuso de confianza, si bien no puede apreciarse en delitos en que tal abuso es elemento inherente a los mismos como ocurre con el delito de estafa, sí es, en cambio apreciable en el de hurto, para cuya existencia no es preciso que se traicione por el agente confianza alguna y no es, por tanto, ese abuso necesariamente inherente a la comisión del hurto. Y hay abuso de la confianza cuando se quebranta la lealtad puesta en el agente en el curso de relaciones humanas de variadas clases: convivencia, amistad, de servicio o dependencia o laborales y profesionales. Como el prevalimiento con abuso de confianza depositada en el culpable facilita la comisión del hecho quien consciente de ello, asegura el resultado de su acción muestra un plus de perversidad y culpabilidad con correlativo aumento de la reprochabilidad de su conducta (Sentencia de 23 de abril de 1997). En el caso, el acusado había recibido de los vendedores del piso y su contenido las llaves que permitían acceder a él y naturalmente con la finalidad de que la enseñara a eventuales adquirentes del mismo y confiando en que no se valdría de las llaves que se dejaban en su poder para tomar subrepticamente los muebles y objetos que en el piso estaban. Fue abusando de esa confianza en él depositada como se sirvió de las llaves que confiadamente se le habían dejado, y coincidiendo temporalmente con el momento en que los vendedores se encontraban en la Notaría otorgando la escritura pública de

compraventa, como obtuvo, con deliberado propósito, la facilitación en la realización del hurto.

(Sentencia de 21 de abril de 1999)

ARTÍCULO 22.8

Ámbito y aplicación retroactiva de la agravante de reincidencia

Único.—La reincidencia en el Código Penal de 1995 tiene un ámbito de aplicación mucho más restringido que el que establecía el Código de 1973, pues ahora solamente cabe su aplicación en el caso de las reincidencias específicas, es decir, las que derivan de un delito anterior siempre que sea de la misma naturaleza que el cometido posteriormente y se encuentren ambos tipificados en el mismo Título. De esta manera no son computables a efectos de reincidencia los antecedentes penales constituidos por delitos de otra especie, aunque sean varios.

En el caso presente, el acusado fue condenado por un delito contra la salud pública por tráfico ilícito de drogas, y las condenas anteriores le fueron impuestas por sendos delitos de robo, delitos éstos que ni están incluidos en el mismo Título que el tráfico de drogas ni, consecuentemente, tienen la misma naturaleza que este último, lo que significa que, de acuerdo con el actual concepto de esta circunstancia, no podría ser apreciada la agravante. La sentencia aplica al caso de autos el Código Penal de 1973, porque sin duda alguna las penas establecidas en el mismo para el delito enjuiciado son más livianas que las previstas en el Código vigente, pero ello no es óbice para que el acusado se beneficie de la concepción que el legislador atribuye en la actualidad a la agravante de reincidencia, según el principio de retroactividad de las leyes penales que se recoge en el artículo 9.3 de la Constitución y en el 2.2.º del Código Penal de 1995. Entendemos que este criterio no infringe lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre cuando alude a la «aplicación completa de las normas completas de uno u otro Código» para determinar cuál sea la ley penal más favorable al acusado, porque la finalidad de la citada disposición transitoria consiste en que no se creen preceptos «mestizos» o híbridos con la conjugación o amalgama de fracciones de artículos de un Código y de otro. Pero lo que debe ser respetada es la retroactividad de aquellos conceptos jurídico-penales que han sido modificados por la ley adaptándolos a las nuevas necesidades a las que trata de hacer frente la política criminal del legislador y que sean favorables al reo. En este sentido no sería imaginable que se aplicara la circunstancia agravante de premeditación a un ilícito penal cometido durante la vigencia del Código anterior pero enjuiciado después de la entrada en vigor del actual aunque el hecho se tipificara conforme al primeramente citado por ser más beneficioso para el justiciable. Como tampoco sería aceptable dejar de aplicar las nuevas disposiciones sobre el cumplimiento máximo de condena que recoge el artículo 76 nuevo CP a sentencias dictadas con arreglo al Código anterior; o, igualmente, las disposiciones actualmente establecidas en los artículos 90 y siguientes del Código de 1995 sobre la libertad condicional, que contienen aspectos más favorables que sus homónimas del Código de 1973.

Como expresa la STS de 22 de julio de 1997 al abordar un supuesto igual al presente, «al estimar el legislador esta parcial descriminalización de la agravante [de reincidencia], entiende que sólo la específica repetición es la computable y tal limitación, tanto por su carácter restrictivo como por la valoración del legislador de la conducta,

debe tener efecto retroactivo». En el mismo sentido, las SSTS de 20 de enero y 10 de octubre y 3 de noviembre de 1997 entre otras.

(Sentencia de 18 de enero de 1999)

Necesidad de que consten las anteriores condenas en los hechos probados con mención de fecha de firmeza de las sentencias, fecha de cumplimiento de las penas que en su caso tendría en cuenta la redención de penas por el trabajo en el ámbito del Código anterior, fecha de ocurrencia de los hechos y remisión condicional o período de suspensión en su caso

Primero.—(...) En la sentencia de instancia se afirma escuetamente en los hechos probados que el acusado-recurrente, fue condenado «... entre otros por robo en Sentencia de 13 de febrero de 1996...» consignándose en la fundamentación jurídica tercera la concurrencia de la agravante de reincidencia en virtud de la Sentencia firme por robo de 17 de julio de 1996, sin consignar más datos. Es preciso recordar la doctrina de esta Sala en relación a la agravante de reincidencia respecto de la que tiene declarado que «... es imprescindible que todos los datos necesarios para la localización de las infracciones anteriores figuren con precisión de detalle en el relato de hechos probados, de tal manera que su veracidad y exactitud sólo pueda ser combatida por la vía del error de hecho...» —STS de 22 de junio de 1994 y 9 de mayo de 1996—. Por ello, y como recuerdan las SSTS de 29 de febrero y 25 de marzo de 1996 y la más reciente núm. 758/1998, y la de 26 de mayo, se han de hacer constar en el «factum» de la sentencia, la fecha de firmeza de las sentencias, penas impuestas, fecha de cumplimiento de las penas que en su caso tendría en cuenta la redención de penas por el trabajo en el ámbito del Código anterior, fecha de ocurrencia de los hechos y remisión condicional o período de suspensión en su caso.

Todos estos datos son necesarios para comprobar la concurrencia de todos los elementos que sentaban la agravante de reincidencia, siendo obvio que la cita incompleta de las anteriores condenas, nunca puede ser suplida, ya que la aplicación de la agravante es siempre contra el reo, y por lo tanto la comprobada concurrencia de todos los elementos que constituye la agravante, incluidos la acreditada no procedencia de la cancelación de antecedentes, constituyen el presupuesto de su aplicación. Por ello, las omisiones, imprecisiones, inexactitudes o dudas respecto de los elementos que integran la agravante sólo pueden tener como solución la inaplicación de la reincidencia pues de otro modo se incurriría en una interpretación contra reo, como también recuerda la STS núm. 82/1998, de 30 de enero.

En el presente caso, como ya se ha dicho lo único que consta en el juicio histórico es la escueta frase «... condenado entre otras por robo en Sentencia de 13 de febrero de 1996...». No consta la fecha de la firmeza, la pena impuesta, la fecha inicio de cumplimiento ni por lo tanto si pueden haber transcurrido o no los plazos del artículo 136 del Código Penal; todo ello evidencia una insuficiencia de datos que impide directamente la aplicación de la agravante cuestionada.

No ignora la Sala, que tal vez algún dato pudiera extraerse de la hoja histórico penal obrante al folio 120, pero a pesar de que la Sala en virtud del artículo 899 puede examinar las actuaciones, estima su actual improcedencia por dos motivos: en primer lugar porque es exigencia del Tribunal de instancia consignar en el *factum*, o a lo sumo integrándolo con datos fácticos que se encuentren en la fundamentación, todos los elementos que integran la reincidencia, porque lo relevante es que todos esos datos se encuentren consignados en la sentencia, lo que aquí no acontece porque no existen más datos fácticos en la fundamentación; y en segundo lugar, porque la facul-

tad de examen de los autos a que se refiere el artículo 899, en este caso supondría incorporar, por esta vía, nuevos datos a la sentencia de instancia, y siendo esta facultad de examen directo excepcional, no puede nunca emplearse en cuanto perjudique directa o indirectamente al reo, como reconoce la Sentencia ya citada núm. 758/1998, de 26 de mayo.

En consecuencia, procede la estimación del motivo y casación de la sentencia en este aspecto, con las consecuencias importantes que en materia penológica acarrea la desaparición de una circunstancia agravante.

(Sentencia de 26 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 23

Agravante de parentesco: requisitos. No procede aplicación a compañero sentimental que pese a convivir bajo el mismo techo con la víctima ya había roto la relación con ella

Tercero.—(...) Afirma el recurrente que «la circunstancia agravante de parentesco del artículo 23 del Código Penal no debería haberse aplicado teniendo en cuenta la inexistencia de vínculo afectivo entre el condenado y la víctima en el momento en que ocurrieron los hechos..., pues aunque vivían bajo el mismo techo y tenían convivencia afectiva desde hacía cuatro años,...», lo cierto es que la relación sentimental, como dice el hecho probado 2.º, «entre el acusado... y doña María Teresa... se había deteriorado hasta el punto de que doña María Teresa... había decidido poner fin a dicha relación, comunicándose así al acusado...».

En la Sentencia de la primera instancia, se dice que el caso de autos no encaja en los supuestos de exclusión de la agravante, «toda vez que en el momento de producirse la agresión mortal el acusado y la víctima mantenían la convivencia marital, nacida unos cuatro años antes de ocurrir los hechos», y, pese a lo que se dice en el hecho probado 2.º, «en el momento de producirse la agresión persistía la relación sentimental y el afecto que cabe suponer existente entre aquellos que conviven maritalmente» (v. fundamento jurídico 4.º).

El Tribunal Superior de Justicia, al conocer en apelación de esta causa, declaró que compartía la «valoración y consiguiente presunción de persistencia de la relación sentimental entre agresor y ofendida, y ello pese al deterioro de la misma declarado por el Jurado» (v. fundamento jurídico 2.º).

La circunstancia mixta de parentesco —relación a la que se equipara a estos efectos la de las personas ligadas de forma estable por análoga relación de afectividad (art. 23 CP)—, es valorada ordinariamente como agravante, cuando de delitos contra las personas se trata, como es el caso. La jurisprudencia, al estudiar esta circunstancia, ha venido declarando que, para su apreciación, además de la existencia objetiva de la relación de parentesco debe existir también un natural lazo afectivo, de tal modo que cuando consta que el mismo está roto, que no existen intereses comunes, sino contrapuestos, que no existe amistad, o que, por cualquier razón, media un distanciamiento entre sujeto activo y pasivo del delito, la relación resulta inoperante, el hecho criminal ha de valorarse y juzgarse como acontecido entre extraños (v. SS. 13 de octubre de 1993, 12 de julio de 1994 y 30 de abril y 6 de mayo de 1997, entre otras).

En el presente caso, el relato de hechos probados de la Sentencia de la primera instancia —confirmada en apelación—, afirma: a) que el acusado y la víctima venían conviviendo maritalmente desde hacía unos cuatro años y que tenían un domicilio

común (hecho probado 1.º); b) que dicha relación se había deteriorado hasta el punto de que la víctima había decidido poner fin a la misma y se lo había comunicado al acusado (hecho probado 2.º); y c) que el día de autos surgió una discusión entre ellos porque la víctima había accedido a que su ex compañero Manuel la recogiera a la salida del trabajo y la acompañara hasta el domicilio, cosa que ya había hecho en tardes anteriores (hecho probado 3.º).

La situación descrita en el relato fáctico de la Sentencia, a juicio de este Alto Tribunal, pone de manifiesto que la relación de afectividad que habían mantenido el acusado y la víctima durante varios años se había roto con anterioridad al momento de producirse la agresión homicida enjuiciada en esta causa. Para que pueda estimarse subsistente este tipo de relaciones, no basta la voluntad de una de las partes, es preciso lógicamente la voluntad concorde de ambas, y, en el presente caso, la mujer había decidido poner fin a su relación con el acusado, a quien se lo había comunicado ya, y había comenzado a salir con su ex compañero Manuel, que el día de autos –y otras tardes anteriores– la había recogido a la salida del trabajo y la había llevado al domicilio que todavía compartía con el acusado. Es de todo punto evidente que el mero hecho de compartir un mismo techo no es prueba de la permanencia de la relación de afectividad análoga a la que une a los cónyuges.

La aplicación de la jurisprudencia citada a las circunstancias concurrentes en el hecho enjuiciado, en cuanto a los extremos relativos a la relación de convivencia existente entre el acusado y la víctima, lleva directamente a considerar que no puede apreciarse en el presente caso la concurrencia de la agravante de parentesco.

(Sentencia de 29 de septiembre de 1999)

ARTÍCULO 28

Es autor quien ostenta igual protagonismo en el dominio de la acción aunque con un diferente reparto de roles

Segundo.–(...) Debe recordarse que el cauce casacional empleado parte del respeto a los hechos probados, que por ello resultan inatacables. Pues bien, desde esta premisa, el relato de hechos se refiere al acuerdo previo entre todos los que resultaron condenados en efectuar el atraco a la gasolinera, se narra a continuación que el recurrente Abel E. facilitó la escopeta de cañones recortados utilizada en el atraco, quedándose de acuerdo con el plan establecido, Abel en un punto determinado –Urbanización Monteluz–, con el vehículo del también condenado Rafael P.

Tras la perpetración del atraco, acudieron los otros tres participantes al lugar donde estaba Abel E., y abandonando el vehículo utilizado en el atraco, se fueron los cuatro en el turismo de Rafael, repartiéndose el botín obtenido entre los cuatro.

Es obvio que con este relato, resulta improsperable la tesis de la complicidad, ya que el dominio de la acción está con igual protagonismo, aunque con un diferente reparto de roles entre los que resultaron condenados –dominio conjunto o condominio del hecho–, y en concreto con Abel E. Desde la realidad del previo acuerdo, y reparto cometidos, todos igualmente relevantes para el éxito de la acción delictiva, pasando por la teoría de los bienes escasos en cuanto que el recurrente facilita el arma, pieza esencial para la intimidación y llevar a buen término el atraco, y terminando por la lógica consecuencia del reparto del botín entre todos, todo abona a la condición de autor de Abel E. ante la esencialidad de su colaboración sin la que el atraco no hubiera tenido lugar, por ello su acción debe ser elevada al artículo 14, como autor, y no de cómplice pues su actividad se encuentra en el núcleo del hecho con un insustituible

dominio del acto, y por tanto de naturaleza no periférica, aunque, ya dentro del concepto de autor, esté mas próximo a la figura del cooperador que a la del autor material en la medida que no intervino en el concreto desarrollo del atraco, extremo que carece de relevancia a los fines del recurso a la vista de la concepción amplia de autor que existe en nuestro sistema de justicia penal que se mantiene en el artículo 28 del vigente Código Penal.

(Sentencia de 9 de marzo de 1999)

Autoría conjunta

Tercero.—En principio, no cabe duda de que todos los actos que permiten en su conjunto la ejecución de las acciones principales, resultan punibles como formas variadas de autoría.

El *pactum sceleris*, concertado entre todos los acusados, dibuja claramente la autoría. Sabido es que tal pacto establece, entre las personas que lo conciertan, un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes a todos ellos en igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se le asigne, siempre que, como en este caso, el desarrollo del acuerdo se desenvuelva dentro de los esquemas y fines convenidos, coautores todos por estar unidos no sólo espiritualmente por el concierto, que de otro lado puede ser expreso o tácito, previo o simultáneo, sino también materialmente por la física participación de todos en la ejecución. Son coautores como responsables del acto, como autores primarios o como autores por extensión.

Mucho se ha discutido doctrinalmente sobre el concepto de autoría en la línea de lo acabado de exponer. Doctrina que, siendo realmente enriquecedora, poca trascendencia práctica tiene a la hora de fijar responsabilidades, en cuanto que los autores directos o individuales porque realizan los elementos del tipo de forma personal, los coautores porque realizan el hecho conjuntamente, los autores mediatos porque realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento, e incluso los inductores o cooperadores necesarios porque moralmente gestionan el delito o porque ayudan en su ejecución con actos imprescindibles, estas dos como formas de participación equiparadas a la autoría, todos ellos son de una u otra forma sujetos activos de la infracción. Por lo común todos ellos ostentan sin discusión lo que se ha denominado, para constituir la teoría del acuerdo previo, el dominio del hecho que en la coautoría se convierte en el condominio del hecho, lo que significa que el autor, individual o conjuntamente, domina la dirección de las acciones comunes y necesarias hacia el cumplimiento del tipo penal (ver las Sentencias de 8 de marzo de 1989 y 10 y 11 de enero de 1987).

(Sentencia de 8 de junio de 1999)

Cooperadores necesarios: concepto y diferencias con cómplices

Tercero.—Como se desprende del Texto Legal, los cómplices son cooperadores del hecho principal con actos anteriores o simultáneos. Se trata de una cooperación no necesaria que requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales (Sentencia 17 de enero de 1991). Subjetivamente ha de haber un *pactum scaeleris* como concierto de voluntades o previo acuerdo, coetáneo, inicial o sobrevenido a la acción, expreso o tácito, junto con la conciencia plena respecto de la ilicitud y de la antijuridicidad (*conciencia scaeleris*).

Objetivamente, se precisa la aportación de actos anteriores o simultáneos de carácter auxiliar. Una especie de participación de segundo grado que, en ese sentido objetivo dicho, supone la aportación del esfuerzo del cómplice, esto es, un acto de ejecución, aunque accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda.

Quiere decirse pues que la complicidad como forma de participación autónoma, es distinta de la participación trascendente, fundamental y esencial que va embebida en la autoría. El autor ejecuta el hecho propio, mientras el participante por complicidad contribuye al hecho ajeno. Este favorece, coopera no necesariamente. Al ser participación accesorio que sigue a la conducta principal, su reproche penal no puede tener lugar si la conducta principal no es, a su vez, típica y antijurídica.

Cuarto.—Como decía la Sentencia de 24 de junio de 1996, y abundando en lo acabado de reseñar, la diferencia básica en este problema, si se trata de valorar la cooperación de un presunto autor o de un presunto cómplice, estriba en que en la autoría tal cooperación es necesaria, en tanto que en la complicidad es de importancia menor. Más exactamente, y en esa misma línea discursiva, existe cooperación necesaria del antiguo artículo 14.3 cuando haya aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido, o teoría de la «conditio sine qua non»; cuando se contribuye con un algo escaso pero no fácil de obtener de otro modo, o teoría de los «bienes escasos»; o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso, o «teoría del dominio del hecho» (Sentencias de 18 de septiembre de 1995 y 10 de junio de 1992).

En conclusión, la cooperación necesaria existe en aquellos casos en los que concurre un previo acuerdo para delinquir, o *pactum scaeleris*, como requisito subjetivo que ciertamente también debe darse en la mera complicidad. Sin embargo en el primer caso se convierten en autores todos los concertados para la actividad del tráfico, cualquiera que sea su misión o su «rol» concreto, si su colaboración contribuye objetivamente a la realización del delito. En el segundo ese pacto inicial va seguido, objetivamente y también a sabiendas de la ilicitud y de la antijuridicidad del acto, de una serie de actividades auxiliares, meramente periféricas o de segundo grado, acaecidas temporalmente «antes» o «durante», anteriores o simultáneas. Se ha dicho por eso antes que mientras el autor ejecuta hechos propios, el cómplice colabora en hechos que le son ajenos (Sentencias de 16 de junio de 1995, 23 de diciembre y 24 de marzo de 1993).

Por último ha de señalarse que lo decisivo es, naturalmente, la naturaleza, el carácter y las condiciones de esos actos auxiliares. Porque al fin y al cabo lo determinante para establecer el signo diferenciador, entre la cooperación necesaria y la complicidad, no es ya ese concierto de voluntades, común a los dos grados delictivos, sino la eficacia, la necesidad y la trascendencia que esa actividad aparentemente auxiliar haya tenido en el resultado producido (ver las Sentencias de 28 de enero de 1991, y 22 de noviembre de 1990).

En base a lo expuesto, lo jurídico y lo fáctico, el motivo se ha de rechazar. El recurrente fue un cooperador necesario en la trama jurídica. No cabe, de otro lado, tergiversar el hecho probado que necesariamente ha de ser respetado.

(Sentencia de 26 de abril de 1999)

Delimitación del cooperador necesario: lo es quien sujeta a la víctima mientras otro coacusado de común acuerdo la penetra vaginalmente

Primero.—El único motivo del recurso, se formaliza por infracción de ley, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, adu-

ciéndose infracción del artículo 28 b) del Código Penal. El único reproche que se verifica a la sentencia de instancia, se refiere a la cooperación necesaria del recurrente en la agresión sexual del tercero no identificado, comenzando por aludir, a pesar del cauce procesal invocado, a la ausencia de elementos probatorios respecto a tal cooperación, y arguyendo que no concurren los requisitos subjetivos, ni los objetivos, aportación causalmente eficaz, exigidos para la aplicación del artículo 28 b) del propio Texto Legal.

Una reiterada doctrina de esta Sala ha señalado los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad.

Son las tres teorías que se indican: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. Las Sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993 y 27 de enero 1998 recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad.

En primer lugar se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas.

De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue, como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho.

Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito.

Como señalan las resoluciones citadas, la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, incluso del dominio del acto, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva, pero sin ocultar sus preferencias (para distinguir entre el auxilio necesario y otras colaboraciones contingentes y secundarias), hacia la doctrina de los bienes o actividades escasas, prestando, dentro de este criterio, una atenta consideración de la eficacia y poderío causal de la acción de auxilio.

Aplicando tal doctrina al caso que se examina, en los hechos declarados probados, se dice que el recurrente y el tercero no identificado, decidieron tener relaciones sexuales con la joven, después del infructuoso registro que con ánimo depredatorio le realizaron. Hay, pues, una codecisión expresamente afirmada respecto de todos los hechos posteriores y un acuerdo mutuo manifestado en la forma concordada de proceder de los dos partícipes, pues mientras el tercero lleva a efecto la penetración vaginal, el acusado cogiendo a la víctima por el pelo, le introdujo durante breves momentos el pene en su boca, cesando ante las protestas del autor no identificado. Y para llegar a tal relato, el Tribunal *a quo*, dispuso de abundante prueba sobre la participación que se cuestiona, constituida por la declaración de la víctima en fase sumarial, reproducida en el plenario, y por las propias manifestaciones del acusado, como se refiere en el fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia.

Por otra parte, su aportación en la agresión sexual del tercero, que es lo que se cuestiona, es causal y trascendente para posibilitar la penetración vaginal que aquél pretendía efectuar, pues conforme con la narración fáctica. 1.º) El procesado mantuvo agarrada a la víctima impidiéndole moverse y gritar, mientras el otro individuo le quitaba los pantalones, bragas y zapatos y aquél se despojaba de la suya, sentándose en el bordillo. 2.º) Manteniéndola sujeta la empujó hacia abajo, obligándola a sentarse sobre el tercero, posibilitando la penetración de éste y 3.º) Durante la misma, estuvo sujeta por el acusado, y atemorizada por uno y por otro.

Por tanto, cualquiera que fuese la concepción doctrinal que se elija, conforme a lo expuesto con anterioridad, es lo cierto que la colaboración del recurrente en la agresión sexual del copartícipe, a tenor de los actos descritos, fue esencial y decisiva para que aquél pudiera consumir sus propósitos ilícitos en las circunstancias y del modo en que se acordaron y ejecutaron. Existe, en consecuencia, una aportación imprescindible, *animus auctoris*, en la facilitación de los actos materiales de agresión por el autor no identificado.

(Sentencia de 20 de octubre de 1999)

No es cooperador necesario quien se limita a mirar a otros coacusados mientras éstos cometen una agresión sexual

Primero.—(...) Tiene declarado esta Sala que, en relación con los delitos de agresión sexual, la Doctrina Jurisprudencial viene sosteniendo que es cooperador necesario del artículo 28 b) del Código Penal, aquel que contribuya o coadyuve al acceso carnal ajeno, aportando un esfuerzo físico para doblegar la voluntad opuesta de la víctima —Tribunal Supremo Sentencias 22 febrero 1994—, y también, que a fin de cubrir la totalidad de la significación antijurídica de las diferentes conductas implicadas en esta clase de hechos, entiende que debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos actos de violaciones múltiples, porque la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir, siendo tal presencia, coordinada en acción conjunta con el autor principal, integrante de la mencionada figura de la cooperación necesaria del núm. 3.º del artículo 14 del Código Penal anterior y artículo 28 b) del Código Penal vigente —cfr. Sentencias de 8 de febrero de 1991, 6 de febrero de 1992, 12 de junio del mismo año, 23 de enero de 1993, 24 de mayo de 1994 y 3 de marzo de 1997.

Aplicando tal doctrina al caso debatido, el recurrente conforme al relato fáctico, no realizó ninguna agresión sexual como autor directo, por lo que la condena que se efectúa en la parte dispositiva de la Sentencia, en tal carácter no es correcta, contradiciendo además la argumentación que se efectúa en el fundamento de derecho cuarto de dicha resolución, en donde se califica su conducta a título de cooperador necesario, pues presencia las agresiones cometidas por los otros coacusados, coadyuvando con su presencia en el lugar donde tuvieron lugar aquéllas, a la intimidación y amedrantamiento de la víctima. Ahora bien, si bien la doctrina de esta Sala citada, considera cooperador necesario no sólo el que coadyuva al acceso carnal de otro mediante la aportación del esfuerzo físico encaminado a doblegar la voluntad de resistencia de la víctima, sino también los que en la realización de un plan conjunto llevan a cabo una acción en cuyo desarrollo se efectúa la violación, así como en caso de no existir un plan preordenado, los que con conciencia de la acción que se realiza, determina con su presencia un efecto intimatorio ambiental sobre la víctima de la agresión materialmente realizada por otro agente, nada de eso ocurre en el supuesto que se examina,

pues ni aportó esfuerzo físico alguno para la consumación de las agresiones llevadas a cabo, ni consta acreditado un plan preordenado al que el recurrente hubiese prestado su asentimiento o hubiese intervenido en su organización, y aunque estuvo «de pie parado mirando lo que ocurría», su sola presencia no pudo favorecer la intimidación o incrementar el temor de la víctima, ya que estaban presentes otras cuatro personas, los acusados, autores directos cada uno de ellos de una agresión sexual, que era suficiente para provocar el miedo o la intimidación en la víctima, sin que su sola presencia pasiva aumentara aquéllos.

En consecuencia, procede casar y anular la Sentencia de instancia en tal particular, dictándose a continuación la procedente.

(Sentencia de 20 de octubre de 1999)

ARTÍCULO 29

No es cómplice quien se limita a ser copiloto de quien comete delito sin que conste que existiera concierto entre ellos

Primero.—(...) Acudiendo a las normas sobre participación comprendidas en los artículos 28 y 29 CP de 1995, aunque las mismas no hubiesen sido citadas como infringidas en el recurso, tampoco éstas son aplicables a Fernando V. F., puesto que la participación a título de autoría o de complicidad exige, aparte del concierto de los codelincuentes, una intervención de los mismos con actos anteriores o coetáneos en la dinámica delictiva, y tal intervención no puede ser apreciada en el recurrente, con base a la narración histórica, puesto que desde luego no tomó parte en la aproximación del vehículo a M.ª Ángeles, ya que el que lo conducía era el otro condenado Damián R. C., que fue el que detuvo el automóvil cerca del lugar donde se había apeado la víctima, y tampoco intervino Fernando en el seguimiento de ésta, ni en el tiron de su bolso, ni en el amedramiento a M.ª Ángeles con el cuchillo, ni en el arrebatamiento del bolso. Fernando V. F. se limitó a esperar en el Renault 11, y en el asiento del copiloto, sin que quepa inferir de tal actitud pasiva el concierto con Damián que estima existente la sentencia impugnada en los fundamentos primero y segundo, concretado en la actitud expectante en que quedó Fernando, mientras Damián perpetraba los actos de violencia e intimidación y de apoderamiento. Tal inferencia no es correcta, pues del hecho de que Fernando viajase con Damián, ocupando el asiento delantero derecho del coche, y que siguiese sentado en el vehículo, mientras el coacusado se apeaba del Renault, realizaba el seguimiento de M.ª Ángeles, y perpetraba los actos de violencia e intimidación y regresaba con el botín al automóvil, y se alejase en el coche acompañado de Fernando, no cabe inferir necesariamente que éste se hubiese quedado en el Renault, en funciones de vigilancia y para apoyar a Damián, si éste le necesitaba, pudiendo deducir también de los datos fácticos reflejados en la sentencia, que la intención de cometer el delito de robo surgió de forma individual en Damián, que decidió ejecutar por su cuenta, y sin ayuda de Fernando, que se desentendió del hecho quedándose en el coche.

(Sentencia de 21 de enero de 1999)

Complicidad omisiva: elementos

Quinto.—Por la vía del núm. 1 del 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el sexto motivo de impugnación, se alega infracción del artículo 16 del Código Penal

derogado, y artículos 29 y 11 del vigente Código Penal, porque estima el recurrente que no puede ser condenado como cómplice del delito de apropiación indebida, pues en todo caso su conducta, había sido «posterior» al hecho, y no antecedente o simultánea.

En primer término, como recuerdan las Sentencias de esta Sala de 3 de diciembre de 1990 y 9 de julio de 1997, la consideración del tema de la denominada complicidad omisiva en un delito de comportamiento activo o por comisión ha tenido desigual tratamiento tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia de esta Sala: que si en un primer momento lo negó como posible en términos absolutos (por ejemplo Sentencia de 19 de octubre de 1943), posteriormente (Sentencias de 10 de abril de 1981 y 31 de enero de 1986) aproximó la solución a la adoptada por la doctrina científica calificable como mayoritaria y más autorizada, admitiendo esta forma de participación sólo en aquellos casos en que el omitente se hallaba en posición de garante.

La solución es por supuesto correcta, aunque no sean desdeñables sus eventuales incidencias negativas sobre el principio de legalidad si se adopta de manera indiscriminada. Pero para la decisión del motivo bastará con recordar que esta posición de garante viene impuesta en base a dos fuentes posibles: por la función protectora de un bien jurídico y por la misión de control de una fuente de peligro. Así, sólo en los casos en que el compromiso del garante resulta inequívoco es posible referirse a que toma en sus manos el riesgo real o hipotético actuando —como se ha dicho— a modo de «barrera de contención» del mismo, siendo así decisivo que el sujeto que tenga normativamente controlado el riesgo deje, pese a ello, que se origine el resultado lesivo.

Es preciso analizar si concurren todos los requisitos necesarios para construir la modalidad específica de complicidad omisiva. Como ha señalado la Sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1992, citando a su vez la Sentencia de 23 de octubre de 1991, establece la necesidad de que concurren los siguientes elementos: *a)* objetivo (omisión eficaz, patente y manifiesta, no necesaria empero, para la comisión del delito); *b)* subjetivo (voluntad consciente de cooperar al resultado con esa inacción); y *c)* normativo (deber de actuar para impedir la consumación del resultado ilícito que se está cometiendo; deber impuesto por la ley o por una situación de peligro anterior creada por el omitente).

La configuración de esta modalidad delictiva exige la confluencia de los tres factores expuestos, aunque por la mayoría de la doctrina y por Resoluciones de esta Sala de 21 de febrero de 1992, 9 de abril de 1996, y 12 de enero de 1998, se hace especial hincapié en que el cómplice debe encontrarse en una particular situación (posición de garante) concepto que se reconoce que presenta contornos indefinidos, porque en definitiva depende de una valoración coyuntural de las circunstancias concurrentes en cada caso.

La complicidad por omisión es posible cuando la omisión del deber de actuar del garante ha contribuido en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción u omisión.

En el supuesto que se examina, la posición de garante del recurrente es indudable, puesto que tal misión constituye precisamente una de las razones y fundamentos de la existencia del cargo de interventor en las entidades bancarias, que impide, con la exigencia de la doble firma, director e interventor, actuaciones arbitrarias de uno de ellos, siendo su conducta omisiva, determinante y eficaz para que el resultado se produjera. Y asumiendo como le correspondía la posición de garante y congruente deber jurídico de intervenir si quería desvirtuar lo que ocurrió después, lo que, al no hacerlo, lo convertía en cómplice, por omisión, pues su conducta venía inspirada por un *animus adiuuandi*, esto es, de cooperador de segundo grado con el autor material.

En segundo término, y respecto a su actuación posterior el fundamento de derecho vigésimo noveno de la Sentencia recurrida, analiza tal cuestión, ya planteada en la instancia, y la rechaza, con convincente argumentación puesto que la actuación del

acusado fue concomitante a la del otro coacusado, y no posterior como se pretende ya que conoció desde el inicio la actividad de Faustino C., y pese a ello consintió que aquél continuara en la dinámica comisiva, remitiendo además al referido Faustino cuando los clientes del banco, presentaban recibos o reintegros no realizados.

(Sentencia de 11 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 56

Imposición por obligación legal de alguna de las penas accesorias previstas en el precepto. No necesidad de determinarse en la sentencia la vinculación de la pena accesoria con el delito cometido, salvo las inhabilitaciones que afectan a empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho

Segundo.—(...) Es preciso tener en cuenta que el artículo 56 CP establece taxativamente que «en las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes», enumerando a continuación las penas entre las que puede elegir el Tribunal. La dicción legal sólo puede interpretarse en el sentido de que el Tribunal no está obligado a imponer una determinada pena accesoria ni facultado para la imposición de más de una, pero sí obligado a añadir a las penas privativas de libertad no superiores a diez años alguna de las accesorias enumeradas. Como quiera que el Tribunal de instancia ha elegido la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena —y con esto se da respuesta al tercer motivo del recurso—, no estaba obligado a determinar expresamente en la sentencia la vinculación de la pena accesoria con el delito cometido, porque esta determinación está prevista en el último inciso del artículo 56 CP únicamente para las inhabilitaciones que afectan a empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho. Así debe entenderse habida cuenta de la redacción del párrafo del precepto, referido a la relación de la pena accesoria con el delito, y de la naturaleza especialmente afflictiva que puede tener para el condenado el hecho de que se le inhabilite para dedicarse a la profesión u oficio que constituye su medio de vida. Es seguramente la grave onerosidad de una tal accesoria la razón fundamental por la que su imposición debe ser justificada por la naturaleza del delito y la posibilidad de que la profesión haya servido de ocasión para cometerlo.

(Sentencia de 26 de enero de 1999)

Duodécimo.—(...) El artículo 56 *in fine* del Código Penal de 1995 establece la exigencia, para la imposición de determinadas penas accesorias, de que los derechos afectados por estas penas «hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación». Este requisito se refiere a la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, «si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido», pero no a las otras dos penas accesorias expresadas en la parte inicial del precepto, es decir a la mera suspensión de cargo o empleo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Así se deduce, en primer lugar, de una interpretación gramatical del precepto a través de su atenta lectura y de la utilización de la expresión «éstos», ligada a los derechos afectados por la última inhabilitación especial a que se refiere el artículo. En

segundo lugar, de su interpretación sistemática que vincula esta limitación con lo dispuesto en los artículos 42 y 45 del mismo Texto Legal que exigen una expresa concreción y motivación de los derechos afectados. En tercer lugar, de su interpretación histórica, de acuerdo con los precedentes legislativos y jurisprudenciales, pues dicha limitación tiene su antecedente en el artículo 41.2.º del Código Penal de 1973 y en la doctrina de esta Sala que exigía una relación directa, e incluso causal entre la profesión u oficio objeto de la inhabilitación y el delito cometido (Sentencia de 9 de junio de 1989, entre otras). En cuarto lugar de su interpretación lógica, pues el criterio contrario conduciría al absurdo, al determinar que un Alcalde, por ejemplo, habría de seguir rigiendo desde la prisión los destinos de su ciudad mientras cumple condena por tráfico de drogas o falsificación de moneda, ya que al tratarse de delitos no directamente relacionados con su cargo, no podría aplicarse la pena accesoria de suspensión del ejercicio del mismo durante el tiempo de la condena. Y, en quinto lugar, de su interpretación teleológica, de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma, pues si bien está plenamente justificado limitar la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, como pena accesoria, a aquellos supuestos en que hubieran tenido relación directa con el delito cometido, de acuerdo con el principio de intervención mínima en materia de penas que determina que éstas sólo se aplicarán cuando sean necesarias y en la medida en que lo sean, y también lo está en el supuesto de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que conforme a lo dispuesto en el artículo 42 produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recae, no concurre la misma justificación para las penas de suspensión de empleo o cargo público, cuyo efecto se limita a privar de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena, artículo 43, o de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, que únicamente priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos (art. 44), cuyo efectivo ejercicio es notoriamente incompatible con la pena de prisión impuesta. El contenido, naturaleza y duración de estas penas las vincula directamente con las limitaciones necesariamente determinadas por los efectos propios de la pena de prisión, incompatible con las exigencias de todo orden –incluso de honorabilidad– que conlleva el ejercicio de un cargo público, por lo que resultan inherentes, en principio, a la naturaleza de la pena de prisión establecida en la condena, con independencia de una innecesaria, y generalmente no concurrente, relación directa con el delito cometido.

En definitiva, el artículo 56 del Código Penal de 1995, emplea una expresión preceptiva, «impondrán», y no potestativa, «podrán imponer», por lo que ha de deducirse que, como regla general, el precepto legal determina que ha de imponerse necesariamente alguna de las penas accesorias en él prevenidas. En consecuencia, cuando el condenado no ejerza ningún cargo o empleo público del que pueda ser suspendido, y el delito cometido no tenga relación directa con su profesión u oficio, como sucede en el caso actual en el que el recurrente ha sido condenado por abusos sexuales, la pena accesoria a imponer es precisamente la residual de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, como ha hecho correctamente el Tribunal *a quo* en la sentencia impugnada.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

Posibilidad de imponer más de una pena accesoria. Imposición conjunta de suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Para imponer la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio debe existir relación entre el delito cometido y el empleo, cargo o profesión que realiza el acu-

sado: las penas accesorias de suspensión de empleo o cargo público y la inhabilitación especial para el derecho de sufragio se impone a los condenados a penas de prisión hasta 10 años sin que sea necesario que tengan relación con el delito cometido

Quinto.—El quinto y último motivo, también por infracción de ley, denuncia vulneración del artículo 56 del Código Penal, relativo a las penas accesorias. Estima el recurrente que la expresión «alguna» utilizada por la norma («En las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes») equivale a «sólo una» y por tanto no es legalmente posible imponer conjuntamente las penas de suspensión de cargo público e inhabilitación del derecho de sufragio pasivo, como se hace en la Sentencia impugnada.

Para la resolución del motivo conviene reiterar lo ya expresado en la Sentencia núm. 430/1999, de 23 de marzo, en relación con el sentido y finalidad de las penas accesorias de suspensión de cargo público e inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

El artículo 56 *in fine* del Código Penal de 1995 establece la exigencia, para la imposición de determinadas penas accesorias, de que los derechos afectados por estas penas «hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación». Este requisito se refiere a la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, «si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido», pero no a las otras dos penas accesorias expresadas en la parte inicial del precepto, es decir, a la mera suspensión de cargo o empleo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Así se deduce, en primer lugar, de una interpretación gramatical del precepto a través de su atenta lectura y de la utilización de la expresión «éstos», ligada a los derechos afectados por la última inhabilitación especial a que se refiere el artículo. En segundo lugar, de su interpretación sistemática que vincula esta limitación con lo dispuesto en los artículos 42 y 45 del mismo Texto Legal que exigen una expresa concreción y motivación de los derechos afectados. En tercer lugar, de su interpretación histórica, de acuerdo con los precedentes legislativos y jurisprudenciales, pues dicha limitación tiene su antecedente en el artículo 41.2.º del Código Penal de 1973 y en la doctrina de esta Sala que exigía una relación directa, e incluso causal entre la profesión u oficio objeto de la inhabilitación y el delito cometido (Sentencia de 9 de junio de 1989, entre otras). En cuarto lugar de su interpretación lógica, pues el criterio contrario conduciría al absurdo, al determinar que un Alcalde, por ejemplo, habría de seguir rigiendo desde la prisión los destinos de su ciudad mientras cumple condena por tráfico de drogas o falsificación de moneda, ya que al tratarse de delitos no directamente relacionados con su cargo, no podría aplicarse la pena accesoria de suspensión del ejercicio del mismo durante el tiempo de la condena. Y, en quinto lugar, de su interpretación teológica, de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma, pues si bien está plenamente justificado limitar la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, oficio, industria, comercio o cualquier otro derecho, como pena accesoria, a aquellos supuestos en que hubieran tenido relación directa con el delito cometido, de acuerdo con el principio de intervención mínima en materia de penas que determina que éstas sólo se aplicarán cuando sean necesarias y en la medida en que lo sean, y también lo está en el supuesto de inhabilitación especial para empleo o cargo público, que conforme a lo dispuesto en el artículo 42 produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recae, no concurre la misma justificación para las penas de suspensión de empleo o cargo público, cuyo

efecto se limita a privar de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena, artículo 43, o de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo, que únicamente priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos (art. 44), cuyo efectivo ejercicio es notoriamente incompatible con la pena de prisión impuesta.

El contenido, naturaleza y duración de estas penas las vincula directamente con las limitaciones necesariamente determinadas por los efectos propios de la pena de prisión, incompatible con las exigencias de todo orden –incluso de honorabilidad– que conlleva el ejercicio de un cargo público, por lo que resultan inherentes, en principio, a la naturaleza de la pena de prisión establecida en la condena, con independencia de una innecesaria, y generalmente no concurrente, relación directa con el delito cometido.

Atendido el sentido y finalidad de las penas accesorias de suspensión de empleo o cargo público (art. 43 Código Penal 1995) y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art. 44 Código Penal 1995) no cabe aceptar la interpretación del recurrente en el sentido de que la expresión «alguna de las siguientes» determina la incompatibilidad entre ambas y consiguiente prohibición de imposición conjunta. En primer lugar porque el indefinido «alguna» no equivale necesariamente en el lenguaje ordinario a «sólo una» (de ser ésta la voluntad del legislador la norma diría «una de las siguientes»). En segundo lugar porque si el legislador hubiese pretendido que en todo caso hubiese que imponer una única pena accesoria, como interpreta el recurrente, el precepto legal lo expresaría así, diciendo que los Tribunales impondrán «como pena accesoria», y no utilizaría la expresión plural «como penas accesorias» que indica expresamente la posibilidad de imponer más de una. Y en tercer lugar porque la posibilidad de aplicación complementaria de ambas penas accesorias se deduce del sentido y finalidad de la norma, cuando la pena privativa de libertad se impone a quien desempeña un cargo público. La interpretación contraria conduciría al absurdo dado que determinaría la necesidad de optar entre permitir al cargo público condenado que continuase desempeñándolo mientras cumple la condena de prisión impuesta por sentencia firme o suspenderle en su ejercicio pero autorizándole a ser elegido para nuevos cargos públicos durante el mismo período de condena, cuando en realidad, como se ha expresado, ambas limitaciones son complementarias e ínsitas a la incompatibilidad entre la imposición y el cumplimiento de una pena de prisión –en cualquiera de sus grados–, y las exigencias propias de un Estado democrático de Derecho para el desempeño de cargos públicos, incluida la incongruencia que constituiría mantener de modo simultáneo el reproche social ínsito en la pena privativa de libertad y la confianza social que requiere el desempeño de un cargo público.

Es por ello por lo que ya en la Sentencia núm. 430/1999, de 23 de marzo, se señalaba que la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena debe ser de imposición generalizada en las sentencias que contengan una condena a pena de prisión de hasta diez años, como ya se realiza efectivamente en la práctica judicial, en consonancia además con lo dispuesto en el artículo 6.2.º c) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 1985 (LO 5/1985, de 19 de junio) que con carácter general y sin necesidad de que la sentencia penal condenatoria lo establezca así de modo expreso, declara inelegibles en cualquier elección por sufragio universal directo a los «condenados por Sentencia firme, a pena privativa de libertad, durante el período que dure la pena».

Procede, en consecuencia, desestimar el motivo de recurso interpuesto al no apreciarse la incompatibilidad reclamada por el recurrente. En cualquier caso en el supuesto actual el recurso carece además de practicidad, dado que al no desempeñar el acusado cargo público alguno del que pudiese ser suspendido, la única pena accesoria impuesta con carácter efectivo es la de inhabilitación especial para el derecho de sufragio

pasivo, que es la pena accesoria residual que procede imponer con carácter generalizado en estos casos.

(Sentencia de 25 de septiembre de 1999)

ARTÍCULO 57

Naturaleza, criterios para su imposición. Momento en que comienza su cumplimiento: una vez cumplida la pena principal

Séptimo.—El último motivo formaliza denuncia infracción de Ley por indebida aplicación del artículo 57 del Código Penal, al establecer la sentencia recurrida la prohibición al procesado de volver al municipio de Colera una vez haya cumplido la pena privativa de libertad por un plazo de cuatro años cuando lo cierto es que el artículo 57 del Código Penal no menciona que tal prohibición deba tener lugar una vez cumplida la pena principal. Tal interpretación del precepto sería «contra reo» y contraria al principio *non bis in idem*.

El Ministerio Fiscal apoya este alegato impugnativo apuntando que, del desarrollo del motivo se deduce que en realidad, el recurrente no considera infringido el principio *non bis in idem* por la aplicación de la pena accesoria prevista en el artículo 57, sino que le parece absurdo que la prohibición comience a surtir efectos después de cumplir la pena de prisión, pues durante dicho cumplimiento podría acudir al lugar en un permiso penitenciario o, incluso, durante el período de libertad condicional. Como sustento de su tesis, el autor del recurso, cita y resume el contenido argumental de la Sentencia de esta Sala de 5-12-1996.

Por contra, el Tribunal Provincial justifica la fórmula punitiva impugnada en los siguientes términos: Se solicita por las acusaciones al unísono la aplicación del artículo 57 del Código Penal, en orden a la aplicación de lo que ha venido en llamarse una pena de destierro (S. 26-3-1996). La Sentencia de 31 de marzo de 1993 admite que tal facultad concedida a los Jueces y Tribunales, es una pena al presuponer siempre acreditada una culpabilidad del autor y el Código Penal de 1995 ha venido a sentar dicha doctrina al considerarla sistemáticamente una pena accesoria, pero pena al fin y al cabo. El artículo 57 condiciona su aplicación a dos requisitos:

a) la gravedad de los hechos y b) el peligro que el delincuente represente y, ambas han de confluír acumulativamente según expresa el precepto. Pues bien, el delito de homicidio es un delito grave y tributario de tal pena accesoria, en principio y en atención a su relevancia penal. El segundo requisito exige un juicio de pronóstico sobre hipotéticas represalias o actos de venganza, no se trata por tanto de atender a la hipotética peligrosidad criminal, ni está pensada únicamente para tranquilizar a la víctima, pues no puede perderse de vista que está en juego la libertad de libre circulación de las personas que ostenta rango de derecho fundamental conforme al artículo 19 de la Constitución Española.

Ahora bien, en el caso enjuiciado aparecen aquellos rasgos que hacen temer una represalia o venganza, cuando no una repetición del hecho. En efecto, a los forenses (folio 81) les manifestó que desde hace muchos años se siente perseguido, difamado y humillado por parte del Alcalde de Colera, por lo que diagnosticaron una fijación y un componente paranoico, que le lleva a atribuir a aquél la pintada de un pene con dos testículos que vio pintados en una ocasión en una pared de la localidad de Port de la Selva. Asimismo destacaron y ratificaron en el plenario que tiene un alto grado de peligrosidad unidireccional hacia el Alcalde de Colera y ello, de no seguir tratamiento

hace que el contacto de víctima y agresor sea preocupante en cuanto a la posible reincidencia. Con tal pronóstico la Sala entiende aplicable la pena accesoria durante cuatro años, una vez cumplida la sentencia. No hacemos mención en orden al tratamiento psiquiátrico, en tanto que ello supone la aplicación de una eximente completa o incompleta por enajenación mental, lo que en el caso presente no ocurre (sic).

Pues bien, a pesar de que su ubicación y estructura de referencia no merezca el calificativo de la más adecuada, podemos afirmar que, dados los términos en que está concebida y de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 33, 39, 40, 48, 57 y 59 del Nuevo Código Penal de 1995, la limitación a la libertad de circulación (derecho fundamental según art. 19 CE) cuestionada, viene a cancelar esencialmente la problemática suscitada en torno a la exégesis de la precedente normativa y, en concreto, a la naturaleza de dicha pena.

En la actualidad, la prohibición de que el reo no vuelva al lugar en que haya cometido el delito queda definida legislativamente y, en lo que aquí interesa, en la Sección 5.ª del Capítulo I del Título III del Código Penal (art. 57), como una pena accesoria impropia, privativa de derechos (art. 39), grave si excede de 3 años (art. 33) y de aplicación discrecional o facultativa motivada (art. 57) que por sus especiales características: a) referenciarse en determinados delitos y circunstancias acumulativas (las enumeradas en dicho art. 57) y no en otras penas (lo que excluye la aplicación del art. 79); y b) dado que su duración no se vincula a la de la pena principal desmarcándose así de la previsión general contenida en el artículo 33.6.º para las penas accesorias, sino que tiene una específica máxima de cinco años (art. 57), permite su imposición sin merma de principio alguno que deba salvaguardarse ni tacha de interpretación «contra reo» en los términos jurisdiccionales que el recurso cuestiona, dado que el ejercicio de la doble discrecionalidad normativa (referida tanto a la duración como al momento de inicio del cumplimiento de la pena) se adecua en el presente supuesto –por su razonada justificación– a la finalidad preventiva especial de tutela a la víctima que empapa la aplicación de tan peculiar restricción deambulatoria del condenado pues de fijarse su cumplimiento simultáneo a base de invocar hipotéticos beneficios penitenciarios se pierde dicha finalidad de prevención convirtiendo en ilusoria la protección que debe dispensarse a la persona agredida. De ahí la desestimación del motivo.

(Sentencia de 23 de febrero de 1999)

Supuestos de aplicación. Momento de inicio de cumplimiento: cuando el condenado comience a disfrutar de los beneficios penitenciarios

Tercero.–El segundo apartado del recurso, se ampara también en el párrafo 1.º del artículo 849 de la LECrim para censurar la infracción del artículo 57 del Código Penal.

Se justifica tal denuncia porque, a juicio de la acusación particular ahora recurrente, «se impone al condenado la prohibición de volver al término municipal de Bilbao durante el tiempo de duración de la condena y seis meses más. Lo que significa que se impone la llamada prohibición de residencia para que se cumpla de forma simultánea a la pena privativa de libertad y no de forma sucesiva, como debería haberse acordado a juicio de esta parte» (sic).

La sentencia de instancia en su fundamento de derecho sexto, dice que «procede imponer al inculcado, atendiendo a las circunstancias concurrentes la pena de un año de prisión (art. 172 del Código Penal) y la prohibición de volver a Bilbao durante el tiempo de la condena y seis meses más, incluso durante los permisos carcelarios y períodos de estancia en establecimiento abierto o libertad condicional» y en correla-

ción con dicho razonamiento la parte dispositiva de la recurrida condena a José Antonio A. G., además de a la pena de un año de prisión «a la prohibición de volver al término municipal de Bilbao durante el tiempo de la condena y seis meses más, incluso durante los períodos carcelarios y períodos de estancia en establecimiento abierto o libertad condicional» (...) «y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria (sic) que se impone en esta resolución le abonamos todo el tiempo de prisión preventiva» (sic).

Entendiendo que, a la vista de dicho fundamento y fallo, podría estarse en presencia de un error, se formalizó recurso de aclaración desestimado por Auto de 18-11-1998 en el que se hacía constar que «los fundamentos jurídicos y la parte dispositiva de la sentencia están en términos claros, la prohibición de volver al término municipal de Bilbao se acuerda para el tiempo de la condena a la pena privativa de libertad, incluso durante los permisos carcelarios y períodos de estancia en establecimiento abierto o libertad condicional y seis meses más que se iniciarían una vez cumplida totalmente la pena privativa de libertad».

Pues bien, no obstante lo acordado por el Tribunal *a quo*, la razón asiste al recurrente ya que sólo en los términos de cumplimiento solicitados por el mismo, es decir, con carácter sucesivo o, lo que es igual, a computar desde que el condenado comenzare a disfrutar de beneficios penitenciarios que implican salidas de la prisión, tiene sentido y cumple su finalidad preventiva especial la prohibición impuesta.

Recientemente —en Sentencia de 23-2-1999— esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el debate que suscita el planteamiento recurrente en términos que abonan su tesis, los cuales, por ilustrativos, hemos de reproducir: podemos afirmar que la limitación a la libertad de circulación cuestionada (derecho fundamental según art. 19 CE), a pesar de que su ubicación y estructura de referencia no merezcan los mejores calificativos, dados los términos en que está concebida y de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 33, 39, 40, 48, 57 y 59 del nuevo Código Penal de 1995, viene a cancelar esencialmente la problemática suscitada en torno a la exégesis de la precedente normativa y, en concreto, a la naturaleza de dicha pena.

En la actualidad, la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que haya cometido el delito queda definida legislativamente y, en lo que aquí interesa, en la Sección 5.ª del Capítulo I del Título III del Código Penal (art. 57), como una pena accesoria impropia, privativa de derechos (art. 39), grave si excede de 3 años (art. 33) y de aplicación discrecional o facultativa motivada (art. 57) que, por sus especiales características: *a*) referenciarse en determinados delitos y circunstancias acumulativas (las enumeradas en dicho art. 57) y no en otras penas (lo que excluye la aplicación del art. 79); y *b*) dado que su duración no se vincula a la de la pena principal —desmarcándose así de la previsión general contenida en el artículo 33.6.º para las penas accesorias—, sino que tiene una específica máxima de cinco años (art. 57), permite su imposición sin merma de principio alguno que deba salvaguardarse ni tacha de interpretación «contra reo», pues el ejercicio de la doble discrecionalidad normativa (referida tanto a la duración como al momento de inicio del cumplimiento de la pena) se adecua en el presente supuesto a la finalidad preventiva especial de tutela a la víctima que empapa la aplicación de tan peculiar restricción deambulatoria del condenado, ya que, de fijarse su cumplimiento simultáneo sobre la base de invocar incidencias penitenciarias, tal como se razonaba en Sentencia de esta Sala de 5-12-1996, se pierde dicha finalidad de prevención convirtiendo en ilusoria la protección que debe dispensarse a la persona agredida.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

Peligrosidad valorable al objeto de aplicación de la prohibición de que el condenado vuelva al lugar del delito

Séptimo.—1. El tercer y último motivo se formula al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 57 del Código Penal.

El acusado aduce que es necesario, para imponer la prohibición de volver el reo al lugar de comisión del delito, una doble circunstancia: la gravedad del hecho y el peligro que representa el reo. A su juicio la agresión sexual no justifica en este caso la imposición de esta pena accesoria porque no hay en la Sentencia recurrida referencia alguna a la peligrosidad del acusado.

2. El motivo debe desestimarse. Esta Sala ya declaró en Sentencia de 29 de enero de 1990 con relación al artículo 67 del Código Penal de 1973, correspondiente con el 57 del vigente Texto Legal, que la valoración de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del autor a los efectos de determinar su aplicación no se funda en circunstancias ajenas al hecho mismo, porque la peligrosidad y la gravedad del delito que debe tenerse en cuenta es precisamente la que se expresa en la comisión del hecho y sea deducible de él.

En definitiva, la peligrosidad valorable no es la subjetiva o personal del acusado como sujeto de posibles delitos futuros, sino la peligrosidad objetiva que es inherente a la situación material que representa, después de la comisión de determinados delitos, la proximidad personal futura entre el delincuente y la víctima o su familia. Situación objetivamente peligrosa en sí misma, dada la probabilidad de enfrentamientos mutuos, por razón de la propia naturaleza del hecho ya cometido. No es por ello necesario para la aplicación de la referida pena accesoria suplementar ese presupuesto valorativo objetivo con otras consideraciones relativas a la posible peligrosidad personal del condenado.

(Sentencia de 2 de octubre de 1999)

ARTÍCULO 66.4

La potestad del juzgador es para rebajar la pena en uno o dos grados, no para aplicar el precepto

Primero.—(...) El motivo común, que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal, debe ser estimado. Sostiene el Tribunal *a quo* en el Fundamento de Derecho V de la sentencia que «el párrafo 4.º del artículo 66 autoriza, pero no obliga a imponer dicha pena en uno o dos grados inferior a la señalada», y estimando tal rebaja inadecuada al supuesto enjuiciado «por la multiplicidad y gravedad de los hechos», omite la aplicación del precepto en cuestión.

No es este, sin embargo, el criterio de esta Sala Segunda, que ya venía siendo aplicado a la regla 5.ª del artículo 61 del Código Penal derogado (véase STS de 4 de abril de 1988) y que es perfectamente extensible al precepto actualmente vigente, estableciéndose la doctrina según la cual, vista la redacción de aquella disposición, procedente del Código de 1932, en relación con el de 1870, se estima obligado rebajar al menos en un grado la pena, y facultativamente en dos (STS, entre otras, de 14 de junio de 1994). Esta doctrina, se repite, debe ser también aplicada al actual artículo 66.4 CP y así lo han declarado numerosos pronunciamientos de este Tribunal Supremo, de los que son exponentes las SS citadas por el Fiscal de 10 de junio y 17 de noviembre de 1997 y 15 de enero de 1998. En la última de las citadas, esta Sala declaraba que «ha de ponerse de relieve que la jurisprudencia más reciente, modificando el criterio anteriormente mantenido sobre el particular, sostuvo —bajo la vigencia del Código Penal de 1973— que, en aplicación de la regla 5.ª del artículo 61, era obligada la

rebaja, en un grado, de la pena señalada al delito; de tal modo que lo únicamente potestativo para el juzgador era rebajar la pena en uno o dos grados. Entre las Sentencias que han marcado la interpretación de referencia, cabe citar las de 21 de octubre de 1993 y la de 14 de junio de 1994. Se argumenta, en la primera de ellas, que la regla 5.ª del artículo 61 del Código Penal de 1973, desde el punto de vista histórico, tienen sus antecedentes en el artículo 82.5 del Código de 1870 (en el que se disponía que «cuando sean dos o más, y muy cualificadas, las circunstancias atenuantes y no concurra ninguna agravante, los Tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley»; de modo que la rebaja de la pena venía impuesta), y en el artículo 67.5.ª del Código de 1932, en cuya Exposición de Motivos se explicaba que la reforma introducida en el texto de la norma correlativa –similar al de la regla 5.ª del artículo 61 del Código Penal de 1973– tenía la finalidad de abrir el arbitrio judicial «para rebajar las penas en caso de atenuación calificada»; defendiendo así, desde el punto de vista teleológico, un criterio menos rígido y más humano en la aplicación de las penas. Se decía, además, que al mismo resultado conducía una interpretación sistemática de la citada norma, por cuanto, de no ser obligatoria la rebaja de la pena, al menos en un grado, podría dejarse sin contenido la regla 5.ª del artículo 61 y llevaría al absurdo de preverse un supuesto de hecho vacío de respuesta, lo que mal se compagina con el contexto de todas las reglas del expresado artículo 61, con la posible ilógica consecuencia de pensarse más gravemente el supuesto de que concurren dos circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada que el de que concurra una única atenuante o, incluso, ninguna».

En consecuencia, éste también ha de ser el criterio aplicable al nuevo Texto Legal, máxime en casos como el presente en que se aprecia la concurrencia de dos atenuantes sin la presencia, al propio tiempo, de agravante alguna, con lo que se evita, además, la equipación *contra legem* de las reglas 2.ª y 4.ª del artículo 66 del Código Penal.

(Sentencia de 1 de marzo de 1999)

Concurriendo una atenuante muy cualificada es obligado rebajar la pena en un grado y facultativo en dos

Segundo.–(...) Efectivamente, según lo dictaminado por el Fiscal, la concurrencia de una atenuante muy cualificada sólo obligaba al Tribunal enjuiciador a rebajar la pena en un grado, conforme al criterio del Pleno de esta Sala, interpretativo del artículo 66.4 del CP de 1995, que tuvo lugar el 22 de marzo de 1998, siendo de la libre discrecionalidad de la Audiencia la reducción en un segundo grado. No es revisable por tanto el pronunciamiento de la Sentencia impugnada en que se condenó a Serafín V. O. a la pena de un año y seis meses de prisión, en correcta aplicación del criterio de rebajar la pena en un grado expuesto en el fundamento segundo de la mencionada resolución, por concurrencia de la atenuante 2.ª del artículo 21 del CP de 1995 como muy cualificada. La pena privativa de libertad correspondiente al delito tipo imputado, de tráfico de drogas de las que causan grave daño a la salud, oscilaba, según lo dispuesto en el artículo 368 del CP de 1995, entre tres y nueve años de prisión.

(Sentencia de 12 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 74

Delito continuado. Doctrina general

Sexto.–(...) La figura del delito continuado, que tiene antecedentes en los glosadores italianos de la Baja Edad Media, con el fin de evitar las penas demasiado eleva-

das, incluso la de muerte, que estaban previstas para los casos de repetición de delitos contra la propiedad, en España, en el presente siglo, fue introducida por la doctrina y la jurisprudencia, al margen de la legislación penal que sólo la reguló en el CP/1928 de tan escasa vigencia y luego en la LO 7/1982 relativa al Contrabando.

Fue en la importante modificación legislativa del CP de 25 de junio de 1983 cuando se introdujo la fórmula (art. 69 bis) que desde entonces ha estado vigente y ha sido reproducida en lo esencial, salvo en la penalidad, en el CP/1995 (art. 74).

Ya refiriéndonos a este último código, ahora en vigor, y prescindiendo de lo que tal artículo 74, en su apartado 2, dispone para lo que la doctrina ha venido denominando «delito-masa», podemos decir que son cuatro los requisitos exigidos en tal artículo 74.1 y 3:

1.º Una pluralidad de acciones u omisiones imputadas a la misma persona y constitutivas cada una de ellas, individualmente consideradas, de sendos delitos o faltas.

2.º Que estas acciones u omisiones infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza.

3.º Que los delitos o faltas referidos no ofendan a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo que se trate de delitos contra el honor o la libertad sexual en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

4.º Que esos delitos o faltas se realicen en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

Concurriendo todos estos requisitos, esas varias acciones que, aisladamente consideradas, podrían constituir infracciones penales independientes, en atención a esa doble homogeneidad, objetiva (requisito 2.º) y subjetiva (requisito 4.º), son reputadas por el legislador como un solo delito o falta que ha de pensarse con la sanción prevista para el más grave de todos los concurrentes en su mitad superior.

Tal forma de sancionar constituye una novedad del CP/1995 en relación con la legislación anterior: la agravación de la pena («se impondrá en su mitad superior») ahora es preceptiva mientras que la del artículo 69 bis CP/1973 («podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior») tenía carácter facultativo. Y esto tiene gran importancia en la casación, porque de hecho era rara la vez en que los Tribunales de instancia utilizaban esa facultad de elevación de la pena prevista en el artículo 69 bis, de modo que la calificación del hecho como delito continuado era irrelevante para la determinación de la pena.

Ahora, con el carácter preceptivo de esa agravación prevista en el artículo 74.1 CP/1995, la cuestión cambia radicalmente, pues la consideración de unos hechos como delito continuado siempre tendrá incidencia en la fijación de la sanción, como ha ocurrido en el caso presente.

(Sentencia de 18 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 74.2

Facultad potestativa del juzgador de imponer la pena superior en uno o dos grados

Tercero.—(...) En definitiva, la pena cuestionada es la correspondiente a un delito continuado de estafa, concurriendo una circunstancia atenuante. Según el artículo 74.1 del Código Penal, procede imponer en estos casos «la pena señalada para la infracción

más grave, ... en su mitad superior»; y, según el apartado 2 del mismo artículo, «si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado»; precisando, a continuación, que «en estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiese perjudicado a una generalidad de personas».

Entiende este Tribunal que la obligada referencia al «perjuicio total causado», a la hora de fijar la pena correspondiente en los delitos continuados «contra el patrimonio» (art. 74.2, inciso primero, del Código Penal), junto con la previsión legal de que en tales delitos el Juez o Tribunal impondrá la pena superior en uno o dos grados «si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiese perjudicado a una generalidad de personas» (art. 74.2, inciso segundo del Código Penal), debe ser interpretada como una regla singular para la determinación de la pena correspondiente en tales supuestos, al margen de la prevista con carácter general en el apartado 1 del mismo artículo, aplicable lógicamente a los restantes tipos de delito continuado, de tal modo que el órgano jurisdiccional, en atención a la pequeña o moderada entidad del «perjuicio total causado», pueda imponer al culpable, incluso, la pena correspondiente al tipo básico de que se trate, sin verse obligado a hacerlo en la mitad superior de dicha pena (vease Sentencia de 23 de diciembre de 1998).

De no interpretarse así el precepto, carecería de sentido la obligada referencia al «perjuicio total causado», impuesta al juzgador en el Texto Legal a la hora de determinar la pena a imponer a este tipo de delitos continuados, y, al propio tiempo, impediría al órgano jurisdiccional atemperar la pena a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del sujeto, de modo especial en los casos en que se haya apreciado el delito continuado con hechos constitutivos de simple falta, infracciones meramente intentadas e, incluso, con infracciones consumadas de escasa entidad; mientras se prevé la posibilidad de aplicar una importante agravación penológica para los casos en que los hechos revistieren una «notoria gravedad» y afectasen a una «generalidad de personas».

El Código Penal castiga el delito de estafa con pena de prisión «de seis meses a cuatro años, si la cuantía de lo defraudado excediere de cincuenta mil pesetas» (art. 249 CP). El artículo 66.2.º del mismo Cuerpo Legal, por su parte, establece que «cuando concorra sólo una circunstancia atenuante —como es el caso—, los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la ley para el delito».

Esta Sala, teniendo en cuenta la suma total de lo defraudado (trescientas setenta y una mil setenta y siete pesetas), estima procedente imponer al acusado la sanción básica prevista en el artículo 249 del Código Penal. Por tanto, al apreciarse una circunstancia atenuante, tal pena no puede exceder, en ningún caso, de la mitad de la legalmente prevista (dos años y tres meses). Como quiera, pues, que la pena impuesta por el Tribunal de instancia es superior al máximo legalmente permitido, procede la estimación de este motivo.

(Sentencia de 17 de marzo de 1999)

En los delitos contra la propiedad, si la continuidad ya se ha tenido en cuenta para convertir las faltas en delito, no procede imponer la pena en la mitad superior

Segundo.—(...) La impugnación del Fiscal relativa a la pena impuesta al delito continuado de estafa no debe acogerse, sin embargo, ya que en el presente supuesto no procede la aplicación de la regla general penológica contenida en el ap. 1 del artículo 74 del CP de 1995, cuya compatibilidad con la regla del ap. 2 ha sido admitida por la

jurisprudencia (SS. de 24-11-1984, 6-4-1989, 21-9 y 9-10-1992 y 22-11-1997), en relación a las normas similares contenidas en el artículo 69 bis del CP de 1973. En el caso de autos, la aplicación de la regla específica penológica establecida en el ap. 2 del artículo 74 del CP de 1995, para las infracciones continuadas contra el patrimonio, determina que las concretas acciones defraudatorias englobadas, integrantes de falta, se eleven a la categoría de delito, en atención a la suma de las cuantías de las mismas. Cada extracción de 50.000 ptas. del cajero automático, y cada adquisición de ropa en el establecimiento «Gonzalo Comella», por importe inferior a las 50.000 ptas. abonada mediante el correspondiente mandato de pago fingido en la firma de la acusada, constituía una falta de las previstas en el núm. 4.º del artículo 623 del CP de 1995. La clara continuidad entre las siete infracciones determinó, por aplicación de la regla 2 del artículo 74, que la suma de las cuantías de las faltas origine una defraudación continuada global por importe de 267.210 ptas., integrante de delito de estafa, amparado en los núms. 1 y 2 del artículo 248 del CP de 1995; habiéndose admitido por la jurisprudencia de esta Sala (SS. 15-4 y 18-5-1992), y por el Pleno de la misma en Junta celebrada el 27-3-1998, la posibilidad de conversión de las faltas contra la propiedad en delitos por la vía de la continuidad.

Ahora bien, aceptado el efecto agravatorio importante, de la conversión de faltas en delito, como consecuencia de la suma de las cuantías establecida en la regla 2 del artículo 74 del CP, por razón de la continuidad entre infracciones delictivas contra el patrimonio no cabe además añadir la consecuencia agravatoria prevista en la regla 1 del artículo 74, e imponer la pena correspondiente al delito en su mitad superior, ya que ello supondría una interpretación forzada y extensiva, y en contra del reo, de esta última regla, no aceptable.

(Sentencia de 14 de julio de 1999)

En delitos continuados contra el patrimonio: no necesariamente tiene que imponerse la pena en su mitad superior, sino que se adecuara, en cada caso, al perjuicio total causado

Segundo.—El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la supuesta vulneración del artículo 252 en relación con el 74 del Código Penal. Estima la parte recurrente que no debió apreciarse un delito continuado de apropiación indebida, dado que ninguna de las apropiaciones, individualmente contabilizada, superó las 50.000 pesetas.

En el caso actual se ha aplicado el párrafo 2.º del artículo 74 del Código Penal que establece que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado». Tratándose de una pluralidad de apropiaciones (13), realizadas en días sucesivos, con idéntica mecánica comisiva y aprovechando idéntica ocasión, por importe total de 228.250 ptas., la aplicación del párrafo 2.º del artículo 74 es plenamente correcta, por lo que el motivo debe ser desestimado. Máxime cuando el Tribunal sentenciador, con buen criterio, ha considerado este párrafo autónomamente, en el sentido de no venir condicionado por la penalidad establecida en el primero, y ha prescindido, por ello, de la imposición de la pena en su mitad superior, conforme a la reciente doctrina de esta Sala.

En efecto, señala la Sentencia núm. 443/1999, de 17 de marzo, que «Entiende este Tribunal que la obligada referencia al “perjuicio total causado”, a la hora de fijar la pena correspondiente en los delitos continuados “contra el patrimonio” (art. 74.2, inciso primero, del Código Penal), junto con la previsión legal de que en tales delitos el Juez o Tribunal impondrá la pena superior en uno o dos grados “si el hecho revistiere notoria

gravedad y hubiese perjudicado a una generalidad de personas” (art. 74.2 inciso segundo del Código Penal), debe ser interpretada como una regla singular para la determinación de la pena correspondiente en tales supuestos, al margen de la prevista con carácter general en el apartado 1 del mismo artículo, aplicable lógicamente a los restantes tipos de delito continuado, de tal modo que el órgano jurisdiccional, en atención a la pequeña o moderada entidad del “perjuicio total causado”, pueda imponer al culpable, incluso, la pena correspondiente al tipo básico de que se trate, sin verse obligado a hacerlo en la mitad superior de dicha pena» (v. S. de 23 de diciembre de 1998).

De no interpretarse así el precepto, carecería de sentido la obligada referencia al «perjuicio total causado», impuesta al juzgador en el texto legal a la hora de determinar la pena a imponer a este tipo de delitos continuados, y, al propio tiempo, impediría al órgano jurisdiccional atemperar la pena a la gravedad de los hechos y a la culpabilidad del sujeto, de modo especial en los casos en que se haya apreciado el delito continuado con hechos constitutivos de simple falta, infracciones meramente intentadas e, incluso, con infracciones consumadas de escasa entidad; mientras se prevé la posibilidad de aplicar una importante agravación penológica para los casos en que los hechos revistieren una «notoria gravedad» y afectasen a una «generalidad de personas».

En consecuencia la aplicación del párrafo segundo del artículo 74 del Código Penal 1995 no determina la necesidad de imponer la pena en la mitad superior, sino que ésta se adecuará, en cada caso, al «perjuicio total causado», como se ha efectuado acertadamente en el caso actual.

(Sentencia de 28 de julio de 1999)

ARTÍCULO 76

No procede la acumulación al cometerse los hechos de las condenas con posterioridad a las sentencias a las que se pretenden refundir: la idea reeducadora y el loable espíritu de humanidad no permite llevar la analogía y el criterio judicial a extremos excesivamente ilógicos

Segundo.—Como introducción a lo que ahora se ha de consignar, justo es que se reseñe, una vez más, lo que constituye una sólida y reiterada doctrina de esta Sala Segunda en orden a la refundición de condenas. Doctrina que, se insiste, ha de ser recordada aún a fuer de incurrir en repetición de lo tantas veces señalado.

De acuerdo con las recientes Sentencias de 5 de mayo, 6 de abril y 26 de febrero de 1998, de principio ha de señalarse que la acumulación de penas, como cuestión jurídico-penal a tratar lo más favorablemente posible en favor del reo, admite desde luego una clara interpretación extensiva que no impide reconocer las innegables deficiencias de las reglas al instituto de la acumulación atinentes, porque en él se mezclan situaciones jurídicas diferentes como lo son el concurso de delitos que es un concepto ciertamente complejo que pertenece al Derecho penal material, de un lado, y los delitos conexos que hacen referencia sustancialmente al derecho procesal penal cuando distintos hechos unidos entre sí por un determinado nexo común obligan a un enjuiciamiento unitario, de otro.

Todo cuanto se refiera a la acumulación de las penas ha de partir de la idea reeducadora que a través de la reinserción viene establecida en el artículo 25.2 de la Constitución. Es así que, de la mano de la proporcionalidad, la modificación operada por la Ley de 8 de abril de 1967 amplió el ámbito procesal del sistema de acumulación de penas, permitiendo que la limitación penológica establecida en el artículo 70.2 del Código Penal pudiera aplicarse a penas impuestas en distintos procesos si los hechos, por su conexión,

hubieran podido ser enjuiciados en uno sólo. A tales efectos es el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el que establece un procedimiento incidental para alcanzar tal acumulación siempre que concurren alguno de los criterios que para la conexión procesal se establecen en el artículo 17 de la misma Norma Adjetiva, aunque los distintos delitos cometidos hayan sido sancionados a través de causas distintas, en el contexto de esa conexión cada vez menos valorada como requisito de la exigencia procesal.

Aunque el derecho del penado a promover el incidente de acumulación de penas se integre en la tutela judicial efectiva, como en su día se dijo por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1987, es preciso que el amplio y generoso criterio tendente a favorecer al reo (ver las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1992 y 28 de junio de 1984 no desemboque en la arbitrariedad, de ahí que para formar un justo criterio deba acudirse a plurales circunstancias de tiempo, lugar, bien jurídico lesionado, precepto infringido, *modus operandi* del agente, etc., huyendo por supuesto de posturas restrictivas para buscar sólidos principios benefactores. Pero el espíritu, loable, de humanidad no permite llevar la analogía y el criterio judicial a extremos rechazables por excesivamente ilógicos.

Al respecto debe decirse ya que las normas que se alegan para el beneficio penal que se busca, pueden y deben servir de apoyo a la acumulación en razón a los parámetros antes dichos, mas también dentro de lo lógico porque la huida de criterios restrictivos o el apoyo de criterios beneficosos para el reo no pueden nunca llevar a lo irracional, a lo ilógico y al absurdo, adjetivos éstos a tener en cuenta en aquellos casos en los que la conexión resulta forzada e inadecuada aún a pesar del espíritu generoso y humanitario con que la acumulación de penas debe contemplarse.

Tercero.—De toda la doctrina anteriormente expuesta, surgen, como esenciales para la acumulación, los conceptos referentes a la conexidad, al *modus operandi* de las distintas acciones, a la analogía y al esencial requisito temporal en cuanto a la fecha de las condenas que tienen que ser anteriores a la fecha de la sentencia firme.

La analogía, en la línea doctrinal expuesta, requiere desde luego una cierta cercanía en el tiempo y en el lugar, aunque la determinación exacta, cuantitativamente hablando, origine a veces criterios dispares, también la similitud de los preceptos infringidos o el *modus operandi* de que el acusado hubiese hecho gala, tal y como también más arriba ha sido referido.

Sin embargo, por encima de tales conceptos, es evidente que la evolución jurisprudencial, conforme con lo hasta aquí explicado, soslaya cualquier clase de interpretación rígida, declarándose la posibilidad de la refundición de condenas, a través del concurso real entre las diversas infracciones, para todos los hechos acaecidos anteriormente, si se trata de penas pendientes de cumplimiento y si se trata también de delitos que, al iniciarse la causa a la que las demás se pretende acumular, no hubieren sido ya sentenciados.

La Sentencia de 11 de enero de 1997 disminuye la importancia de la conexidad para insistir en el requisito temporal de que los hechos nuevos no sean posteriores a la firmeza de la sentencia anterior, o de las sentencias anteriores que se quieren acumular a la última dictada, dicho sea en palabras distintas pero parecidas a las empleadas en otras resoluciones de ese Tribunal.

(Sentencia de 30 de marzo de 1999)

Criterio de conexidad temporal: exigencia irrenunciable de que las penas pudieran haberse impuesto en un solo proceso; peligrosa sensación de impunidad que supondría obviar esta exigencia

Segundo.—Se denuncia también, en base al artículo 5.4 LOPJ, la infracción del artículo 18 CE que consagra el derecho a la integridad y prohíbe las penas y tratos

inhumanos y degradantes, así como del 25.2 CE, que alude a la reeducación y la reinserción social como objetivo de las penas privativas de libertad, objetivos que no podrían alcanzarse en los supuestos en que, por aplicación de la legislación ordinaria, las penas privativas de libertad a cumplir resultaran superiores a los treinta años.

Precisamente el mensaje que encierran los preceptos constitucionales invocados por el recurrente ha sido uno de los elementos inspiradores de la modificación operada en el actual artículo 76 CP en relación con su homólogo artículo 70 CPD, fijándose el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena en veinte años (salvo las excepciones previstas en el propio precepto) en lugar de los treinta que establecía el Código derogado, y, sobre todo, de la moderna doctrina jurisprudencial (*verbi gratia*, SSTS de 17 de octubre de 1997, 16 de enero, 3 de febrero y 6 de marzo de 1998) que interpreta en la forma más favorable para el reo el requisito de la conexidad para la acumulación de las penas, aplicando el concepto de «conexidad temporal» al que nos hemos referido en el epígrafe anterior. Pero esta interpretación tiene su límite, justamente, en las penas impuestas por delitos que hubieran podido enjuiciarse en un solo proceso, pues otro caso, como decíamos en nuestra Sentencia de 4 de marzo de 1998, se produciría una peligrosa sensación de impunidad en el sujeto respecto de los delitos que en el futuro pudiera cometer, de tal modo que «la regla del artículo 70.2 CP, no haría sino eliminar, respecto de autores que revelan una especial tendencia al delito, el efecto intimidante de las amenazas penales» (STS de 5 de febrero de 1998) lo que, obviamente, quebrantaría la equidad y el propio espíritu constitucional.

(Sentencia de 30 de marzo de 1999)

Período de cumplimiento continuado superior a treinta años de prisión: procede la acumulación exigencias constitucionales aunque los delitos no fueran susceptibles de enjuiciamiento conjunto, si bien dejando a salvo los delitos cometidos durante el cumplimiento de la condena, dentro o fuera de la prisión

Segundo.—Como recuerdan las Sentencias núms. 1249/1997, de 17 de octubre, 11/1998, de 16 de enero, 109/1998 y 216/1998, respectivamente de 3 y 20 de febrero, 328/1998, de 10 de marzo, 756/1998, de 29 de mayo, 884/1998, de 29 de junio, 1249/1997, de 17 de octubre y 1348/1998 y 1394/1998, de 10 y 17 de noviembre, entre otras, la doctrina más reciente de esta Sala acoge un criterio muy favorable al reo en la interpretación del requisito de conexidad que para la acumulación jurídica de penas exigen los artículos 988 de la LECrim y 70 del Código Penal 1973 (hoy 76 Código Penal 1995), estimándose que lo relevante, más que la analogía o relación entre sí, es la conexidad «temporal», es decir, que los hechos pudiesen haberse enjuiciado en un solo proceso, atendiendo al momento de su comisión. Teniendo en cuenta que el artículo 988 de la LECrim dispone que la acumulación se realizará por el Juez o Tribunal que hubiese dictado la última sentencia, ello implica que son acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a esta última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, pues todos ellos podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso.

Quedan excluidos, por tanto, de un lado los hechos que ya estuviesen sentenciados cuando se inicia el período de acumulación contemplado, y de otro los hechos posteriores a la última sentencia que determina la acumulación, pues ni unos ni otros podrían haber sido enjuiciados en el mismo proceso.

Tercero.—La resolución impugnada no se aparta de la aplicación estricta de esta doctrina, al establecer dos grupos de causas a los efectos de refundición de las condenas, pues efectivamente no todas ellas podrían haberse enjuiciado conjuntamente, al haberse cometido las acciones del segundo grupo después de haber sido sentenciadas las del primero.

Ahora bien, el caso actual debe contemplarse también desde otra perspectiva de análisis, acogida por el Ministerio Fiscal en su apoyo parcial al recurso, con cita de doctrina de esta Sala como la contenida en la Sentencia de 13 de marzo de 1998. En efecto nos encontramos ante un supuesto en el que, como consecuencia de diversos factores entre ellos la revocación de los beneficios de la condena condicional concedida en relación con los primeros hechos delictivos objeto de enjuiciamiento, la suma de las penas impuestas y pendiente de cumplimiento efectivo supera los treinta años.

El antecedente de hecho tercero de la resolución recurrida señala que el recurrente, en la actualidad y tras habersele revocado los beneficios de la condena condicional, se halla cumpliendo las penas impuestas por aplicación del Código Penal de 1973 en una serie de sentencias firmes, que pertenecen a los dos grupos de condenas refundidas separadamente en el auto impugnado, de modo que según la liquidación de condena practicada inició su cumplimiento el 29 de enero de 1986 y finalizará el 18 de agosto del 2030, es decir, más de cuarenta y cuatro años de cumplimiento continuado. Esta situación no se remedia mediante la acumulación jurídica efectuada en la resolución impugnada, pues al refundirse las condenas en dos grupos separados, de cumplimiento sucesivo, el primero sumando dieciocho años y el segundo veinticuatro, nos encontramos en cualquier caso con un cumplimiento continuado de cuarenta y dos años.

Como señalan diversas Resoluciones de esta Sala, como las de 18 de febrero, 8 de marzo, 3 de mayo, 20 de octubre, 4 de noviembre y 27 de diciembre de 1994, así como la de 13 de marzo de 1998, citada por el Ministerio Fiscal, en estos casos límite en que el juego de la normativa de la acumulación determine un período de cumplimiento continuado superior a la limitación legal de los treinta años, debe acudir a la interpretación de la norma desde la perspectiva constitucional (art. 25.2, orientación de las penas hacia la reinserción social del penado y art. 15, proscripción de las penas o tratos inhumanos o degradantes) que debe primar, en estos supuestos extremos, sobre las exigencias derivadas de la legislación ordinaria, razón por la cual el máximo de treinta años podrá aplicarse aun cuando no todos los hechos hubiesen sido susceptibles de enjuiciamiento conjunto.

Naturalmente dicha limitación, aplicable en aquellos supuestos en que estén pendientes de cumplimiento continuado penas que rebasen el límite temporal de los treinta años en el momento de efectuarse la acumulación jurídica, no será aplicable a aquellos hechos que pudieran cometerse en el futuro, bien tras el cumplimiento de la condena, o bien durante la misma, dentro o fuera del Centro Penitenciario, pues el respeto de los principios constitucionales abarca también la tutela de los bienes jurídicos que pudiesen estar afectados por eventuales acciones delictivas futuras, siendo necesario mantener el efecto preventivo derivado de la conminación penal (STS 1586/1998, de 21 de diciembre).

(Sentencia de 21 de mayo de 1999)

Criterio de conexidad temporal: son acumulables todas las sentencias cuyos hechos fueron cometidos con anterioridad a la firmeza de la última sentencia: las penas que ya fueron objeto de acumulación no pueden volver a ser anuladas en acumulaciones sucesivas

Segundo.—Como acertadamente recuerda la Audiencia, toda la doctrina aplicable a esta materia es de rigor aunque las penas se hubieren impuesto en distintos procesos

si los hechos por su conexión pudieran haberse enjuiciado en uno solo, más siempre con un límite infranqueable en el sentido de que nunca puede llevarse a cabo la acumulación respecto de hechos realizados después de dictada una sentencia con anterioridad de cosa juzgada. Ello significa, en otras palabras, que se deben declarar acumulables las penas impuestas a los hechos cometidos antes de la fecha de la firmeza en la primera sentencia que adquirió tal condición, lo cual no obsta para que los cometidos con posterioridad a dicha fecha deban ser tratados con el mismo criterio, pero sin acumular a los anteriores.

La doctrina jurisprudencial es ya reiterada y profusa, tal así se proclama, entre otras, en las Sentencia de 26 de febrero de 1998 que expresamente señala que de principio ha de indicarse que la acumulación de penas, como cuestión jurídico-penal a tratar lo más favorablemente posible en favor del reo, admite desde luego una clara interpretación extensiva que no impide reconocer las innegables deficiencias de las reglas al instituto de la acumulación atinentes, porque en él se mezclan situaciones jurídicas diferentes como lo son el concurso de delitos que es un concepto ciertamente complejo que pertenece al derecho penal material, de un lado, y los delitos conexos que hacen referencia substancialmente al derecho procesal penal cuando distintos hechos unidos entre sí por un determinado nexo común obligan a un enjuiciamiento unitario, de otro.

Todo cuanto se refiera a la acumulación de las penas ha de partir de la idea reeducadora que a través de la reinserción viene establecida en el artículo 25.2 de la Constitución. Es así que, de la mano de la proporcionalidad, la modificación operada por la Ley de 8 de abril de 1967 amplió el ámbito procesal del sistema de acumulación de penas, permitiendo que la limitación penológica establecida en el artículo 70.2 del Código Penal pudiera aplicarse a penas impuestas en distintos procesos si los hechos, por su conexión, hubieran podido ser enjuiciados en uno sólo. A tales efectos es el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el que establece un procedimiento incidental para alcanzar tal acumulación siempre que concurren alguno de los criterios que para la conexión procesal se establecen en el artículo 17 de la misma norma adjetiva, aunque los distintos delitos cometidos hayan sido sancionados a través de causas distintas, en el contexto de esa conexión cada vez menos valorada como requisito de la exigencia procesal.

Tercero.—Aunque el derecho del penado a promover el incidente de acumulación de penas se integre en la tutela judicial efectiva, como en su día se dijo por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1987, es preciso que el amplio y generoso criterio tendente a favorecer al reo (ver las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1992 y 28 de junio de 1984) no desemboque en la arbitrariedad, de ahí que para formar un justo criterio deba acudir a plurales circunstancias de tiempo, lugar, bien jurídico lesionado, precepto infringido, *modus operandi* del agente, etc., huyendo por supuesto de posturas restrictivas para buscar sólidos principios benefactores. Pero el espíritu, loable, de humanidad no permite llevar la analogía y el criterio judicial a extremos rechazables por excesivamente ilógicos.

Al respecto debe decirse ya que las normas que se alegan para el beneficio penal que se busca, pueden y deben servir de apoyo a la acumulación en razón a los parámetros antes dichos, mas también dentro de lo lógico porque la huida de criterios restrictivos o el apoyo de criterios benefactores para el reo no pueden nunca llevar a lo irracional, a lo ilógico y al absurdo, adjetivos estos a tener en cuenta en aquellos casos en los que la conexión resulta forzada e inadecuada aún a pesar del espíritu generoso y humanitario con que la acumulación de penas debe contemplarse.

La Sentencia de 17 de febrero de 1997 completa tal criterio cuando afirma que de toda la doctrina anteriormente expuesta, surgen, como esenciales para la acumulación,

los conceptos referentes a la conexidad, al *modus operandi* de las distintas acciones, a la analogía y al esencial requisito temporal en cuanto a la fecha de las condenas que tienen que ser anteriores a la fecha de la sentencia firme.

La analogía, en la línea doctrinal expuesta, requiere desde luego una cierta cercanía en el tiempo y en el lugar, aunque la determinación exacta, cuantitativamente hablando, origine a veces criterios dispares, también la similitud de los preceptos infringidos o el *modus operandi* de que el acusado hubiese hecho gala, tal y como también más arriba ha sido referido.

Sin embargo, por encima de tales conceptos, es evidente que la evolución jurisprudencial, conforme con lo hasta aquí explicado, soslaya cualquier clase de interpretación rígida, declarándose la posibilidad de la refundición de condenas, a través del concurso real entre las diversas infracciones, para todos los hechos acaecidos anteriormente, si se trata de penas pendientes de cumplimiento y si se trata también de delitos que, al iniciarse la causa a la que las demás se pretende acumular, no hubieren sido ya sentenciados.

La Sentencia de 11 de enero de 1997 disminuye la importancia de la conexidad para insistir en el requisito temporal de que los hechos nuevos no sean posteriores a la firmeza de la sentencia anterior, dicho sea en palabras distintas pero parecidas a las empleadas en otras resoluciones de ese Tribunal.

(Sentencia de 21 de mayo de 1999)

Corresponde la acumulación al Juzgado o Tribunal que dictó la última sentencia no al que declaró la firmeza de su sentencia en último lugar

Cuarto.—El Ministerio Fiscal, por último, ha planteado en su escrito de impugnación la posibilidad de que la resolución recurrida sea declarada nula, no porque se acepte la tesis del recurrente —con la que, por otra parte, manifiesta su acuerdo— sino porque se considere que el Tribunal que la ha dictado no era el competente para resolver sobre la acumulación, toda vez que si bien había dictado efectivamente la última de las sentencias que podían ser acumuladas, no fue esta Sentencia la última en alcanzar firmeza. La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valencia dictó Sentencia, en el sumario 30/1987 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Valencia, el día 20 de octubre de 1987, produciéndose la firmeza el día 12 de noviembre del mismo año. Por su parte, la Sección 4.ª de la misma Audiencia, en el sumario 1/1985 del Juzgado de Instrucción núm. 5 de la misma ciudad, dictó Sentencia igualmente condenatoria el 12 de julio de 1986 retrasándose la firmeza hasta el 3 de febrero de 1988, unos meses después de que fuese firme la anterior resolución. Entiende esta Sala que, no habiendo sido suscitada la cuestión hasta este momento, y sin perjuicio de que la misma pueda ser abordada y analizada en profundidad en otra ocasión, no procede ahora hacer la declaración de nulidad a que ha hecho alusión el Ministerio Fiscal, no solamente por poderosas razones de economía procesal y consideraciones vinculadas al respeto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, sino también porque la literalidad del segundo párrafo del artículo 988 LECrim, permite, a primera vista, atribuir la competencia para fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a la regla 2.ª del artículo 70 CP/1973 al «Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia», no figurando en el mencionado precepto procesal una referencia expresa al órgano judicial que haya declarado la firmeza de su sentencia en último lugar.

(Sentencia de 13 de octubre de 1999)

ARTÍCULO 77

Penalidad correspondiente a delitos continuados en concurso medial entre ellos: mitad superior de la mitad superior del delito más grave

Tercero.—(...) La argumentación del Ministerio Fiscal es la de la exigencia no sólo de aplicar el artículo 74 de la continuidad delictiva en relación al delito más grave que es efectivamente el de estafa, castigado con pena de 6 meses a 4 años —artículo 249— frente al de falsedad, castigado con pena de 6 meses a 3 años —artículo 392—, sino que además de aplicar «la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior», como exige el artículo 74, al constatarse un concurso medial de delito entre el delito continuado de falsedad y el delito continuado de estafa, deberá a partir de la fijación de la mitad superior de la pena más grave, imponerse esta pena, a su vez, en la mitad superior por imperio del artículo 77.2.º, precepto que no aparece aplicado en la sentencia sometida a la censura casacional por parte del Ministerio Fiscal.

El motivo debe prosperar, pues de otro modo se ignoraría la existencia del concurso medial de delitos entre la falsedad y estafa y la exigencia penológica del artículo 77 que debe sobreponerse a la ordenada por el artículo 74, de suerte que en casos como el estudiado: delitos continuados en concurso medial debe imponerse la mitad superior de la mitad superior del delito más grave por decirlo de una manera concisa pues sólo esta fórmula permite la aplicación sucesiva de la doble exacerbación penal que exige el artículo 74.1.º y el artículo 77.2.º, con la única limitación que prevé el último inciso del párrafo segundo del indicado artículo que no es de aplicación al caso.

Ello tiene por efecto práctico que frente a la pena impuesta en la sentencia de veintisiete meses y un día —mitad superior de la pena correspondiente a la estafa—, deba imponerse treinta y siete meses y 16 días —mitad superior de la mitad superior del período comprendido entre veintisiete meses y un día y cuarenta y ocho meses—, lo que hace un total convertido en años, meses y días de tres años, un mes y dieciséis días.

(Sentencia de 12 de febrero de 1999)

ARTÍCULO 80

No es posible extender analógicamente la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad a las privativas de derechos

Tercero.—En cualquier caso cabe señalar que la resolución de la Audiencia Provincial, denegando la extensión de la suspensión de condena a las penas privativas de derechos (suspensión de cargo público), aparece razonadamente motivada, y tiene su apoyatura en la ley, que establece la suspensión de condena expresamente para las «penas privativas de libertad» (art. 80.1.º del Código Penal de 1995), y también en la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 209/1993, de 28 de junio). En esta Sentencia 209/1993, el Tribunal Constitucional considera razonable y constitucionalmente legítimo limitar legalmente la suspensión de condena a las penas privativas de libertad y no extenderla a las privativas de derecho, «dada la distinta naturaleza así como las características tan dispares de la prisión y de la suspensión de derechos cívicos o inhabilitación para su ejercicio, cualquiera que sea su carácter», por lo que «el distinto tratamiento al respecto de las penas privativas de libertad y de las restrictivas de derechos tienen un fundamento objetivo y racional de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (STC 209/1993), pudiendo citarse entre estos

criterios el fundamento señalado por la STC 165/1993, de que «la condena condicional está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios, y respecto de las penas privativas de libertad, finalidad explícita en el momento de su implantación».

La alegación referente a que, a través de una interpretación analógica, el Tribunal de Instancia podría extender la suspensión de condena de las penas privativas de libertad a las privativas de derechos, carece de virtualidad impugnatoria en el supuesto actual, pues dicho criterio extensivo abriría, a lo sumo, una posibilidad facultativa al Tribunal sentenciador, pero no determinaría la suspensión preceptiva de estas penas, en contra del razonado criterio del Tribunal *a quo* cuando éste no la estima procedente, como sucede en el presente caso.

Las alegaciones referentes a la impugnación del fallo de la sentencia firme que se ejecuta, que según los recurrentes no debió incluir la suspensión de cargo público, son totalmente extemporáneas en esta fase de ejecución, pues la parte recurrente no ejercitó en su momento, pudiendo hacerlo, el recurso de casación contra la sentencia que ahora se ejecuta. No habiendo agotado los recursos jurisdiccionales procedentes, en su momento, resulta procesalmente inviable entrar ahora en la revisión de los términos del fallo de una sentencia que ya ha adquirido plena firmeza, y en cuyas circunstancias no cabe entrar en este trámite de recurso limitado a la impugnación del auto de suspensión de condena.

(Sentencia de 19 de julio de 1999)

ARTÍCULO 111

Contenido de restitución en caso de alzamiento de bienes: la restitución se concreta en la anulación de los contratos con los que se alzaron los bienes, siempre y cuando las partes adquirentes estén personadas en el proceso penal

Sexto.-1. Exponen los recurrentes que el contenido de la responsabilidad civil *ex delicto* abarcaba, tanto en el Código Penal derogado, como en el vigente, la restitución, la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales. Ahora bien aunque la acción civil que acompaña a la penal es única, es doctrina pacífica, que no existe disponibilidad para el actor a la hora de elegir uno u otro de esos contenidos y, por otra parte, la propia jurisprudencia enseña que, entre estos tres contenidos, existe un orden de prelación.

Por otra parte, señalan que es también consolidada la jurisprudencia de esta Sala como de las Audiencias Provinciales, en orden a entender que en el tipo del alzamiento de bienes, en la medida que el crédito o créditos son anteriores a la comisión de este delito especial impropio de resultado cortado, la responsabilidad civil debe limitarse, en principio, a la nulidad de los contratos o escrituras que hacen posible tal tipo defraudatorio, restableciéndose así el orden jurídico alterado y pudiendo iniciarse de nuevo las acciones civiles correspondientes.

Ahora bien, mantienen que esta doctrina consolidada sólo es de aplicación cuando materialmente ello es posible y ya el propio legislador, en el anterior artículo 102 y en el actual 111 del Código Penal, destaca que la restitución sólo procederá cuando ello es posible. Ponen de relieve que el local de negocio y los parkings, se transmitieron a las sociedades de las que eran administradores únicos los acusados y que estas entidades, a su vez, los transmitieron a terceros de buena fe que procedieron a inscribir sus titularidades dominicales en el Registro de la Propiedad. En consecuencia estiman que, por ello, no era posible interesar la nulidad por lo que era procedente la indemni-

zación de la cantidad correspondiente a las cantidades impagadas más los intereses y los perjuicios materiales o morales que del impago se derivaren, aunque reconocen que en las piezas correspondientes de responsabilidad civil no se han probado más perjuicios que el impago del importe de los créditos y sus correspondientes intereses.

2. En el delito de alzamiento de bienes, el propósito de los autores consiste fundamentalmente en eludir el pago debido a los acreedores, defraudando con ello el principio de responsabilidad universal derivado del artículo 1911 del Código Civil. En consecuencia, el objetivo del proceso penal en la vertiente que afecta a la responsabilidad civil, debe orientarse a la recuperación de la situación jurídica que tenían los acreedores en el momento de realizar los contratos o contraer obligaciones que supongan un pago en dinero por parte de los acreedores. Para conseguir esta finalidad, el sistema procesal penal autoriza introducir principios y disposiciones del campo del Derecho civil que permitan satisfacer las legítimas pretensiones de los acreedores a los que se ha pretendido burlar con maniobras evasivas y fraudulentas.

Como establece el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver, para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles prejudiciales propuestas con motivo de los hechos perseguidos, cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación. La ley procesal dispone, como guía y principio interpretativo, la racionalidad de la intervención del Juez penal en aspectos civiles, ligados con el hecho punible, como los que se derivan de la restitución, reparación o indemnización de perjuicios. No existe ningún obstáculo para que se lleve a efecto esta tarea por el Juez penal y el propio contenido del artículo 6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal refuerza esta postura, al encomendar al Tribunal de lo Criminal nada menos que la tarea de pronunciarse en relación con el derecho de propiedad sobre un inmueble o cualquier otro derecho real, cuando tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión. Si esta facultad máxima se extiende al derecho de propiedad, con más razón se debe admitir la posibilidad de que los Jueces penales, se pronuncien sobre la existencia o inexistencia de relaciones obligacionales de menor fuerza y consistencia que los derechos reales.

3. La determinación de la responsabilidad civil en el ámbito del proceso penal, debe ajustarse a los parámetros y normas establecidos en la esfera del proceso civil ya que así como la acción penal es irrenunciable (artículo 106 de la LECrim), la acción civil es perfectamente disponible bien renunciando a la misma o reservándola para ejercitarla en el proceso civil correspondiente (artículos 107, 110 y 112 de la LECrim). Esta posibilidad se ve reforzada por el contenido del actual artículo 109.2 del Código Penal en el que se dice que el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil.

En el caso presente las acusaciones particulares, únicas partes recurrentes, en el momento de elevar a definitivas sus conclusiones, limitaron la petición de responsabilidad civil a la indemnización de las cantidades debidas más los intereses debidos a partir de la fecha de la sentencia, acotando con ello las posibilidades de perfilar el alcance y contenido de las responsabilidades civiles.

Bien es cierto que el Ministerio Fiscal, en el ejercicio conjunto de las acciones penales y civiles solicitó, en concepto de indemnización civil, que se decretase la nulidad del contrato de dación en pago dejando por tanto los bienes libres a disposición de los acreedores. El Tribunal sentenciador no descarta esta posibilidad, como efecto civil derivado de la condena penal pero advierte, en relación con el caso concreto, que no es posible acordar la nulidad del contrato de dación en pago ya que las entidades a las que se hizo entrega fraudulenta y viciada de los bienes no han sido llamadas al proceso, por lo que se daría la circunstancia de que habría que dictar una resolución, que

les afectase sin haber sido oídos en el juicio ni siquiera en su condición de posibles demandados o interesados.

En el caso de que se hubiere contado con su presencia y se les hubiese dado la oportunidad de argumentar en defensa de su derecho, el Tribunal penal habría tenido que aplicar la teoría tradicional y consolidada que, dispone que en los casos de la existencia de delitos de alzamiento de bienes, la respuesta adecuada, desde el punto de vista civilístico es la de la anulación de los contratos fraudulentamente celebrados con objeto de sustraer los bienes a la acción de los acreedores. Desde el punto de vista del Derecho civil, la solución no presenta objeciones ya que la declaración penal de la existencia del delito y del propósito defraudatorio, nos sitúan ante un acto revestido de apariencia válida pero viciado por aplicación de las normas generales de la validez de los contratos (artículo 1261 del Código Civil) y más concretamente al estar afectado por una causa ilícita, lo que ocasiona la imposibilidad de surtir efecto alguno (artículo 1275 del Código Civil).

4. Las partes recurrentes se limitaron, como ya se ha dicho, a solicitar el pago de las cantidades adeudadas y los intereses devengados desde la fecha de la sentencia, lo que no es posible con arreglo a la posición de nuestra jurisprudencia y a los propios conceptos de responsabilidad civil dimanada del delito que, como dice el artículo 1092 del Código Civil se rigen por las disposiciones del Código Penal. Así el artículo 101 y siguientes del anterior Código Penal, que estaba vigente cuando se cometieron los hechos que ahora se persiguen, contemplan las diversas modalidades de responsabilidad civil. La restitución y la reparación no fueron solicitadas por las acusaciones particulares que se limitaron a postular el pago indemnizatorio de las cantidades adeudadas y sus intereses. Como puede verse, por el tenor literal del antiguo artículo 110 del Código Penal, la indemnización de los perjuicios materiales y morales comprenderá los que se hubiesen causado por razón del delito y es evidente que las cantidades adeudadas y sus posibles intereses habían nacido en virtud de una relación contractual válidamente contraída y concertada con anterioridad al hecho delictivo por lo que no puede establecerse su pago, como consecuencia del delito de alzamiento de bienes.

Por otro lado, no existe obstáculo alguno para que, en los casos en que haya sido debidamente acreditado en la pieza de responsabilidad civil, se pueda concretar una determinada indemnización por los perjuicios derivados de la maquinación engañosa, aunque como ya se ha dicho no afectaran a la deuda contraída con anterioridad por el que se alza con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

(Sentencia de 18 de junio de 1999)

En el delito de alzamiento de bienes la restitución no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable

Único.—Se alega un solo motivo por infracción de ley con base adjetiva en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y fundamento sustantivo en haberse infringido lo dispuesto en el artículo 111.2 del Código Penal por haber acordado la Sala en el fallo de su sentencia la restitución de la tarjeta de transporte al patrimonio del condenado. Por tanto, la petición del recurrente, aún absuelto en la instancia, se reduce a solicitar que esa tarjeta le sea conservada en su poder y con plena disposición, al haberla adquirido legalmente cuando dicho condenado renunció a ella en vista de que había sido embargada para cubrir deudas en favor de terceros.

Para mejor comprensión de ese planteamiento, hemos de indicar con la máxima brevedad los siguientes antecedentes: 1.º Con motivo de un juicio ejecutivo entablado contra el encausado, Rafael R. B., se embargó, entre otros bienes, la indicada tarjeta de transpor-

tes que figuraba a su nombre y que fue tasada en la cantidad de 1.500.000 pesetas, sacándose a subasta el día 15 de enero de 1997 y adjudicada al mejor licitador por precio de 1.000.000 de pesetas, precio que fue entregado, como parte de la deuda, al acreedor ejecutante. 2.º Con anterioridad y concretamente el día 15 de noviembre de 1996, el referido acusado, conociendo que esa tarjeta había sido embargada, renunció expresamente a su titularidad ante la Delegación Provincial de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, entidad que procedió a efectuar su transmisión a favor de la persona designada en el propio escrito de renuncia, que no fue otro que el ahora recurrente, Gabriel S. P., que, como hemos dicho, también fue acusado del delito de alzamiento de bienes, aunque después absuelto en la sentencia. 3.º Del referido embargo no se había hecho asiento preventivo alguno, de tal manera que el recurrente pudo inscribirla a su nombre en el correspondiente registro de la referida Delegación o Consejería. 4.º Como hemos indicado, en la sentencia se condena al primitivo titular como autor responsable de un delito de alzamiento de bienes, ordenando la devolución de la tarjeta a su patrimonio.

El adquirente se alza ahora en casación pretendiendo que se deje sin efecto esa parte de la sentencia por entender, en esencia, que la titularidad de ese bien fue legalmente adquirida y tiene la característica de irreivindicable, de acuerdo con lo establecido en el referido artículo 111.2 del vigente Código Penal al decir que la restitución, «no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerlo irreivindicable».

Para rechazar la pretensión, bástenos decir lo siguiente: a) En el presente caso, no se trata realmente de restituir lo indebidamente adquirido por el agente comisor, sino de anular una transmisión indebidamente realizada como consecuencia de un delito tan eminentemente económico como es el de alzamiento de bienes y así poder restablecer el orden jurídico perturbado. b) Aunque ese bien hubiera sido adquirido por terceros, la norma de general y principal aplicación es la contenida en el apartado 1.º del referido precepto cuando nos dice que «la restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición...». Hemos de suponer que el ahora reclamante actuó con legalidad y de buena fe, pero ello no impide que su restitución esté bien acordada. c) Todo el problema queda reducido por tanto, no a la legalidad y a esa buena fe en la adquisición, sino a determinar «objetivamente» si el bien transmitido tiene las características de irreivindicable, dada su naturaleza y la forma de llevarse a cabo su adquisición. Entendemos que no, pues aunque pudiéramos pensar que la titularidad de una tarjeta de transportes tiene la característica de una concesión administrativa (cosa que dudamos) ello no quiere decir que no pueda ser anulada por los Tribunales a instancia de quien se crea con mejor derecho y, por tanto, incorporarla a su patrimonio, es decir, reivindicarla a su favor. Además, también es incierto que el ahora reclamante tuviera la cualidad de tercero adquirente de buena fe, pues al habersele designado en la instancia de renuncia con esa cualidad denota que tenía que haber sabido o, al menos, averiguado, el porqué de esa designación y posterior concesión a su favor, es decir, aunque la Sala le haya absuelto del delito de alzamiento, ello no evita que a los efectos aquí propugnados podamos considerar y afirmar el necesario conocimiento que tenía de la dudosa legalidad de la tan repetida transmisión.

En conclusión, se trata de un bien totalmente reivindicable y sin que para entender lo contrario tenga virtualidad suficiente el hecho de que lo inscribiese a su favor en el registro de la Delegación Provincial que tiene la naturaleza, además, de simple registro administrativo sin las garantías que supone el Registro de la Propiedad.

(Sentencia de 22 de junio de 1999)

ARTÍCULO 113

El Estado no tiene derecho a que se le indemnice por los salarios pagados a un funcionario mientras éste estuvo de baja por haber sufrido un delito

Segundo.—(...) 3. Es de hacer notar que la sentencia recurrida acepta la tesis de la indemnización al Estado, en el organismo de la Dirección General de la Guardia Civil, en lo que se refiere a los haberes satisfechos al guardia civil herido durante los cien días primeros de su lesión y que contra este pronunciamiento nadie se ha alzado, por lo que lo consideramos inamovible en el momento presente.

Ahora bien la pretensión del Abogado del Estado consiste en que no sólo se incremente el plazo de inhabilitación para el servicio a consecuencia de las secuelas psíquicas cuya existencia hemos declarado probada y que por consiguiente da lugar a un incremento de la indemnización en favor de la víctima, sino que se declare también que el tiempo, durante el que las alteraciones psicológicas han ocasionado su incapacitación para el servicio, sea también abonado e indemnizado el sueldo que la Dirección General de la Guardia Civil ha tenido que desembolsar sin la prestación del servicio.

Es cierto que existe una línea jurisprudencial que en ocasiones ha reconocido este derecho en favor del Estado, pero no es menos cierto que existe también una postura contraria cuyo más reciente exponente es la Sentencia de esta Sala de 13 de mayo de 1999 en la que se desestima un recurso del Abogado del Estado, apoyado también por el Ministerio Fiscal, contra una sentencia en la que se rechaza la pretensión indemnizatoria en favor del Estado, por estimar que la cantidad solicitada no supone un gasto añadido para la Administración estatal, al tener como base los haberes abonados a un guardia civil lesionado, argumentando que igualmente los tendría que haber satisfecho sin mediar la acción delictiva, por lo que ningún perjuicio económico ha sufrido a consecuencia del delito.

4. Como se dice en la sentencia citada, no plantea ninguna duda la consideración del Estado como posible perjudicado por un delito cometido contra alguno de sus funcionarios. El artículo 113 del Código Penal dispone la indemnización de los perjuicios que se causaren a terceros entre los cuales, en algunos casos, puede encontrarse el Estado.

El problema radica en precisar y determinar claramente, cuál es el perjuicio realmente sufrido por el tercero a consecuencia del hecho punible ya que tiene que existir una relación de inmediatez o conexión que pueda establecer con claridad, que el efecto dañoso de la acción delictiva ha hecho surgir un determinado perjuicio en un tercero que, como ya se ha dicho, puede ser perfectamente el Estado.

Sostiene el Abogado del Estado que el perjuicio radica en el pago de las remuneraciones o salarios que el Estado ha realizado en favor del funcionario por un servicio no realizado a causa del hecho delictivo. Como se señala en la Sentencia anteriormente citada, esta postura ha tenido acogida en varias sentencias de esta Sala entre las que podemos citar la de 13 de diciembre de 1983 que declaró que el «perjuicio surge desde el momento que se satisfacen los servicios sin ser prestados, ya que aunque la posible cobertura prevista por el Estado suple el daño, el sostenimiento de la misma es acreedora a la indemnización ya que por razón del mismo (el delito) se ve obligado a satisfacer servicios que no se prestan». En el mismo sentido las Sentencias de 2 de diciembre de 1988 y 2 de marzo de 1988. En la Sentencia de 12 de junio de 1989 se afirma, que el Estado en tales causas es tercero perjudicado «al abonar retribuciones sin la correlativa prestación de servicios por parte de los funcionarios lesionados». En la de 11 de diciembre de 1989 se concreta el perjuicio en las cantidades que el Estado se ha visto obligado

a satisfacer, especificándolas en la sentencia. Entre estas últimas, también se puede citar la Sentencia de 10 de mayo de 1990.

5. Frente a estas tesis debemos destacar que todo el sistema de indemnizaciones derivadas de hechos delictivos, tiene un marcado carácter civilista y así se ha establecido también por nuestra jurisprudencia. Los perjuicios deben ser alegados y probados conforme a los principios propios de los procesos civiles, aun en los casos en que la acción civil se encuentra incorporada a un proceso penal.

El perjuicio real, efectivo y económicamente evaluable que el Estado puede sufrir, leemos en la Sentencia de 13 de mayo de 1999, consistirá en el conjunto de gastos satisfechos para prestar el servicio público que llevaba a cabo el funcionario imposibilitado de realizarlo a causa del delito. Desde esta perspectiva no cabe duda que el perjuicio patrimonial puede consistir en el gasto realizado para contratar un sustituto o en los desembolsos efectuados para cubrir, mediante horas extraordinarias, comisiones de servicios, prórrogas etc., el servicio que no puede prestar el funcionario imposibilitado.

Desde otro ángulo no podemos olvidar que el artículo 113 del Código Penal se refiere a los perjuicios causados a los agraviados directamente por el hecho delictivo, extendiéndolos también a sus familiares o a terceros. Ahora bien, la jurisprudencia se ha encargado de limitar estos conceptos extensivos de la responsabilidad civil, considerando que terceros son solamente aquellos que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo y no los titulares de una acción de repetición, ni los que están enlazados con la víctima por relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible. En realidad los efectos obligacionales no se derivan del delito, sino de la sentencia condenatoria.

Existen supuestos en los que el Estado tiene directamente la condición de agraviado por el hecho delictivo, como sucede en los delitos de malversación de caudales públicos, pero en otros muchos casos como en el presente, el perjuicio sufrido por el Estado tiene un carácter meramente circunstancial e indirecto, al verse privado de un servidor respecto del cual está vinculado por una relación funcional que le obliga al pago de los emolumentos aunque el funcionario no pueda prestar servicios.

Si estableciésemos una conexión directa e indiscutible entre el delito sufrido por un funcionario y el daño ocasionado al Estado tendríamos que extender también esta indemnización a todos los supuestos en los que, un tercero (compañías aseguradoras, empresarios, empleadores, etc.) se ve afectado por las consecuencias indemnizatorias de un delito que incide sólo directamente en las personas que están ligadas con estas entidades por lazos contractuales. Del mismo modo que la compañía aseguradora o el empresario no tiene derecho a indemnización derivada del delito y sí solamente un derecho de repetición, tampoco el Estado, tiene derecho a que se le indemnicen los gastos corrientes ocasionados por el pago de haberes que, en todo caso, tenía la obligación de satisfacer, existiese o no el delito.

6. En relación con lo antes expuesto, debemos por último afirmar que, el Estado no ha acreditado haber sufrido un perjuicio de carácter distinto pero directamente derivado del hecho delictivo, que sea susceptible de ser indemnizado. Una vez más hemos de reiterar, que la imposibilidad de prestación de un servicio público por un funcionario incapacitado a consecuencia de un hecho delictivo no supone un daño patrimonial al Estado. Por otro lado no existe constancia de que el servicio hubiera dejado de prestarse en cuanto que las funciones de seguridad pública fueron atendidas, como es lógico, por otros funcionarios y el posible resentimiento de las condiciones de seguridad y salvaguarda pública, es difícilmente evaluable y, no consta ni se ha acreditado, que el Estado hubiese tenido que realizar algún desembolso patrimonial distinto del pago de los emolumentos debidos al funcionario lesionado.

Ello no impide que habiéndose modificado el hecho probado como ha quedado dicho en el primer motivo se aumente la cuantía de la indemnización que se debe conceder al funcionario lesionado, sin que el Estado pueda reclamar los haberes debidos por este nuevo período de tiempo, al que se extienden las secuelas psíquicas derivadas de la agresión sufrida por el funcionario.

(Sentencia de 9 de junio de 1999)

ARTÍCULO 115

El baremo de la Ley de Ordenación de Seguro Privado no es aplicable a delitos dolosos

Cuarto.—El cuarto motivo del recurso interpuesto, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, por infracción de ley, denuncia la «violación de lo establecido en las indemnizaciones de la Ley del Seguro». El motivo debe ser necesariamente desestimado tanto por su inadmisibile planteamiento formal como por su absoluta falta de fundamento. En primer lugar no cita el precepto sustantivo supuestamente infringido (refiriéndose genéricamente a lo establecido en las indemnizaciones de la Ley del Seguro), y ni siquiera precisa cuál de las diversas leyes reguladoras de la institución del seguro es la que contiene la norma supuestamente infringida, infracciones formales que, por sí mismas, constituyen causa de inadmisión de motivo, y en este momento procesal de desestimación.

En segundo lugar, y en cuanto al fondo, en caso de referirse el recurrente al sistema de valoración para los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, establecido en el anexo a la disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, resulta indudable que el motivo carece del menor fundamento ya que difícilmente puede infringirse una norma que no resulta aplicable al caso objeto de enjuiciamiento, pues el referido sistema de valoración, como en el mismo se indica expresamente, solamente es aplicable a la valoración de los daños ocasionados a las personas en accidentes de circulación mientras que el hecho enjuiciado es absolutamente ajeno al tráfico de vehículos, y además no es aplicable a los delitos dolosos, como el aquí enjuiciado.

(Sentencia de 8 de abril de 1999)

Criterios a tener en cuenta en la valoración. Daños morales: sufrimiento de la víctima

Sexto.—El último motivo de este recurso, alega, con apoyo y cita del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, infracción de ley producida por inaplicación del artículo 115 en relación con los 110, 111, 112 y 114 del Código Penal vigente y con los 103 y 104 del derogado.

La pormenorizada descripción de las razones que el Tribunal expresa en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia transparenta un exquisito cuidado de cumplir con la obligación de establecer razonadamente las bases que fundamenten la cuantía de las indemnizaciones que ha introducido el artículo 115 del Código Penal nuevo, sin que, teniendo en cuenta la descripción de hechos del relato fáctico de la sentencia, según el cual por parte del condenado ninguna contribución con su propia conducta se aprecia, se pudiera determinar una moderación de la indemnización, como establece para el caso de que existiera tal contribución, el actual artículo 114. La recurrente en la argumentación del motivo se muestra conforme con las cantidades que corresponden a

pago de gastos, indemnización por días de lesión y cantidad presupuestada para intervenciones quirúrgicas reparadoras, pero objeto las bases para fijar la cantidad de millón y medio de pesetas que se añaden como daños morales, que estima tiene en cuenta datos hipotéticos como son el resultado que se dice pueda ser incierto de la intervención quirúrgica.

Ciertamente no podrán admitirse para el cómputo de daños y perjuicios datos que se refieran a cantidades o consecuencias dudosas, inseguras o hipotéticas, y, en resumen, carentes de certidumbre (Sentencias de 7 de marzo de 1988 y 12 de marzo de 1992). Pero esto no ocurre cuando se trata de daños morales, de tan difícil evaluación y que se refieren no a cantidades valorables con toda precisión y exactitud, sino a sufrimientos personales sentidos y socialmente valorados cuya cuantía crematística es difícilmente derivable de los hechos y, que la puedan fundamentar por ello jurisprudencialmente reconocido como posible objeto de un juicio global para valorar socialmente el dolor y sufrimiento de la víctima pero no revisable en casación (Sentencias de 28 de noviembre de 1996, 24 de marzo y 17 de octubre de 1997 y 16 de mayo de 1998). No es en este caso el sufrimiento de la víctima producido por un suceso de hipotética ocurrencia sino por la zozobra y preocupación anímica que le causa la perspectiva de la realización, en dos etapas y con posibilidad de resultados inciertos y no completamente reparadores, de una operación difícil, como han reconocido ser la que se precisa, los peritos médicos que se han pronunciado al respecto en la causa, entre ellos, el que compareció a petición de la propia recurrente.

(Sentencia de 21 de abril de 1999)

ARTÍCULO 120

Responsabilidad civil subsidiaria de Comunidad Autónoma que tiene bajo su tutela a menor autor de un robo

Segundo.—La responsabilidad civil subsidiaria derivada de un delito cometido por persona que no esté exenta de responsabilidad criminal se encuentra regulada en los artículos 120 y 121 CP 1995. La del Estado, Comunidad Autónoma, la Provincia, la Isla, el Municipio y demás Entes Públicos está específicamente regulada en el artículo 121 que les impone la obligación de responder subsidiariamente «de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo». Basta una atenta lectura de este precepto para rechazar que el mismo pueda ser base legal para una condena de la Comunidad Autónoma recurrente como responsable civil subsidiaria en defecto del condenado en la sentencia recurrida como criminalmente responsable, puesto que éste no es autoridad, funcionario, agente o contratado de la citada Comunidad Autónoma. El artículo 121 CP, por la naturaleza civil de su contenido, permite sin duda que se haga de él una interpretación extensiva e incluso analógica que no sería admisible en una norma penal. Esta Sala, sin embargo, no aprecia relación de analogía alguna entre la situación creada para la Administración por el delito cometido por un empleado de la misma y la creada por el delito cometido por un particular. Ni los viejos principios de «culpa in vigilando» o «culpa in eligendo», ni la moderna teoría de la creación del riesgo, ampliamente utilizada por la Jurisprudencia,

permiten extender a la Administración en razón de los delitos cometidos por los particulares, una responsabilidad civil subsidiaria establecida por la ley en consideración a la especial relación que se articula entre la Administración y quienes trabajan en ella o para ella. Una relación que arranca de una inicial selección del personal, se concreta en un vínculo de supraordinación y subordinación, redundando en provecho o beneficio de la Administración y eventualmente suscita situaciones de riesgo objetivo, rasgos que no guardan semejanza con los que son propios de la relación genérica que existe entre la Administración y el ciudadano. Naturalmente la Administración debe responder, por expreso mandato del artículo 106.2 CE, de los daños y perjuicios derivados del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, no sólo cuando en el curso de ese funcionamiento se haya producido una conducta delictiva de uno de sus empleados sino en cualquier caso que no fuese de fuerza mayor, pero del artículo 121 CP se desprende con toda claridad que cuando el daño sobrevenido con motivo del funcionamiento de un servicio público no es consecuencia de un hecho de que deba responder criminalmente una autoridad, funcionario, agente o contratado de la Administración, la responsabilidad patrimonial de ésta habrá de ser exigida de acuerdo con las normas de procedimiento administrativo, esto es conforme a las disposiciones del Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Descartado, pues, que la responsabilidad civil subsidiaria declarada en la sentencia recurrida pueda tener apoyo en el artículo 21 CP, veamos si lo tiene en el artículo 20 o en el segundo párrafo del artículo 22 CP 1973, norma esta última que sigue en vigor a tenor de lo dispuesto en el apartado 1 a) de la disposición derogatoria única del CP 1995.

Tercero.—Tampoco el segundo párrafo del artículo 22 CP 1973 puede servir de fundamento a la declaración de responsabilidad civil subsidiaria acordada por el Tribunal de instancia. El autor del delito declarado penalmente responsable no estaba, cuando cometió la infracción, sometido al control o vigilancia del profesorado de un centro docente del que fuese titular un Departamento u Organismo de la Comunidad Autónoma recurrente y en el que el primero desarrollase actividades escolares o de cualquier otro tipo. En realidad no estaba en centro docente alguno, toda vez que, habiendo sido decidido dos meses antes de la producción del hecho enjuiciado el ingreso del acusado en la «Ciudad Escolar de los Muchachos» situada en Leganés (Madrid) por la Consejería de Salud, Consumo y Bienestar Social de la mencionada Comunidad Autónoma, en el ejercicio de la función de tutela que había asumido sobre el acusado ante la situación de desamparo que padecía, el mismo se había fugado de dicha Ciudad Escolar catorce días antes de cometer el hecho, de suerte que cuando lo realizó no estaba sometido a control o vigilancia del profesorado de ningún centro y, por supuesto, de ningún centro del que fuese titular un organismo de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Inneceario es decir que la relación jurídica que crea la asunción de funciones tutelares por un ente público no puede, en modo alguno, ser confundida con la relación de vigilancia y cuidado directos que se establece entre un centro docente de enseñanza no superior y el alumno que en el mismo cumple actividades escolares o extraescolares, por lo que la responsabilidad civil subsidiaria que nace, ex artículo 22, párrafo 2.º, CP 1973, para las personas o entidades que sean titulares de un centro docente del citado nivel, por los delitos o faltas en que incurriesen los alumnos menores de 18 años, no puede ser extendida a las personas o entidades que tengan atribuida la función tutelar sobre los mismos ex artículo 172.1 CC. La responsabilidad civil subsidiaria que eventualmente puedan contraer tales personas o entidades tendrá que nacer, en su caso, en otra norma jurídica.

Cuarto.—El artículo 120.1.º CP vigente dispone que son responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, «los padres o tutores por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por

su parte culpa o negligencia». Varias consideraciones son oportunas a propósito de esta norma a la hora de resolver el tema sometido a nuestra censura casacional. En primer lugar, es claro que la referencia a los mayores de dieciocho años debe ser interpretada en este momento a la luz de la suspensión de la vigencia del artículo 19 CP establecida en la 7.ª disposición final del mismo, lo que quiere decir que, por ahora, el artículo 120.1.º CP se refiere también a los que, como el condenado en la sentencia recurrida, tienen más de dieciséis años y menos de dieciocho. En segundo lugar, hay que señalar que, si bien las exigencias establecidas en el precepto, para que nazca la responsabilidad civil *ex delicto* de los padres o tutores —es decir, que los causantes de los daños o perjuicios vivan en compañía de aquéllos y que haya existido por su parte culpa o negligencia— parecen recibir, a primera vista, su sentido del hecho de que los delitos o faltas fueren cometidos por mayores de edad, puesto que se parte del supuesto de que la mayoría de edad penal coincidirá con la civil, debe tenerse muy en cuenta la congruencia que existe entre el artículo 120.1.º y la regla 1.ª del artículo 118 CP. También en dicha regla se exige, para que surja la responsabilidad civil subsidiaria de los que tengan bajo su patria potestad o guarda legal o de hecho a los menores exentos de responsabilidad criminal que hubieren incurrido en delito o falta, que haya mediado por parte de los primeros culpa o negligencia. Quiere esto decir, por cierto, que la responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto* no responde exactamente a los mismos principios que la responsabilidad civil extracontractual regulada en el artículo 1903 CC. En este artículo, tras ser enumeradas las personas y entidades que deben responder de los daños ocasionados por quienes dependen de ellos en razón de alguno de los vínculos expresamente previstos, se dice: «la responsabilidad civil de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», lo que claramente significa objetivizar la responsabilidad civil desplazando la carga de la prueba sobre las personas de las que dicha responsabilidad se cuestiona. Por el contrario, tanto el artículo 118.1.º como el 120.1.º CP —*lex posterior* con respecto al Código Civil— exigen que haya mediado culpa o negligencia en quienes hayan de responder civilmente, lo que sólo puede ser interpretado en el sentido de que la culpa o negligencia tiene que ser probada.

(Sentencia de 26 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 127

Naturaleza y requisitos para la imposición del decomiso

Segundo.—La medida que el antiguo artículo 27 establece en orden al comiso no es en cierto modo imperativa, en tanto no cabe decretarla cuando los efectos o instrumentos pertenezcan a un tercero, o cuando, siendo de lícito comercio, no guarde proporción su valor con la naturaleza y gravedad de la infracción penal. Dicho esto ha de consignarse además que el comiso es una pena accesoria que consiste en la pérdida de los efectos o instrumentos de la infracción, en cualquier caso íntimamente unida no a la ejecución del delito sino a la imposición de una pena (Sentencias de 30 de abril de 1996, 22 de marzo de 1995 y 21 de junio de 1994).

Establecido el comiso desde el Código de 1822, con la excepción del Código de 1928, han de diferenciarse los efectos del delito, de los instrumentos de ejecución, aunque finalmente vengan ambos conceptos identificados en el *totum revolutum* del precepto legislativo. Porque si la finalidad del precepto es anular cualquier ventaja obtenida por el delito, se debe entender que los efectos son todos los bienes o cosas que se encuentran, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia

de la infracción. Los instrumentos son, en cambio, los útiles o medios empleados para la ejecución del acto criminal.

En el supuesto de ahora necesario, es decir, para mejor comprender cuanto haya de decidirse, que el comiso no fue solicitado por el Fiscal, como única parte acusadora, siendo así que la defensa mostró su conformidad con todas las peticiones del Ministerio Público, obviamente ajena aquélla a todo cuanto implicara la medida de comiso, después impugnada sorpresivamente por la resolución impugnada.

De otro lado, el relato fáctico de la instancia, al referirse al registro efectuado en el domicilio del aquí recurrente, únicamente reseña que, entre otros efectos, se encontraron novecientos mil pesetas, sin indicar el origen o la pertenencia de dicho metálico, lo que tampoco se aclara en los fundamentos jurídicos de la recurrida. No hay ninguna explicación para vincular ese dinero con las actividades del tráfico ilegal de drogas atribuido al acusado y recurrente, ni tampoco se especifica, en la parte dispositiva de la Sentencia, la cantidad que es objeto del comiso. Demasiadas irregularidades como para estimar correcto, desde el punto de vista sustantivo y adjetivo, la medida acordada. Es cierto que el legislador trata de evitar la expansión de los efectos del narcotráfico en general, pero también lo es que siempre ha de actuarse al amparo del principio de legalidad.

Tercero.—Realmente en este caso no tiene ni debe tratarse el problema de fondo sobre la procedencia o no del comiso, porque los previos condicionantes formales omitidos han de impedir conocer seriamente de aquél.

1. No es posible llegar a una condena sobre tal cuestión de manera implícita o indirecta, y si el Tribunal omite cualquier pronunciamiento previo y esencial, no ha lugar a decretarla sobre la base de una especie de presunción (ver en lo que valga la Sentencia de 7 de noviembre de 1991).

2. La Sentencia recurrida nada dice, como fundamento de la imposición del comiso, sobre el particular. Si a partir de 1983 ya no se trata de una sanción de imposición forzosa, sino que el Tribunal podrá decretarlo o no en atención al principio de proporcionalidad, es evidente que para acordarla habrá de razonarse adecuadamente sobre ello, pues caso contrario, que es lo que aquí sucedió, se puede hablar de vulneración del artículo 120.3 de la Constitución, con grave incidencia en lo que ya es un derecho fundamental, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 constitucional (Sentencia de 28 de abril de 1997), todo ello en relación con cuanto pudiera decirse, en este ámbito casacional, respecto de la voluntad impugnativa que subyace en lo que este motivo de ahora supone, aún enmarcado en la infracción de ley del artículo 849.1 procedimental.

3. Se trata, el comiso, de una medida controvertible y discutible en juicio, lo cual determina la necesidad de que se someta expresamente a debate por parte de quienes sean acusadores, sin que baste la genérica petición de penas accesorias (Sentencias de 24 de abril de 1997 y 12 de noviembre de 1999).

4. La interpretación sobre el comiso, como en toda norma punitiva y por tanto odiosa, ha de ser restrictiva (Sentencia de 15 de noviembre de 1993 entre otras).

(Sentencia de 11 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 131

Criterio para determinar plazo: pena abstracta máxima señalada por la Ley al delito

Cuarto.—La prescripción (ver entre otras las Sentencias de 4 de junio y 12 de marzo de 1993) opera en el proceso penal como causa de extinción de la responsabi-

dad criminal a través de la desaparición o extinción del hecho, que al acusado se le imputa cuando el transcurso del tiempo y la paralización del proceso modifican sustancialmente la necesidad de la pena, a la par que los principios de mínima intervención y proporcionalidad juegan entonces como factores coadyuvantes, en beneficio del reo, para aminorar los efectos y consecuencias que el hecho delictivo habría normalmente de producir si ya el binomio «delito» y «pena», para restablecer el orden jurídico quebrantado, pierde su razón de ser en favor de una menor intervención judicial.

Es una institución de carácter material o de Derecho sustantivo que, como problema de legalidad ordinaria, ha de apreciarse, por encima de posibles deficiencias procesales, tan pronto como los supuestos de Derecho sustantivo se producen, porque de no hacerlo así se faltaría al principio de coherencia, política y criminal, que preside la institución, pues sería una grave contradicción imponer un castigo cuando los fines de más alta trascendencia y significación son ya incumplibles.

La admisión de la prescripción, por ser una cuestión de orden público, procederá en cualquier estado del procedimiento o en cualquier oportunidad procesal, incluso aunque como cuestión nueva se trajera al recurso, pudiendo hasta declararse de oficio, siempre y en todo caso que concurran los presupuestos materiales para su estimación.

Sexto.—En el presente supuesto no se presenta ahora problema alguno que afecte a la interrupción de la prescripción. Lo que aquí se debate es si a estos efectos ha de tenerse en cuenta la pena ya impuesta, o la que hipotéticamente pudiera haberse impuesto. Ello quiere decir que se está hablando de la prescripción del delito pero en relación a la pena señalada en la sentencia, no la pena a la que el Tribunal pudiera haber llegado en su caso, hipotéticamente.

Mas veamos antes los supuestos analizados. La Audiencia, en referencia a unos hechos acaecidos en el año 1990, condenó en base al artículo 344 del viejo Código Penal y en consideración a sustancias gravemente perjudiciales a la salud, con lo cual se quiere significar que la pena habría de oscilar desde los dos años, cuatro meses y un día de prisión menor hasta los ocho años de prisión mayor. Según el artículo 113 del Código de 1973 prescriben a los diez años las penas que excedan de seis años y hasta doce años, en tanto prescriben a los cinco años cuando el delito se le señalase cualquier otra pena.

En el vigente Código la pena a imponer, según el artículo 368 (se viene haciendo referencia, equivocadamente, al artículo 369), sería por lo que a la privativa de libertad se refiere la de tres a nueve años de prisión, en tanto, según el artículo 131, prescriben a los diez años cuando la pena señalada sea de más de cinco, y hasta diez años de prisión, mientras que la prescripción de tres años es para los restantes delitos graves.

Séptimo.—Dicho cuanto antecede, ha de indicarse que la resolución recurrida impuso a los acusados la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor y multa de un millón de pesetas.

El problema debatido es difícil y peculiar. No se trata de distinguir entre la pena genéricamente señalada al tipo base del delito y la pena «exasperada» correspondiente al subtipo agravado, o a las circunstancias concurrentes, especialmente en consideración a los delitos continuados (ver la Sentencia de 21 de enero de 1999). En términos generales unas resoluciones se inclinan a la pena en abstracto, en tanto otras se refieren a la pena en concreto, pareciendo como si la jurisprudencia, no sin titubeos, se decantara por la solución ecléctica. Ahora se trata, por el contrario, de determinar si la prescripción ha de establecerse en relación a la concreta pena impuesta ya, o a la que pudiera haberse decretado teniéndose en cuenta el límite máximo de la pena base, fuera pues del problema de la pena «exasperada».

Es en ese sentido, según algunos, en el que puede afirmarse que cuando existe ya sentencia no ha de estarse a la pena futurible que los Jueces pudieran haber impuesto o puedan imponer, sino a la efectivamente recaída en la resolución correspondiente, en este caso no recurrida sino por la defensa. De acuerdo con la doctrina sentada entre otras por la Sentencia de 16 de febrero de 1998, es obvio que debe señalarse la improcedencia de apreciar un hipotético transcurso del plazo tomando en cuenta la pena pensada imponer, porque las facultades para apreciar la prescripción en cualquier estado de la causa, incluso de oficio, ha de entenderse referido a las penas realmente impuestas en sentencia firme y no a las futuras e hipotéticas. Mas este supuesto venía referido a un artículo de previo y especial pronunciamiento, por prescripción, señalándose la improcedencia de apreciar la prescripción en base a la pena futura que en sentencia pudiera ser impuesta. Por el contrario, al casarse el auto recurrido, se ordenó seguir el procedimiento para ya en la sentencia, a la vista de la pena real, dictaminar lo que se estimara correcto en orden a la prescripción.

Octavo.—Es cierto que la jurisprudencia, tal ha sido dicho, asume un criterio ecléctico a la hora de dilucidar entre la pena del delito abstracto y la pena concreta. Y no es que se confundan la prescripción del delito con la de la pena, sino de tener en cuenta que la prescripción del delito lo es con relación a la pena que a éste le corresponda. Criterio ecléctico que no puede ocultar una tendencia en favor a la pena concreta a imponer según los grados de ejecución del delito y los títulos de participación. Entiende esa tesis que cualquier otro argumento conlleva otorgar un tratamiento más severo a la prescripción del delito que a la de la pena, toda vez que los plazos de prescripción de la pena se determinan en relación a la pena impuesta en la sentencia final, lo que evidencia que ya se ha tenido en cuenta el grado de ejecución, la participación y las circunstancias modificativas. El delito en relación a la pena impuesta, no en relación a la futurible.

Mas por otra parte también es cierto que el actual artículo 131.1 al hablar de la «pena máxima señalada al delito» se decanta en favor de la pena abstracta, en tanto el antiguo artículo 113 se refería a la pena señalada en la ley, con omisión de la palabra «máxima» del vigente Código, lo que no obsta para que, con menor convicción ciertamente, también quepa la consideración abstracta de la pena si el legislador del Código de 1973 está refiriéndose a la pena señalada, que necesariamente ha de comprender un máximo y un mínimo.

Hay pues argumentos contradictorios. Hemos de resolver este supuesto en la idea de que ahora los Jueces determinaron la «no prescripción» en la propia sentencia en la que acaban por imponer una pena, al delito, que estaba dentro de los términos prescriptivos según los datos fácticos acreditados. Si se hubiera dictado resolución previa a la sentencia, consecuencia de la también previa reclamación llevada a cabo al inicio del plenario (procedimiento abreviado), habría de ser aplicada la tesis de la Sentencia de 16 de febrero de 1998 para que los Jueces esperaran al momento de la resolución definitiva.

En cualquier caso, una vez llegado el momento de sentenciar, aún con las dudas que la doctrina, dividida, quiera hacer resaltar, parece más lógico con el pensamiento del legislador atender a la pena en abstracto, aun cuando después al dictar sentencia, y en virtud de las circunstancias atinentes al caso, se impusiera una pena concreta comprendida entonces en los límites de la prescripción discutida o planteada por el propio Tribunal.

La Sala General de este Tribunal Supremo de lo penal, acordó por mayoría atender a la pena en abstracto, según así consta en el acta levantada con fecha 29 de abril de 1997.

(Sentencia de 4 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 132.1

En delito de estafa el cómputo para la prescripción comienza cuando se produjo el desplazamiento patrimonial mediante engaño no cuando se incumplió la obligación contractual

Único.—(...) Al iniciarse el juicio oral se alegó por la defensa del querellado que debía ser absuelto en base a la prescripción del delito, pretensión que fue rechazada por el Tribunal *a quo* al razonar en el fundamento de derecho primero de la sentencia que de la prueba practicada en los diversos trámites del proceso se desprende que la querrela se interpuso el 10 de mayo de 1996, es decir, antes del transcurso de los cinco años que como plazo prescriptivo establece el artículo 113 del Código Penal de 1973, «dado que el delito se entiende consumado cuando se produce el primer vencimiento de las obligaciones hipotecarias, el 12-6-1991, fecha en que el querellante no recibió cantidad alguna a cuenta de su inversión».

Frente a ese razonamiento se alzan ahora tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal por entender, en esencia, que el delito en cualquier caso había quedado consumado desde el momento de la entrega del dinero y el acuerdo de la contraprestación, es decir, en el año 1990, pues fue en esa fecha cuando se produjo el engaño como elemento principal del delito de estafa y no cuando se evidenció la primera falta de pago, en junio de 1991, pues esta última circunstancia ha de entenderse no como «consumación» sino como simple «agotamiento» del delito.

Ante esa contraposición o antítesis argumental, nos hemos de inclinar por la propuesta recurrente ya que a nuestro entender la Sala de instancia, con su breve razonamiento, está confundiendo lo que supone la prescripción en el área de las acciones civiles con lo que supone este instituto en el área delictiva. En el primer caso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil, la fecha inicial en que debe empezar a contarse el plazo prescriptivo es aquella en que el demandante pudo ejercitar su pretensión, no antes, debido a que hasta ese momento su derecho, aunque ya nacido con anterioridad al mundo de las obligaciones, sólo puede hacerse efectivo en el momento posterior del incumplimiento. Por el contrario, cuando se trata de un hecho penalmente tipificado no se requiere para ser perseguido (excepción hecha de los llamados delitos privados) de ninguna actividad procesal de los terceros perjudicados, sino que esa posibilidad de averiguación y persecución surge desde el momento mismo de su existencia, bien cuando ya se ha consumado, bien cuando, incluso, simplemente se ha intentado.

En el caso concreto que nos ocupa, el delito de estafa de que se trata quedó consumado con la entrega del dinero y el acuerdo de la contraprestación, es decir, en el año 1990, pues fue en esa fecha cuando se produjo el desplazamiento patrimonial por medio del engaño, elementos ambos que constituyen la esencia de ese tipo delictivo, y no cuando el engañado y estafado pudo ejercitar sus acciones civiles en reclamación de lo que era debido como acepta la Sentencia impugnada.

(Sentencia de 17 de marzo de 1999)

En delito de corrupción de menores (delitos permanentes) el cómputo se inicia cuando cesa la naturaleza delictiva de la actuación del acusado

Segundo.—(...) El motivo no puede ser estimado. La Sala sentenciadora aprecia razonada y razonablemente que el plazo de prescripción en el delito de corrupción de meno-

res es el de cinco años y que dicho plazo debe computarse desde la mayoría de edad del menor víctima del delito, cuando, como sucede en el caso actual, las acciones sexuales realizadas sobre el menor por el sacerdote acusado, aprovechando el ascendiente moral que sobre él ejercía, se mantuvieron continuamente hasta la mayoría de edad e incluso siguieron realizándose durante un tiempo después de alcanzar dicha edad. El comportamiento corruptor se inició cuando el menor tenía únicamente ocho años, pero se mantuvo de modo permanente hasta que alcanzó la mayoría de edad, intensificándose paulatinamente la entidad de las acciones homosexuales en las que se involucraba al menor, abusando para ello de que su capacidad intelectual y volitiva aún no había alcanzado la madurez necesaria para poder ejercer su actividad sexual en plena libertad.

En consecuencia, el criterio del Tribunal *a quo* al fijar el día inicial para el cómputo de la prescripción en el momento en que la víctima alcanzó la mayoría de edad, que es cuando cesa la naturaleza delictiva de la actuación del acusado, es plenamente correcto.

Tercero.—En el mismo motivo se alega que la Sala sentenciadora ha vulnerado el principio *in dubio pro reo* pues a pesar de reconocer que la denuncia se formuló pocos días antes de que se cumpliesen cinco años desde la mayoría de edad de la víctima, resuelve en perjuicio del reo la duda acerca de si en los últimos días anteriores a la mayoría de edad del menor hubo o no alguna actuación sexual, no aceptando la tesis de la defensa de que el plazo debería computarse desde la fecha en que estuviese plenamente acreditado que se produjo la última relación sexual anterior a la mayoría de edad.

Esta alegación no puede ser admitida, pues, como ya se ha expresado, no nos encontramos aquí ante un delito continuado en el que el término prescriptivo se computa desde el día en que se realizó la última infracción sino permanente, en el sentido de que la influencia corruptora se mantiene continuadamente, reforzándose reiteradamente con frecuentes relaciones sexuales, que no se han sancionado por sí mismas sino como manifestación externa de una influencia permanente, que mantiene al menor en una situación ilícita, sujeto al influjo corruptor del acusado, hasta su mayoría de edad. Por otra parte, constando que las acciones sexuales se realizaban con una frecuencia prácticamente semanal y que continuaron durante un tiempo tras cumplir la víctima los 18 años de edad, el hecho de deducir que también en los días anteriores a dicha fecha tuvo lugar alguna de las frecuentes relaciones homosexuales entre el acusado y el menor, constituye una inferencia razonable que no infringe, en absoluto, el principio *in dubio pro reo*, como sostiene la parte recurrente.

Alega, por último la parte recurrente, dentro de este mismo motivo de recurso, que debió tomarse en consideración como día final para el cómputo del término prescriptivo, la fecha en que se dictó la resolución judicial incoadora del procedimiento y no la de la presentación de la denuncia, alegación que tampoco puede ser admitida pues es doctrina de esta Sala que es suficiente para entender interrumpida la prescripción la formulación de denuncia o querrela contra personas suficientemente identificadas (SSTS 3 de octubre 1998 y 25 de enero de 1999 entre otras), y en el caso actual consta que la denuncia se formuló y se iniciaron en consecuencia las actuaciones policiales para su constatación, contra una persona perfectamente identificada y por unos hechos delictivos bien definidos, once días antes de que se cumpliese el plazo de prescripción.

(Sentencia de 23 de abril de 1999)

El cómputo del plazo de prescripción comienza en el momento de la perfección del delito, no del agotamiento

Quinto.—La primera cuestión que se suscita, en consecuencia, es la de la interpretación de la expresión «desde el día en que se hubiese cometido el delito» (art. 114.1.º

Código Penal 1973) o de la equivalente «desde el día en que se haya cometido la infracción punible» (art. 132.1 del Código Penal 1995), en el sentido de determinar si, a efectos de la prescripción, el *dies a quo* o fecha de inicio del cómputo, en los supuestos de delitos que se perfeccionan *ex intervallo temporis*, debe fijarse en el momento en que la acción se ejecuta o se omite el acto que el agente estaba obligado a realizar, o bien en el momento en que se perfecciona el delito a través de la producción del resultado.

Ha de ratificarse la doctrina de esta Sala que, como regla general, se inclina por el criterio del resultado (Sentencias de 26 de octubre de 1971, 27 de diciembre de 1974, 21 de abril de 1989 y 26 de octubre de 1993), pues en los delitos de resultado éste constituye un elemento del tipo, sin el cual la infracción penal no se perfecciona. La prescripción comienza cuando el delito termina, y en consecuencia el cómputo del plazo no puede iniciarse antes de que el delito se haya perfeccionado, por la producción del resultado típico.

Sexto.—Ahora bien, admitido este criterio, ello no es obstáculo para estimar que las acciones delictivas objeto de acusación en el supuesto ahora enjuiciado estarían, en cualquier caso, prescritas. Los hechos objeto de acusación consisten básicamente en que una letra de cambio de 900.000 ptas., con vencimiento el 24 de enero de 1984, fue renovada o sustituida, según los recurrentes, antes de su vencimiento y con compromiso de devolución del título original, por otros efectos mercantiles, entregados para su descuento, pese a lo cual la letra original no fue devuelta, siendo reclamada por la Entidad de Ahorro donde había sido descontada, a través de un juicio ejecutivo instado en 1986. Tras una serie de vicisitudes y dilaciones, los recurrentes abonaron finalmente el capital, intereses y costas derivadas del juicio ejecutivo, el 12 de mayo de 1994, habiendo formulado la querrela origen de estas actuaciones cinco días antes, el 7 de mayo de 1994.

Los recurrentes califican estos hechos como constitutivos de estafa, que podría concurrir en el supuesto de que se estimase que el procedimiento de renovación fue fruto de un engaño antecedente, y de apropiación indebida, que podría concurrir en el supuesto de inexistencia de engaño antecedente, por incumplimiento de la obligación de devolución de la letra, ya renovada, con ilícita apropiación de la misma.

Prescindiendo de cuestiones probatorias o de calificación jurídica, y partiendo únicamente de las propias tesis acusatorias, a los efectos exclusivos de examinar la cuestión de la prescripción, resulta indudable que, en cualquier caso, el supuesto delito habría de estimarse consumado, acogiendo el criterio más favorable para las tesis de la parte recurrente, en el momento en que se exteriorizó la voluntad de apropiación, es decir cuando se instó judicialmente en 1986 la ejecución de la letra, pues en tal momento se perfeccionaría definitivamente tanto la estafa, a través de la efectiva disponibilidad del título obtenido engañosamente (caso de concurrencia de engaño), como la apropiación indebida, a través de la definitiva exteriorización de la voluntad de no devolución y consecuente apropiación del título valor indebidamente retenido.

El pago, en fase de ejecución de la sentencia de remate, del capital, intereses y costas derivados de la sentencia condenatoria dictada en el juicio ejecutivo, corresponde a la fase de agotamiento del delito (caso de que efectivamente los hechos objeto de acusación fuesen constitutivos de infracción penal), y no a la consumación delictiva. Dado que transcurrieron más de ocho años desde que la letra, que dicen obtenida o retenida ilícitamente, les fue reclamada judicialmente por la «Caja General de Ahorros de Granada», hasta que, en mayo de 1994, los hoy recurrentes decidieron formular una querrela penal ante la inminencia de la ejecución de la sentencia, siendo el plazo de prescripción de los delitos objeto de acusación de cinco años, resulta indudablemente correcto el criterio del Tribunal sentenciador al apreciar la

conurrencia de prescripción como cuestión previa o artículo de previo pronunciamiento, pues los hechos objeto de acusación, aun cuando resultasen acreditados y fuesen calificados en la forma solicitada por la parte acusadora particular, estarían, en cualquier caso, prescritos.

(Sentencia de 9 de julio de 1999)

ARTÍCULO 132.2

Interrupción de la prescripción cuando el procedimiento se dirige a personas suficientemente definidas a pesar de no estar identificadas nominadamente (casos de organizaciones delictivas)

Primero.—(...) Como recuerda la Sentencia de 16 de diciembre de 1997 la prescripción del delito tiene un doble fundamento, material y procesal, que han puesto de relieve numerosas sentencias de esta Sala. Por un lado, se reconoce a la prescripción una naturaleza jurídica material, en tanto se afirma que el transcurso del tiempo excluye la necesidad de aplicación de la pena, tanto desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial. Por otro lado se destacan las dificultades probatorias suscitadas en el enjuiciamiento de hechos muy distanciados en el tiempo respecto del momento del juicio.

La cuestión jurídica que aquí se plantea atañe a la interpretación de la expresión contenida en el artículo 114.2.º del Código Penal de 1973 (hoy reiterada en el art. 132.2.º del Código Penal de 1995 «desde que el procedimiento se dirija contra el culpable», como momento interruptivo de la prescripción. La doctrina tradicional de esta Sala, mantenida hasta el momento actual en algunas resoluciones (por ejemplo Sentencia de 13 de junio de 1997 estima que el plazo de prescripción hay que extenderlo desde el día en que se comete el delito hasta aquel en que se comienzan las actuaciones para su descubrimiento y persecución, pues a eso equivale la frase dirigirse el procedimiento contra el culpable, entendiendo por procedimiento todos los actos encaminados a la instrucción de la causa (Sentencias 6 de junio de 1967, 25 de mayo de 1977, 8 de mayo de 1989, 23 de marzo de 1990, 2 de febrero y 18 de marzo de 1993, etc.), por lo que para la interrupción de la prescripción del delito «basta que el procedimiento se incoe genéricamente en averiguación del hecho y sus posibles autores» (Sentencia de 13 de junio de 1997).

Una posición más matizada estima que considerar, sin más, que la mera incoación de un procedimiento dirigido genéricamente a la investigación del hecho equivale necesariamente a dirigir el procedimiento contra todos los que finalmente resultaren responsables, constituye una interpretación poco respetuosa con la redacción del precepto, por lo que es necesaria una valoración individualizada y flexible de cada caso en concreto (Sentencias de 6 de julio de 1990 y 25 de enero de 1994, entre otras), descartando, en cualquier caso, que se haga exigible para entender dirigido el procedimiento contra el culpable, el auto de procesamiento o la citación formal como imputado.

En la actualidad la doctrina mayoritaria de esta Sala respecto del momento interruptivo de la prescripción adopta una posición intermedia: no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión cuando este procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o inconcretas o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción, pero tampoco es exigible que se dicte auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación (mediante la citación a declarar en concepto de inculpado), siendo suficiente para entender interrumpida la

prescripción por «dirigirse el procedimiento contra el culpable» (en la incorrecta expresión legal pues no puede existir culpable, mientras no haya sentencia firme condenatoria) que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas, como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en que la denuncia, querrela o investigación se dirija contra personas que, aun cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan suficientemente definidas, doctrina acogida sustancialmente en las Sentencias de 25 de enero de 1994, 104/1995, de 3 de febrero, 279/1995, de 1 de marzo, 473/1997, de 14 de abril, 794/1997, de 30 de septiembre, 1181/1997, de 3 de octubre y 1364/1997, de 11 de noviembre entre otras.

Como se deduce de la trascendental Sentencia de 25 de enero de 1994 (caso Ruano), cuando la denuncia se refiere a un delito cometido durante la detención del denunciante o víctima, por quienes le custodian o interrogan, el carácter aparentemente indeterminado o genérico de la denuncia no es obstáculo para que se interrumpa la prescripción contra quienes resultaren responsables, pues en realidad se está señalando de modo inconcuso y directo a las personas que intervinieron en los malos tratos cometidos durante la detención, un círculo cerrado de responsables, y no pueden ignorarse las dificultades existentes para nominarlos individualizadamente, ya que dichos nombres se mantienen generalmente ocultos al perjudicado.

Asimismo la Sentencia núm. 2/1998, de fecha 29 de julio, dictada en causa especial núm. 2530/1995 (caso Marey), aporta una especificación para aquellos supuestos de codelinuencia, en los que se efectúe en un mismo proceso el enjuiciamiento conjunto de un hecho delictivo cometido por una pluralidad de acusados en una misma fecha (por lo que no existe justificación, desde la perspectiva del fundamento, tanto material como procesal, de la prescripción, para estimar que la responsabilidad penal derivada para todos los partícipes por la comisión simultánea del hecho, únicamente subsista para algunos de ellos, pues no parece razonable que el tiempo transcurrido —igual para todos— borre para unos los efectos de la infracción y no para otros), declarando que en estos supuestos, cuando se trate de delitos atribuidos a una colectividad de sujetos en la que exista una organización, más o menos estructurada o jerarquizada, con unos miembros, los más bajos de la escala que son los que realizan los actos materiales de ejecución del delito y que, por ello, más fácilmente pueden ser conocidos y condenados, y otros, los jefes o mandos intermedios de la colectividad, que actúan en la sombra dirigiendo, planificando y ordenando a los inferiores lo que ha de hacerse, ha de entenderse que ya se dirige el procedimiento contra el culpable cuando la querrela o denuncia admitida a trámite o el procedimiento iniciado de oficio se dirige contra esa colectividad, aun cuando no exista designación nominal ni identificación individual de los responsables, interrumpiéndose por tanto la prescripción para todos los partícipes, criterio éste de la interrupción simultánea de la prescripción para todos los partícipes de un mismo hecho delictivo enjuiciados conjuntamente, que es también admitido en el Derecho Comparado.

En definitiva, si el fundamento material de la prescripción consiste básicamente en que el transcurso del tiempo legalmente prevenido termina excluyendo la necesidad de aplicación de la pena, tanto desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, no se aprecia fundamento razonable en la pretensión de que dicha necesidad de pena subsista únicamente, en estos supuestos, para los acusados situados en los puestos inferiores de la escala delictiva (normalmente aquellos que resultan más prontamente identificados), y por el contrario se haya extinguido para los mandos superiores o intermedios, lo que incluso podría considerarse discriminatorio, pues todas ellas son penalmente responsables de un mismo hecho delictivo, investigado en un mismo procedimiento que progresa en el tiempo hasta el total esclare-

cimiento del hecho y de sus últimos responsables y todos son enjuiciados simultáneamente, por lo que el tiempo transcurrido –a los efectos de borrar la «memoria» social del delito y eliminar la necesidad de pena– es igual para todos.

En cualquier caso, y como ya se ha expresado, es criterio jurisprudencial firme y consolidado, que la interrupción de la prescripción del delito por «dirigirse el procedimiento contra el culpable» no exige una inculpación formal, mediante auto de procesamiento a citación formal para prestar declaración en concepto de imputado, bastando que en el procedimiento hayan aparecido ya unas personas determinadas a las que sea legítimo señalar como posibles responsables, para que pueda decirse que contra ellas está dirigido el procedimiento (Sentencias 25 de enero de 1994, 14 de febrero, 14 de abril, 30 de septiembre, 16 y 30 de diciembre de 1997, entre otras muchas).

(Sentencia de 25 de enero de 1999)

Sólo tienen fuerza interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial propio de una puesta en marcha del procedimiento: delimitación de tales

Quinto.—A mayor abundamiento téngase en cuenta que el término de la interrupción del artículo 132.2 del nuevo Código ha de entenderse en relación a los actos procesales encaminados al descubrimiento del delito e identidad de los culpables (Sentencia de 14 de septiembre de 1990), quedando pues fuera de tal ámbito los de mero trámite (ver la Sentencia de 26 de noviembre de 1996). En tan difícil cuestión jurídica, sólo tienen virtualidad interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial propio de una puesta en marcha del procedimiento. Es decir, únicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material puede entenderse interrumpida la prescripción, que no se ve afectada por la realización de diligencias inocuas o que no afecten al procedimiento. La Sentencia de 10 de julio de 1993 advierte que las resoluciones sin contenido sustancial no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de interrupción.

El problema es definir lo que ha de entenderse por «contenido sustancial». En ese sentido ha de afirmarse que sólo aquellas decisiones judiciales que constituyan efectiva prosecución del procedimiento contra culpables concretos producen efecto interruptor. Ello significa, al ahondar más en la cuestión, que no cualquier diligencia o acto procesal tiene fuerza, aun cuando no sea de mero trámite ni inocua, para interrumpir el curso de la prescripción. Lo que la Ley exige no es cualquier movimiento del procedimiento, sino actos procesales dirigidos contra el culpable (ver la Sentencia de 20 de mayo de 1994) de manera concreta e individualizada.

(Sentencia de 4 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 134

Prescripción: doctrina general. Aplicación de esta doctrina a la prescripción de las penas cuyo cómputo queda interrumpido por el acuerdo del Tribunal de suspender la ejecución de la pena por petición de indulto

Tercero.—La prescripción significa la expresa renuncia, por parte del Estado, del derecho a juzgar, en razón a que el tiempo transcurrido borra de alguna manera los

efectos de la infracción, institución de carácter puramente material o de derecho sustantivo, ajena por tanto a las exigencias procesales de la acción persecutoria.

Transcurrido un plazo razonable, fijado por la norma, desde la comisión del delito, la pena ya no es precisa para la pervivencia del orden jurídico, ya no cumple sus finalidades de prevención social. Quiere ello decir que el *ius puniendi* viene condicionado por razones de orden público, de interés general o de política criminal, de la mano de la ya innecesariedad de una pena y de cuanto el principio de mínima intervención representa (ver las Sentencias de 4 de junio y 12 de marzo de 1993). En conclusión, resulta altamente contradictorio imponer un castigo cuando los fines humanitarios, reparadores y socializadores, de la más alta significación, son ya incumplibles dado el tiempo transcurrido.

Mas, independientemente de tales consideraciones de fondo, justificativas ciertamente de lo que el derecho sustantivo acuerda y resuelve, es importante aquí consignar la viabilidad legal de la apreciación de la prescripción en cualquier estado del procedimiento u oportunidad procesal incluso aunque se alegare como cuestión nueva cuando la interposición de la casación, incluso también, se ha dicho ya, en la misma vista del recurso.

A mayor consideración no se olvide que sólo tiene virtud interruptora de la prescripción aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que la investigación o el trámite procesal avanza superando la inactivación y la parálisis. Únicamente cuando los actos procesales están dotados de auténtico contenido material puede entenderse interrumpida la prescripción (Sentencia de 8 de febrero de 1995). El cómputo de la prescripción, dice la Sentencia de 30 de noviembre de 1974, no se interrumpe por la realización de diligencias inocuas o que no afecten al procedimiento. La de 10 de julio de 1993 advierte que las resoluciones sin contenido sustancial no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de interrupción. Cuando se habla de resoluciones intrascendentes se hace referencia, por ejemplo, a expedición de testimonios o certificaciones, personaciones, solicitud de pobreza, reposición de actuaciones, incluso órdenes de busca y captura o requisitorias (Sentencias de 10 de marzo de 1993 y 5 de enero de 1988). En conclusión, aquellas decisiones judiciales que no constituyan efectiva prosecución del procedimiento contra los culpables, no producen efecto interruptor alguno.

Cuarto.—La doctrina expuesta, con clara referencia a la prescripción del delito, es de aplicación, con los matices correspondientes, a la prescripción de la pena, en tanto los mismos fundamentos, las mismas causas y los mismos efectos se han de producir y analizar en aquellos supuestos en los que la actividad judicial y la marcha del proceso, globalmente considerado, se paraliza en la fase ya de ejecución de sentencia.

No se trata pues de supuestos acaecidos *ex ante* de la resolución judicial, sino *ex post*, tras la notificación de la resolución judicial o, por mejor decir, tras la declaración de firmeza de la Sentencia que ha de ser obedecida, si queremos respetar y dar cumplimiento a la redacción gramatical de los preceptos sustantivos arriba mencionados. Es cierto, sin embargo, que los casos prácticos traídos a colación ante los Tribunales de Justicia han afectado siempre al problema de la prescripción del delito, quizás porque las posibilidades de interrupción y las incidencias de la tramitación son más evidentes antes de la Sentencia, y no después. No puede olvidarse, ello no obstante, la trascendencia, en la culminación de la justicia de caso concreto, de lo que la fase de ejecución representa. De ahí que el principio de legalidad, estrictamente observado, ha de primar cualquier decisión que haya de adoptarse en estas cuestiones.

Muchos son los problemas que la prescripción, especialmente del delito, plantea en la realidad jurídica, ninguno de ellos aquí cuestionados. Ahora el tema a debatir es claro, concreto y conciso, como a continuación se verá.

Quinto.—Son hechos acreditados que en la Sentencia dictada el 25 de mayo de 1992, declarada firme el 29 de junio siguiente, se condenó al recurrente por dos delitos, uno de falsedad y otro contra la salud pública, cada uno de ellos a la pena privativa de libertad de 6 meses y 1 día y multa, tal se ha dicho más arriba. Tanto en el nuevo Código Penal (artículos 33.3 a), 133.1 y 134) como en el Código Penal derogado (artículos 115 y 116), el plazo de prescripción es de cinco años, y en ambos Códigos el día inicial se computa desde que la Sentencia queda firme, independientemente de lo que sucediera desde la indicada firmeza hasta el día 29 de abril de 1998, que es cuando fue capturado el acusado.

Ocurre, sin embargo, que en este último supuesto de ahora concurre la especial circunstancia de que el propio Tribunal, con el asentimiento del Fiscal y del también propio acusado, suspendió la ejecución de la Sentencia hasta que se resolviera sobre el indulto solicitado por éste al Ministerio de Justicia.

El artículo 4.4 del Código Penal, en su último inciso, permite tal suspensión, mientras no se resuelva sobre el indulto, cuando, de ser ejecutada la Sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria.

Es entonces obvio que la suspensión acordada por la Sala de instancia tiene necesariamente que paralizar, excepcionalmente, los efectos de la prescripción de la pena. Ello conlleva, naturalmente, la desestimación del recurso en tanto el nuevo Código no es, en consecuencia a lo dicho, más beneficioso para el reo, independientemente de lo expuesto en orden al artículo 4.4 del Código de 1995.

(Sentencia de 1 de diciembre de 1999)

ARTÍCULO 138

Animus necandi: criterios para su determinación

Primero.—Como recuerda la Sentencia de 2-4-1998, desde el punto de vista externo y puramente objetivo un delito de lesiones y un homicidio (asesinato o parricidio) frustrado son totalmente semejantes. La única y sola diferencia radica en el ánimo del sujeto que, en uno tiene tan sólo una intención de lesionar y en el otro una voluntad de matar. Es el elemento subjetivo, personal e interno lo que diferencia que unos hechos aparentemente idénticos puedan juzgarse como lesiones, por concurrir en ellos el *animus laedendi* o como homicidio por existir *animus necandi* o voluntad de matar.

Tal elemento interno, salvo que el propio acusado lo reconozca, debe inferirse por el juzgador de una pluralidad de datos, suficientemente acreditados con la prueba, que hagan aflorar y salir a la superficie ese elemento subjetivo escondido en el interior del sujeto.

Dichos criterios de inferencia pueden concretarse en los siguientes:

a) La dirección, el número y la violencia de los golpes —Sentencias, por todas, de 23 de marzo, 14 de mayo y 17 de julio de 1987, 15 de enero de 1990, 31 de enero, 18 de febrero, 18 de junio, 11 de octubre y 6 de noviembre de 1991, 30 de enero, 4 de junio y 6 de noviembre de 1992, 247/1993, de 13 de febrero, 764/1993, de 5 de abril, 50/1994 y 1062/1995, de 30 de octubre.

b) Las condiciones de espacio y tiempo –Sentencias de 21 de febrero de 1987, 18 y 29 de junio, 11 de octubre, 6 de noviembre de 1991, 2 de julio de 1992, 9 de junio de 1993 y 2167/1994, de 14 de diciembre.

c) Las circunstancias conexas con la acción –Sentencias de 20 de febrero de 1987, 18 de enero, 18 de febrero, 29 de junio, 10 de octubre y 6 de noviembre de 1991, 17 de marzo, 13 de junio y 6 de noviembre de 1992, 247/1993, de 13 de febrero, 386/1993, de 23 de febrero, 764/1993, de 5 de abril y 2132/1993, de 4 de octubre, 50/1994, de 14 de enero y 1062/1995, de 30 de octubre.

d) Las manifestaciones del propio culpable, palabras precedentes y acompañantes a la agresión y actividad anterior y posterior al delito –Sentencias de 12 y 19 de marzo de 1987, 29 de junio y 10 de octubre de 1991, 17 de marzo, 13 de junio y 6 de noviembre de 1992, 247/1993, de 13 de febrero, 9 de junio de 1993 y 351/1994, de 21 de febrero.

e) Las relaciones entre el autor y la víctima –Sentencia de 8 de mayo de 1987–.

y f) La misma causa del delito.

Mas esos criterios inferenciales, descritos de forma ejemplificativa, no son únicos y, por ende, no constituyen un mundo cerrado o *numerus clausus*, ya que cada uno de ellos no presenta carácter excluyente, sino meramente complementario y acumulativo en la carga indiciaria y en la dirección convergente desenmascaradora de la oculta intención.

Pues bien, el recurrente considera que la inferencia efectuada por el Tribunal sobre la existencia del ánimo de matar es errónea, dado que su defendido, por ser un experto cazador, si hubiera tenido intención de matar hubiera disparado a otra zona más letal, como la cabeza, nuca o espalda, hubiera utilizado otro proyectil más mortífero y también podría haber insistido en el ataque.

Tal pretensión –reveladora de un proceso de evaluación paralela comprensiblemente interesado– no descalifica la opción resultante de la apreciación de todos los elementos antecedentes, coetáneos y subsiguientes a la acción que el Tribunal sentenciador ha extraído del conjunto de observaciones inherentes al principio de inmediación. La esencial imposibilidad de calificar de errónea, arbitraria, ilógica o contraria a las reglas del criterio humano, la deducción efectuada por el órgano judicial anula la potencialidad rectificatoria que aparentemente imprime a su alegato quien recurre, pues de los hechos probados lo que se deduce de manera coherente –tal como recoge el fundamento jurídico primero de la combatida– es la presencia del elemento subjetivo cuestionado.

El procesado, no sólo había amenazado a la víctima a través del alguacil del Ayuntamiento el mes anterior, diciendo «que le iba a matar» y «que le iba a pegar un tiro», sino que el día de los hechos le estaba esperando en la calle con su escopeta de caza del calibre 12, cargada con perdigones del calibre cuatro, por lo que el agredido al verle, echó a correr hacia el Ayuntamiento oyendo al procesado decir «no corras hijo de puta, que de ésta no te escaparás», y cuando se hallaba subiendo ya los escalones de entrada, el procesado, a la distancia de dos metros, alzó la escopeta y le disparó hacia la región lumbar alcanzándole en el costado derecho, penetrando por la nalga y alcanzando la cavidad abdominal a nivel de la fosa ilíaca derecha provocando diez perforaciones intestinales y alojándose diecisiete perdigones entre el meso intestino delgado, el epilón mayor y la propia pared abdominal, todo lo cual le hubiera causado la muerte de no haber sido trasladado inmediatamente al hospital donde fue intervenido de urgencia.

En consecuencia, y aun cuando sólo se hiciera un disparo, la intención homicida es evidente: el perdigón de calibre cuatro utilizado es apto para matar, la zona alcanzada era vital, si la víctima no murió fue debido a la inmediata intervención quirúrgica

y, precisamente porque el procesado es un experto cazador, consiguió alcanzar al agredido, a pesar de que éste salió corriendo y se hallaba subiendo ya los escalones de entrada al edificio municipal.

Por otra parte, una vez realizado el disparo, el acusado no auxilió al señor C. sino que se ausentó del lugar con el convencimiento de haberlo matado como lo acredita el hecho de que se entregara a la Guardia Civil afirmando que «acababa de pegar un tiro al Alcalde».

El comportamiento descrito es, por sí mismo, ilustrativo de una secuencia de objetiva agresividad que, tanto por la potencia letal del arma utilizada como por la proximidad del disparo y zona corporal herida, exterioriza intenciones que exceden con mucho de las meramente lesivas. Si a ello se añade que las expresiones vertidas por el acusado y la conducta desarrollada por éste antes, durante y en los momentos inmediatamente posteriores al hecho evidencian, de un lado, una decidida determinación de consumar sus amenazas y, de otro, la ausencia de una acción auxiliadora o de asistencia al herido que, de no ser intervenido quirúrgicamente de urgencia, hubiera fallecido, no cabe sino ratificar la existencia del *animus necandi*, lo que significa, obviamente, el rechazo de la tesis recurrente.

(Sentencia de 23 de febrero de 1999)

ARTÍCULO 139.3

No existe ensañamiento en muerte por ahorcamiento sin que consten males añadidos para aumentar deliberadamente el dolor de la víctima

Primero.—(...) Se alega, en defensa de la aplicación de la agravante de ensañamiento, que han concurrido hechos de por sí suficientes para apreciar dicha agravación de aumentar, no importa que lo sea de forma física o psíquica, deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido. Y se argumenta, en defensa del motivo, entre otros extremos, que en el caso de autos concurren elementos como la privación de libertad, con intimidación física y psíquica, de una chica joven, a la que se le amenaza durante un muy largo tiempo a punta de navaja, cuando se encontraba tirada en la parte trasera de una furgoneta, obligándola durante un trayecto de más de seis horas a proporcionar todo tipo de datos, tanto personales como relativos a su familia y allegados, hasta terminar, en una fábrica de ladrillos abandonada en el término municipal de Numancia de la Sagra, atada de pies y manos con cinta adhesiva y oyendo a los secuestradores deliberar, discutir, sopesar y sentenciar finalmente —con toda crueldad— su inmediato y fatal destino, todo ello contribuye a la génesis de una angustia mayor y de un sufrimiento escalofriante, y tuvo que apercibirse necesariamente, por las características del angosto lugar, de la decisión de acabar con su vida ahorcándola, causándole una lenta agonía al haberle colocado sus asesinos una cuerda alrededor del cuello, después de haber realizado un nudo complejo cuya característica era impedir la regresión al ser tensado.

Lo que se acaba de exponer por la acusación particular, en defensa de la concurrencia de la agravante de ensañamiento, no se corresponde exactamente con el relato fáctico que se hace en la sentencia de instancia. Se entremezclan hechos que se declaran probados con otros que no se consignan como probados y éste Tribunal de Casación, dado el cauce procesal esgrimido, está obligado a ceñirse a aquello que el Tribunal sentenciador declara como ocurrido. Y en ese relato se dice que cuando discuten y llegan a la conclusión de que deben acabar con su vida lo hacen en una estancia contigua a aquella en la que se encontraba Anabel S., sin que se haga constar que

la víctima pudo escuchar la conversación y aunque el Tribunal de instancia reconoce, al rechazar esta circunstancia de agravación en el primero de sus fundamentos jurídicos, que «es innegable que en la muerte por ahorcamiento la víctima puede percibir que está perdiendo la vida irremediablemente, y padecer por ello un sufrimiento psíquico y físico consustancial al propio hecho luctuoso», añade que «los medios empleados y anteriormente descritos son los necesarios para asegurar la ejecución del delito, y no para aumentar deliberadamente el sufrimiento».

Ciertamente, conforme a la doctrina de esta Sala, el relato de hechos probados que se hace por la Audiencia de Toledo no permite la apreciación de la agravante postulada.

Tiene declarado esta Sala que la agravante de ensañamiento se caracteriza por la presencia de la complacencia en el sufrimiento causado a la víctima, elemento subjetivo que entraña el íntimo propósito de satisfacer instintos de perversidad provocando, con conciencia y voluntad decidida, los elementos objetivos que le son propios consistentes en males innecesarios y máximo dolor y sufrimiento a la víctima en la acción homicida (cfr. SSTs de 25 de abril de 1988 y 24 de septiembre de 1997).

La crueldad innegable que acompañó a la acción de los acusados y la brutalidad de la agresión, no viene acompañada, en el relato fáctico de la sentencia, de males realizados precisamente para aumentar el dolor de la víctima y al margen de los que se necesitaban para ejecutar la acción delictiva y queridos por los sujetos activos del delito de manera directa e inhumana precisamente para aumentar su dolor.

(Sentencia de 5 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 142

Delitos imprudentes: doctrina general y determinación del grado de culpa

Segundo.—(...) La conducta imprudente o culposa se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: *a*) una acción u omisión voluntaria de la que esté ausente todo dolo directo o eventual; *b*) un elemento subjetivo consistente en el desprecio a las racionales consecuencias nocivas de la acción u omisión, siempre previsibles, prevenibles y evitables, y que distinguen la culpa consciente de la culpa inconsciente según que el peligro que entraña la conducta haya sido efectivamente previsto o hubiera debido serlo; *c*) el elemento normativo, constituido por la infracción del deber objetivo de cuidado que se integra no sólo por la respuesta exigible al hombre consciente y prudente, sino también por las reglas que impone la experiencia común, gran parte de las cuales forman parte de las normas reglamentarias que rigen la vida de la sociedad y en cuyo escrupuloso cumplimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro, hallándose en la violación de tales principios o normas sociales o legales, la raíz del elemento de la antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes; *d*) la causación de un daño; y *e*) la relación de causalidad entre la acción u omisión descuidada e inobservante de las mencionadas normas, y el daño sobrevenido. En síntesis, la infracción culposa o imprudente supone un resultado lesivo y previsible y un vacío, de mayor o menor envergadura, en el respeto y observancia del deber de cuidado que el ordenamiento legal y las reglas que impone la convivencia de las personas que forman el grupo humano exigen cuando se desarrolla una actividad peligrosa susceptible de ocasionar daños a los demás.

La determinación del nivel o grado de la culpa corresponde al órgano juzgador, que habrá de proceder a una delicada labor valorativa *ex post facto*, analizando cuidadosamente los elementos básicos de la culpa penal, evaluando la cualidad e intensidad de la desatención, en función del riesgo desencadenado por esta torpe actuación del

agente, a la entidad del deber objetivo de precaución omitido, que vendrá a su vez determinada por las circunstancias cognoscibles por el ciudadano medio y por el sujeto activo del hecho en concreto y las reglas de la experiencia y las legales que marcan la pauta de procedencia en la situación de que se trata (véase la STS 14 de febrero de 1997, que contiene, *in extenso*, las consideraciones consignadas, junto a las sentencias que en ella se citan; también, entre otras, la STS 15 de abril de 1997).

(Sentencia de 18 de enero de 1999)

Atropello a peatón por conductor con alcohol en sangre de 1,68 g/l, circulando con exceso de velocidad; creación de riesgo desaprobado corresponde en exclusiva al conductor; no concurrencia de culpas

Segundo.—(...) Con independencia de que en sede teórica la hipotética concurrencia de culpa de la víctima, nunca podría disminuir la entidad de la culpa del conductor, porque la situación de culpa en uno y otro no neutraliza ni degrada la más grave sino que daría lugar a una situación en la que habría que valorar y calificar en su caso las diversas culpas que se apreciaran, con incidencia —si acaso— en la materia de indemnización civil, de conformidad con el artículo 114 del Código Penal, es claro que en el presente caso no se está en presencia de concurrencia alguna relevante ni penal ni civil por parte del peatón por lo que la creación del riesgo desaprobado debe imputarse exclusivamente al conductor dada su ingesta alcohólica durante toda la noche como reconoció en la declaración sumarial obrante al folio 20, ingesta alcohólica que si bien en las pruebas de etiolometría alcanzó una tasa de 0,88 a las 10.45 h y de 0.83 a las 11.08 h, en la prueba más exacta de alcohol en sangre, la que se le extrajo a las 11.25 h —folio 8—, arrojó un resultado de 1,68 mg/l como se evidencia al folio 44. Desde esta realidad se evidencia una importante ingesta alcohólica con clara incidencia en la conducción materializada en dos aspectos: conducción desatenta y a velocidad superior a la legalmente permitida con imposibilidad de controlar el vehículo, teniendo en cuenta las características de la vía: tramo recto, tres carriles en el mismo sentido con seto central y con otros tres carriles en el sentido contrario, y a las características climatológicas: diez horas de la mañana —folio 13, atestado policial y reportaje gráfico de los folios 30 y siguientes—, por todo ello debe reputársele exclusivo creador del riesgo que tuvo como consecuencia el atropello del peatón, atropello que equivale a la realización del mismo peligro creado por aquella acción sin que la acción del peatón de cruzar por el paso de cebra existente en sitio bastante alejado al punto de cruce pueda en este concreto caso tener relevancia alguna —ni siquiera en clave de responsabilidad civil en la línea prevista en el artículo 114 del Código Penal—, ante la enormidad de la conducción peligrosa asumida por el recurrente.

(Sentencia de 22 de febrero de 1999)

Puñetazo en el abdomen que causa la muerte al estar afectada la víctima por el SIDA: imputación objetiva: concreción de peligro en el resultado

Único.—(...) 2. La jurisprudencia de esta Sala (confróntese entre otras SSTS de 12-6-1989 recurso núm. 3168/1986); 17-7-1990 (recurso núm. 811/1988); 30-5-1991 (recurso núm. 6219/1988); 2-12-1991; 29-5-1992 (recurso núm. 4892/1989); 3-6-1992 (recurso núm. 6393/1989); 17-10-1992; 12-2-1993 (recurso núm. 1704/1990); 21-12-1993 (recurso núm. 2986/1992); 26-6-1995 (recurso núm. 1791/1994) y

28-10-1996) viene sosteniendo que la relación entre la acción y el resultado en delitos cuyo tipo penal incluye la lesión del objeto de la acción no se limita a la comprobación de la causalidad natural, sino que dependerá de la posibilidad de la imputación objetiva del resultado de la acción. En general es posible afirmar –como precisa el cuidadoso dictamen de la señora Fiscal– que sin causalidad (en el sentido de una ley natural de causalidad) no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro.

En el presente caso, la cuestión de la causalidad natural no ofrece la menor duda: de acuerdo con la fórmula de la teoría de la condición (*conditio sine qua non*), si el acusado no hubiera golpeado a la víctima, ésta no habría sufrido las lesiones que le provocaron la muerte.

Tampoco da lugar a dudas que golpear a otro constituye una acción que genera un peligro jurídicamente desaprobado. Sin embargo, es precisa una mayor reflexión respecto de la cuestión relativa a si la muerte es la realización del peligro creado por la acción. Al respecto la Sala debe alertar respecto de cierta tendencia a confundir la realización del peligro con la cuestión de la previsibilidad del resultado. El resultado puede ser previsible y, sin embargo, no ser la concreción del peligro. En realidad, casi todo es previsible, en el sentido de una representación posible del autor respecto del resultado de su acción. La concreción del peligro en el resultado, por el contrario, requiere un juicio relativo a la intensidad del peligro creado y su relación con el resultado. Dicho de otra manera: se trata de establecer cuál es el riesgo que se concreta en el resultado cuando el bien jurídico se encuentra sometido ya a una situación de riesgo. Esta es la situación en la que se encontraba la víctima cuando se produjo la agresión del acusado, dado que sufría del síndrome de inmunodeficiencia adquirido. Pero, es claro que la muerte no aparece en este caso como la concreción de los efectos del SIDA, ni como una mera variante de ellos, sino como la realización del peligro implícito en el puñetazo que recibió el occiso; es evidente que la víctima no murió a causa del SIDA. Esta conclusión puede ser fundamentada también desde el ámbito de protección de la norma, dado que las normas que protegen la integridad corporal y la vida no dejan fuera de protección, respecto de los peligros provenientes de las agresiones, a los que padecen tal enfermedad, es decir a quienes están sometidos a un riesgo futuro de cierta indeterminación en el tiempo.

3. Distinto es el problema de si el acusado pudo saber o haber supuesto que el agredido padecía de SIDA y que esto favorecería ciertas consecuencias de su puñetazo. Pero esta cuestión, que, a diferencia de la de la imputación objetiva, sólo afecta al tipo subjetivo, ha sido adecuadamente considerada en la sentencia recurrida al excluir el dolo respecto del resultado de muerte. La pretensión del recurrente en relación a la exclusión de la imprudencia no puede ser fundamentada en la imposibilidad del autor de conocer la patología sufrida por el fallecido, como lo sostiene el recurrente, pues el deber de cuidado, es decir, la prohibición de ejecutar una acción que entraña un riesgo superior al permitido, no depende del conocimiento del autor de todos los elementos de la situación en la que actúa. La argumentación del recurrente, en verdad, traslada a la imprudencia exigencias que corresponden sólo al dolo.

Sin embargo, todo esto no prejuzga sobre la gravedad de la imprudencia del acusado, cuestión que es sustancial para decidir sobre la aplicabilidad del artículo 142 CP. En este sentido se debe señalar que en los casos en los que el resultado acaecido guarda una cierta desproporción estadística entre la conducta realizada y lo que habitualmente ocurre –como en este caso– la gravedad de la imprudencia debe ser degradada. Conse-

cuentemente, en el presente caso sólo podría ser subsumido bajo el tipo de la falta del artículo 621.2 CP, cuya aplicación, sin embargo, no se puede materializar pues en la causa no se cumplen las condiciones de procedibilidad previstas en el núm. 6 de dicho artículo.

(Sentencia de 29 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 147

Adopción de la forma dolosa al comienzo de la acción y causación de un resultado no querido pero previsible: delito doloso de lesiones en concurso ideal con otro de lesiones por imprudencia

Único.—(...) Entiende el Ministerio Público que «las lesiones descritas en el *factum* conforman un supuesto, al menos a título de dolo eventual respecto a las consecuencias del ánimo lesivo que se describe, con datos objetivos que así lo acreditan» ya que, al no especificarse nada al respecto, cuando se produzcan cualesquiera de los resultados contemplados en los actuales artículos 149 y 150, ya sean producidos por dolo directo, indirecto o eventual, deberán de aplicarse las penas señaladas en los mismos. Por ello, si la jurisprudencia de la Sala ha admitido en cuanto a la gravedad o no de la deformidad, una modulación de la doctrina que estima siempre la pérdida de piezas dentales como deformidad, en aquellos casos que tenga una menor entidad por tratarse de una pérdida de una pieza aislada quizá sean éstos los supuestos que deberán quedar reservados al carácter no grave de la deformidad y, por lo tanto, subsumibles en el artículo 150, como es el caso de autos.

En apoyo de su tesis y aun cuando la existencia de la deformidad se asuma en la combatida, el Fiscal dedica una parte de su recurso a citar sentencias de este Tribunal definidoras de tal resultado lesivo, por lo que no resulta comprensible la conclusión impugnatoria que —salvo que se trate de un error material— afirma que «por ello ha sido correctamente apreciada en la sentencia de instancia la inclusión de los hechos enjuiciados en el artículo 420.3.º (sic) del Código Penal en su anterior redacción vigente en el momento de su comisión», cuando en el suplico del recurso lo solicitado es la casación y anulación de la combatida «para que se dicte otra más ajustada a derecho».

Por contra, el Letrado que impugna el recurso sostiene que el recurrente se limita a analizar la infracción que, a su juicio, ha cometido la sentencia recurrida, pero sin efectuar razonamiento alguno tendente a desvirtuar la tesis sostenida por la Sala sentenciadora en orden a la aplicación por parte de la misma, en relación con los hechos que declara probados, de la figura de las lesiones, bajo su nueva tipificación de comisión por imprudencia grave del artículo 152.1.3.º, en relación con el artículo 147 y en concurso ideal del artículo 77, todos del Código Penal vigente.

Abierto así el debate, hemos de precisar que la conducta descrita en el *factum* —de necesaria reproducción a estos efectos—: «Sobre las 2 horas del día 8 de marzo de 1997, con ocasión de encontrarse José Luis V. C. frente a la puerta del Pub “Mercedía”, sito en la calle Duque de Sevillano de esta capital, se acercó a él el acusado David M. D., mayor de edad y sin antecedentes penales, el cual recriminó que viniera molestando a su novia Soraya C. O., con quien con anterioridad había mantenido relaciones de noviazgo José Luis. Llegando el acusado a agarrarle por la pechera, desprendiéndose del cuello de José Luis dos cadenas de oro tasadas en 33.700 pesetas. Dándole el imputado un cabezazo que le hizo caer al suelo, causándole heridas de las que curó en diez días, tras precisar tratamiento traumatológico y odontológico, sufriendo la pér-

didada del incisivo superior central derecho. Los honorarios satisfechos a un dentista ascienden a 115.000 pesetas. José Luis V., al ser auxiliado por sus amigos para llevarle a un centro hospitalario, se apercebíó de la pérdida de las dos cadenas, lo que le indicó a aquéllos, desistiendo de buscarlas» (sic), es examinada por el Ministerio Público a la luz de la doctrina jurisprudencial referida al delito de lesiones dolosas, bien a título de dolo directo o de dolo eventual, haciendo un análisis retrospectivo del antiguo artículo 421.2 del Código Penal derogado en relación con los artículos 418 y 419 del mismo Código, para concluir, en síntesis, que en la actualidad las lesiones sólo tienen cabida o tipificación en los vigentes artículos 149 y 150, cuando se producen los resultados lesivos contemplados en dichos preceptos, en el caso de autos, «pérdida de incisivo superior central derecho».

Pues bien, dicho alegato recurrente no entra a considerar que en el Título de las Lesiones del nuevo Código Penal, se ha introducido, de forma novedosa, la figura de las lesiones causadas por imprudencia grave (art. 152 NCP), que son, igualmente y de forma severa, castigadas, como en el caso de autos, con la pena de prisión de seis meses a dos años, en los supuestos de las lesiones del artículo 150 es decir, pérdida de miembro no principal, deformidad, etc., lo que, según la doctrina reseñada en el escrito de impugnación del recurso, evidencia que el nuevo Texto Legal ha puesto fin a la significación de los delitos imprudentes mediante cláusulas genéricas de incriminación para tipificar ahora los delitos imprudentes en particular, tal como se define en el vigente artículo 12 NCP, en su relación, en este caso, con el precitado artículo 152, por lo que se propugna la aplicación de una solución de concurso ideal de delitos ya que la prevención especial de la imprudencia, contenida en el artículo 152 NCP, con referencia específica a cada uno de los resultados previstos por los correspondientes delitos dolosos, viene a resolver definitivamente la adecuación al principio de culpabilidad de la regulación jurídico-penal de las lesiones.

Las Sentencias de esta Sala de 15-3-1997 y 22-12-1997 —ésta citada en la recurrida— abundan en la postura interpretativa adoptada en la instancia en términos asumibles de refuerzo argumental por lo que su desarrollo —expuesto en el fundamento jurídico primero y, específicamente, en el epígrafe 4 o 5 de dicho apartado— debe ser acogido en este trance, pues en razón de su contenido, hemos de tener por agotada la respuesta jurisdiccional que la cuestión planteada merece; eso sí, dejando a salvo que —frente a lo que se afirma en la resolución recurrida— no puede predicarse con la contundencia que ésta refleja la necesidad de un dolo específico como exigencia ineludible incorporada a la descripción del tipo del artículo 150 NCP, sino que basta un dolo genérico de lesionar que, en el caso enjuiciado, no ofrece signos de presencia a pesar de existir nexo causal entre la acción del agente y el resultado lesivo. De ahí que se imponga la consideración necesariamente culposa de la acción ejecutada. Términos calificadores que —dadas las peculiaridades del hecho— excluyen, por supuesto, cualquier tentación de invocaciones generalizantes salvo las propiciadas por una identidad circunstancial que permita inferir en términos de lógica racionalidad la misma apreciación del elemento subjetivo cuestionado una vez que éste adoptó la forma dolosa genérica al comienzo de la acción y su resultado ulterior comportó un plus *in effectu* no querido pero previsible. Ambos componentes se engarzan en un híbrido delictivo doloso-culposo que, sin necesidad de revisar el concepto de la deformidad como resultado, encuentra proporcionalidad y adecuado acomodo en la fórmula adoptada por el Tribunal Provincial cuyo encaje legislativo fluye ahora con naturalidad en el nuevo Código Penal ante la inexistencia del anterior subtipo agravado del artículo 421.2.º, pues dicho Texto Legal impone un tratamiento punitivo no diferenciado por la intensidad del dolo sino por la gravedad del resulta-

do (149-150), propiciando, a la vez, la evaluación correcta de la tenue línea definidora del dolo y la culpa al diseñar el castigo de las acciones u omisiones imprudentes sólo cuando expresamente esté previsto por la Ley (art. 12, art. 152). Por todo ello el motivo se rechaza.

(Sentencia de 5 de marzo de 1999)

Concepto de tratamiento médico

Segundo.—El concepto del tratamiento jurídico es un concepto normativo que, en ausencia de una definición legal, debe ser alcanzado mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que otorgan al mismo la necesaria seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere.

La propia expresión típica del artículo 147 del Código Penal nos permite delimitar su alcance. Así nos señala que el tratamiento médico debe ser requerido objetivamente para alcanzar la sanidad, lo que excluye la subjetividad de su dispensa por un facultativo o de la propia víctima. Además, debe trascender de la primera asistencia facultativa, como acto médico separado, y no se integra por la dispensada para efectuar simples vigilancias o seguimientos facultativos.

De ahí que jurisprudencialmente se haya señalado que por tal debe entenderse «toda actividad posterior a la primera asistencia... tendente a la sanidad de las lesiones y prescrita por un médico» (cfr. STS 2-2-1994). «Aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias, si aquélla no es curable... siendo indiferente que tal actividad posterior la realiza el propio médico o la ha encomendado a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir, quedando al margen del tratamiento médico el simple diagnóstico o la pura prevención médica» (cfr. STS 9-2-1996).

En la STS 3-6-1997 se declara que el tratamiento médico se integra, también cuando se «haya recurrido a medicamentos necesarios para controlar un determinado proceso posterior a una herida, siempre que el paciente pueda sufrir efectos secundarios que comportan un riesgo de una perturbación no irrelevante para la salud».

En las SSTs 21-10-1997 y 9-12-1998 se requirió la existencia de una planificación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa dispuesto tanto para curar una enfermedad como para tratar de reducir sus consecuencias o impedir una recuperación dolorosa.

De lo anterior podemos colegir que el concepto de tratamiento médico parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o, incluso, una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias, incluyéndose, además, las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerlos remedio.

(Sentencia de 9 de marzo de 1999)

Octavo.—El segundo motivo, anteriormente explicado, ha de resolverse sobre la base del nuevo relato histórico, si no fuere suficiente lo que por su parte se relata por la Audiencia.

El problema no deja de ser sugestivo, interesante y discutido. La determinación del concepto al tratamiento médico o quirúrgico atinente, sigue siendo objeto de controversias doctrinales, aunque la postura del Tribunal Supremo (entre otras muchas ver las Sentencias de 26 de febrero de 1998 y 30 de abril de 1997 que después se repetirá), es ya unánime y reiterada.

Dejando de lado los problemas inherentes a la distinción entre el delito de lesiones y la falta de lesiones, artículos 421 y 582 del anterior Código, en aquellos casos en los que, aun no habiendo tratamiento médico o quirúrgico, habría de llegarse al delito en consideración a la forma y manera con que la en principio presunta falta se hubiere producido, tema en el cual el criterio de la Sala Segunda hubo de rectificarse a la vista de la redacción del nuevo artículo 617, más favorable para el acusado que el primitivo 582, dejando de lado tal cuestión, se repite, lo que ahora interesa es definir aquel tratamiento en relación con las lesiones concretas originadas ahora.

El nuevo artículo 147.1 responde en esencia al antiguo artículo 420 y a la filosofía que propició la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/1989, si bien el precepto de ahora se refiere expresamente a la objetividad que ha de presidir la necesidad del tratamiento técnico más arriba dicho, independientemente de que se asehore que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

La solución ha de venir por la aplicación de la doctrina de esta Sala a la concreta relación fáctica asumida por los Jueces de la instancia. En la línea marcada por la Sentencia de 30 de abril de 1997, ha de ponderarse, racionalmente, el análisis de los dos presupuestos indicados sin olvidar, en este sentido, el objeto cortante con el que se causaron las lesiones, las cicatrices y las secuelas también referidas.

Noveno.—De acuerdo con la doctrina de esta Sala Segunda (Sentencias de 12 de julio de 1995, 27 de diciembre, 10 de noviembre y 14 de junio de 1994), en el delito de lesiones, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio, ha de tenerse presente la finalidad perseguida por el legislador, que no es otra que la de sustituir el espíritu tradicional de las lesiones concebidas penológicamente en relación con el resultado lesivo, por otro sistema en el que la tipicidad venga determinada no tanto por el tiempo o sanidad de la lesión cuanto por los medios o formas de su causación, aunque un cierto resultado fáctico haya de ser exigible, pues el propósito de menoscabar la integridad o la salud ha de ir acompañado de un «algo material» (Sentencia de 27 de diciembre de 1994).

Es así que prescindiendo de la mera asistencia, el tratamiento de que habla el legislador es médico o quirúrgico. Si el primero es la planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en Medicina con finalidad curativa, el tratamiento quirúrgico significa cualquier acto de tal naturaleza, cirugía mayor o menor, que fuere necesario para curar en su más amplio sentido, bien entendido que la curación, si se realiza con *lex artis*, requiere distintas actuaciones (diagnóstico, asistencia preparatoria *ex ante*, exploración quirúrgica, recuperación *ex post*, etc.) inmersas todas en las consecuencias penales del acto lesivo, lo que la Sentencia de 28 de febrero de 1992 denomina «tratamiento reparador del cuerpo».

La Sentencia de 6 de febrero de 1993 definía el tratamiento médico como aquel sistema que se utiliza para curar una enfermedad o para tratar de reducir sus consecuencias si aquélla no es curable. Existe ese tratamiento, desde el punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por médico. Es indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente, por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir (dietas, rehabilitación, etc.), aunque deben quedar al margen de lo

que es tratamiento médico, el simple diagnóstico o la pura prevención médica (Sentencia de 2 de junio de 1994). No obstante, se trata de una cuestión que ha de mirarse con mucho cuidado. La *lex artis* es indicativa de una «necesaria actuación», porque las simples medidas de prevención no serán tratamiento médico propiamente dicho. De lo contrario quedaría en manos del facultativo, más o menos exigente, la presencia de un delito o de una falta, de la misma manera que tampoco puede quedar en manos de la víctima el decidir si se necesita, tras la primera asistencia, un tratamiento posterior, médico o quirúrgico.

De todas formas, y por encima de dicha doctrina y volviendo un poco a lo más arriba apuntado, es evidente que el concepto del tratamiento médico ha de entenderse en sentido más bien abstracto o genérico en aquellos casos en los que por las razones que fueren no se acude a dicho tratamiento a pesar de que «naturalmente» sea obligado el mismo a la vista de las características de la lesión o herida producida.

Décimo.—La doctrina precedente puede complementarse con otros supuestos de caso concreto que coadyuvan al esclarecimiento de la cuestión. La Sentencia de 12 de julio de 1995 es altamente esclarecedora por su conexión al supuesto de ahora.

Tal resolución estima, con referencia a una cicatriz de tres centímetros, con puntos de sutura, que el delito se produce porque la naturaleza de dicha herida implica el tratamiento. Nada significa el que en ese supuesto hubiera también otra herida mayor en cuanto a distinta lesionada, o que se hablara de herida incisa. Lo importante es señalar que el tratamiento médico o la actuación quirúrgica supone, en tesis sustentada por la Sentencia de 18 de junio de 1993, «la costura con que se reúnen los labios de una herida» porque ella es precisa para restaurar el tejido dañado. La sutura de la herida, los puntos que se aplican a la misma y su posterior restauración dan lugar al delito (ver la Sentencia de 28 de febrero de 1992). Siempre que sea necesario reparar el cuerpo humano, restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones, se estará en presencia del tratamiento quirúrgico.

Si nos vamos al *Diccionario de la Lengua*, vemos como sutura significa (derivado del latín *suere*) la costura acabada de reseñar. Herida punzante es la producida con un instrumento o arma aguda y delgada. Cicatriz es la señal que queda en los tejidos orgánicos después de curada una herida o llaga. Por último, la costura supone simplemente la acción y efecto de coser.

Con tales definiciones demostrativas de lo que aquí aconteció, resulta difícil sustraerse a la existencia del tratamiento quirúrgico. Fuera de lo que sería la mera vigilancia médica posterior, ya ha quedado dicho que el tipo penal ha de responder a la realidad de lo acaecido, sin que en ningún caso pueda quedar la figura delictiva al criterio o capricho del facultativo o del lesionado cuando, ante una herida, se omite por las razones que fueran, la intervención técnica, ya sea médica ya sea quirúrgica. De igual modo tampoco cabe que desde el punto de vista jurídico se asuman o se rechacen conceptos técnicos propios de la medicina por encima de la realidad objetiva ofrecida por la propia ciencia médica, que es precisamente lo que aquí acontece. Es la objetividad a la que el precepto penal se refiere. Objetivamente hubo herida punzante, hubo cicatriz, hubo sutura. Ello implicaba el tratamiento quirúrgico, sea quien fuere el facultativo interviniente o la denominación que esa actividad médica quiera merecer.

Lo acaecido comporta de por sí el tratamiento médico o quirúrgico del precepto. No se puede ir contra la evidencia que, en este caso, proclama una realidad física evidente. Es así difícil sustraerse a la petición que se contiene en el segundo motivo que ha de estimarse al ser los hechos constitutivos del delito de lesiones del artículo 147 (la reciente Sentencia de 30 de abril de 1998 abunda en la misma tesis cuando se refiere a lo que denomina «sutura de aproximación»). Lo que ocurre es que en este

caso, aparte de haber acaecido los hechos bajo la vigencia del Código de 1973, resulta esta disposición más benigna que la correspondiente del Código de 1995, no obstante queda a salvo el derecho posterior del acusado, o de los acusados, para solicitar en su caso la revisión de las penas.

(Sentencia de 15 de abril de 1999)

ARTÍCULO 148.1

Instrumentos peligrosos: concepto; necesidad de concreta identificación

Tercero.—El tercer motivo de recurso, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la LECrim, alega infracción de los artículos 147 y 148 del Código Penal 1995. Estima la parte recurrente que no procede la aplicación de la agravación prevenida en el artículo 148.1.º del Código Penal 1995 (que en la agresión se hubiesen utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud física o psíquica del lesionado), dado que no se ha acreditado el instrumento utilizado que tanto podría haber sido una cadena como una cuerda o una goma que golpease el ojo de la víctima casualmente, por lo que no habiéndose encontrado cadena alguna y pudiendo haberse dado el golpe por la agresora (una mujer mayor, de 67 años de edad), con una simple cuerda de las que existen en el trastero donde se produjeron los hechos, no debió apreciarse la referida agravación.

Como señala la Sentencia núm. 832/1998, de 17 de junio, la peligrosidad del elemento utilizado para realizar la agresión viene determinada por una doble valoración. De un lado una estimación de carácter objetivo, que se deriva de la naturaleza, forma y composición del instrumento de que se vale el agresor; de otro, el componente subjetivo, que se construye a partir de la intensidad, intencionalidad y dirección dada a los golpes propinados a la víctima.

Este concepto de instrumentos concretamente peligrosos, sustentador de una notoria agravación punitiva, no puede ser interpretado con tal amplitud que vacíe de contenido la función garantista del principio de tipicidad, y es por ello por lo que esta Sala tiene declarado, en relación con la expresión genérica medios o instrumentos peligrosos, que a los efectos de su valoración es necesario contar con una suficiente descripción o concreta identificación del elemento de que se trata (SSTS 29 de septiembre de 1995 o 15 de abril de 1998), a fin de poder efectuar la estimación de carácter objetivo acerca de su naturaleza, forma y composición que constituye el elemento básico, o material del análisis de su peligrosidad.

En el caso actual no consta una suficiente descripción o identificación del instrumento utilizado («un objeto que “podría ser” una cadena de hierro o artilugio similar» según se expresa literalmente en el hecho probado) y, además de ello, los términos hipotéticos del relato fáctico le impiden servir de sustrato suficiente a la apreciación de la agravación (el objeto «podría» ser una cadena o artilugio similar, pero también «podría» no serlo, conforme al relato fáctico, por lo que la duda debe resolverse en favor del reo).

Como señala la reciente Sentencia de 30 de noviembre de 1998, cuando no constan suficientemente las características del instrumento utilizado, para poder evaluar con seguridad su condición de elemento originador de un peligro real y efectivo, las dudas existentes al respecto deben resolverse a favor del reo, pues no cabe admitir apriorismos contrarios al acusado, por lo que en el caso actual dado que el hecho probado carece de la contundencia y claridad necesaria para servir de fundamento fáctico a la aplicación de una agravación punitiva, admitiendo la hipótesis alternativa de la

defensa (también «podría» ser que la acusada —de 67 años de edad— hubiera utilizado una cuerda u otro objeto no específicamente peligroso tomado del trastero donde ocurrieron los hechos), procede la estimación del motivo, eliminando la agravación apreciada.

(Sentencia de 8 de abril de 1999)

ARTÍCULO 152.1

Se considera persona y no feto al ser humano ya formado cuyo nacimiento se ha iniciado: Ginecólogo que diagnostica cólico nefrítico en mujer embarazada, con omisión de actuaciones elementales, cuando los dolores provenían de que se había iniciado el parto

Primero.—(...) Esta Sala, en un supuesto similar al que ahora nos ocupamos, y en la Sentencia a que hace referencia el Ministerio Fiscal, de 5 de abril de 1995, se decantó en favor de la tipicidad de la conducta como delito de lesiones por imprudencia, afirmando que no se vulnera el principio de legalidad, esgrimiendo, entre otros, los siguientes argumentos: «en armonía con los avances científicos, que el concebido tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero —conforme a las técnicas más recientes— de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento, negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea preterida de la *mulieris portio*, es desconocer las realidades indicadas. La regulación penal anunciada, primero en el Proyecto de 1992 y actualmente en el de 1994 en proceso de elaboración legislativa, otorga a estos hechos una tipificación clara y realista que es eco de las razones últimamente expuestas, pero no implica que llene un vacío normativo porque desde la perspectiva actual es posible dotarles de una construcción jurídico-penal, tal como ha venido haciendo implícitamente la jurisprudencia de esta Sala en SS. de 29 mayo 1965, 5 mayo 1988 y 1 abril 1992 referidas a las matronas, y otras a ginecólogos, como las de 29 marzo 1988 y 4 octubre 1990. En conclusión, afirmado como realidad penal el delito de lesiones al feto a través de la violencia ejercida sobre la madre embarazada, o, atribuyéndole, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible, la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad».

La tipicidad de conductas como la que nos ocupa en el presente recurso ha sido sostenida, por lo expuesto, en la doctrina de esta Sala.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 53/1985, ha declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

El caso que examinamos en el presente recurso de casación no se refiere a una vida humana en formación, muy al contrario, las graves lesiones que se exteriorizaron cuando concluyó el parto se causaron al demorarse un nacimiento ya iniciado, en una gestación culminada, impidiéndose que la criatura saliera cuando debía del seno materno.

El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, en ambos tiempos

el nacimiento ya ha comenzado. Las contracciones de la dilatación tienden a ampliar la boca del útero hasta su total extensión y al mismo tiempo empujan al niño hacia fuera, hay ya intento de expulsión del cuerpo materno, que enlaza con las contracciones y dolores propios de la expulsión que coincide con la fase terminal del nacimiento o parto.

Decíamos que el comienzo del nacimiento pone fin al estadio fetal y, por consiguiente, se transforma en persona lo que antes era un feto. No existe en Derecho Penal un precepto que señale, como sucede en el Código Civil, la delimitación, a los efectos pertinentes, de la consideración jurídica de persona. Lo que no cabe duda es que la conceptualización de persona a partir del momento en que se inicia el nacimiento se sitúa en la línea de la mayor efectividad de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud que proclaman los artículos 15 y 43 de nuestra Constitución.

El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. No son, pues, los delitos de aborto ni de lesiones al feto los que procede examinar. No es la salud, integridad o vida del feto lo que se pone en peligro sino la salud e integridad física de una «persona», el otro, al que se refieren el artículo 420 del Código Penal derogado y el artículo 147 del vigente Código Penal.

Esta Sala, en la Sentencia 746/1996, de 23 de octubre, ya había señalado las diferencias existentes entre las concepciones biológicas y jurídicas que marcan la noción de vida en el siglo XIX de las que prevalecen actualmente, pues biológicamente es claro, en la actualidad, que la vida existe desde el momento de la concepción y como vida humana en germen es protegida hasta el comienzo del nacimiento. Por consiguiente, y así se infiere de dicha sentencia, a partir del comienzo del nacimiento deja de ser feto y se inicia su protección como persona.

Debe, igualmente, tenerse en cuenta que la agresión propia de un delito contra las personas no requiere que la acción u omisión lesiva se produzca mediante actuación directa sobre la víctima, es perfectamente posible que la acción u omisión que crea la situación de riesgo o peligro para el bien jurídico protegido se produzca a través de otra persona u objeto, otra cosa no puede entenderse cuando el artículo 147 del vigente Código Penal y el artículo 420 del Texto derogado, con notoria amplitud, se refieren a causar lesión por cualquier medio o procedimiento. Así, tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 9 de junio de 1998, que la reforma de los delitos de lesiones operada por la LO 8/1983 significó un cambio trascendental en la estructuración de los tipos penales que protegen la integridad corporal y la salud. Mediante la nueva redacción se pasó de un sistema caracterizado primordialmente por describir determinadas formas de acción, que implicaban explícitamente una actuación sobre el cuerpo de la víctima (herir, golpear, maltratar de obra), a otro sistema en el que la forma de la acción carece de una caracterización especial. De esta manera lo decisivo ya no es la forma de la acción, sino su causalidad respecto al resultado de menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental.

Queda, pues, afirmada la legalidad de la aplicación del delito de lesiones al caso que nos ocupa, en cuanto resulta perfectamente acreditado, por el relato fáctico de la sentencia de instancia, que el objeto de la acción, en este caso omisión, y el bien jurídico protegido coinciden en una criatura ya formada y en un tiempo en el que ya se han producido en el organismo de la madre las contracciones de dilatación del útero, tendentes a la expulsión, que el acusado confunde con dolores lumbares consecuentes a un cólico nefrítico. El nacimiento ya se había iniciado y la víctima, por consiguiente, era una persona.

Segundo.—Afirmada la legalidad de una posible calificación como delito de lesiones, pasamos a examinar si los hechos son constitutivos de imprudencia temeraria como solicita el Ministerio Fiscal en su recurso.

Un repaso a los momentos más importantes del suceso permiten fundamentar, sin duda, una imprudencia temeraria con resultado de lesiones, que se tipifica como delito de lesiones por imprudencia grave en el Código Penal de 1995.

Así, reiterando lo antes expresado, el acusado es médico-ginecólogo que se encarga de la asistencia al embarazo y parto de doña María de las Nieves M. D. Pese a que el embarazo, que en principio fue gemelar, llevaba aproximadamente 38 semanas de gestación, ante los fuertes dolores abdominales que padece la embarazada, diagnóstica, sin consultar con ningún urólogo u otro facultativo, que esos dolores son consecuentes a un cólico nefrítico. Indica su ingreso en una clínica, donde queda internada como una enferma más, y no obstante evidenciarse, por la analítica (sangre y orina) y ecografía obstétrica practicada, una marcada disminución del líquido amniótico y obra abdominal y de gestación (indicativa de «trabajo de parto»), insiste en su inicial diagnóstico y no le practicó reconocimiento ginecológico alguno. Una hora después, sí lo hizo una matrona de la clínica, a instancia de la propia embarazada, comprobando que ésta se hallaba con una avanzada dilatación, por lo que la envió, enseguida, al paritorio, donde se produjo el parto, ya con asistencia del acusado. El niño nació padeciendo una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, secundaria a factores de hipoxia-isquémica cerebral.

El comportamiento humano, criminalmente relevante, puede presentar dos aspectos diferentes: un hacer algo, conducta activa, denominada «acción», que también podemos llamar «comisión», y un no hacer lo debido, en principio considerado como conducta pasiva, denominada «omisión».

Los delitos de omisión ofrecen dos modalidades: los delitos propios o puros de omisión y los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión.

La estructura del tipo objetivo del delito de comisión por omisión se integra por tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: *a*) una situación típica; *b*) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y *c*) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propios y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo.

La posición de garante del recurrente en los hechos enjuiciados aparece incuestionable en cuanto estaba encargado y asumió la asistencia en el embarazo y en el parto de doña María de las Nieves M. D.

Tampoco ofrece cuestión que el acusado omitió varias acciones que le eran debidas; así, en primer lugar, prescindió de consultar con un urólogo u otro especialista respecto a las molestias de que se quejaba la embarazada y ello le llevó, por dos veces, a hacer un diagnóstico equivocado, atribuyendo a un inexistente cólico nefrítico lo que eran dolores lumbares propios de «trabajo de parto»; igualmente omitió el deber que le era inexcusable de reconocer ginecológicamente a la embarazada, especialmente ante los resultados que presentaban los análisis y la ecografía practicada; y en definitiva, omitió atender un parto en el momento en el que todos los síntomas lo hacían necesario.

No había nada que restringiera o limitara su capacidad para realizar la acción que omitió y que le era exigible.

El resultado producido en el niño, consistente en el padecimiento de una encefalopatía crónica, con retraso en los patrones de maduración psicomotriz, es concreción de la situación de peligro para la producción de ese resultado que supuso la omisión, por parte del recurrente, de los deberes de cuidado que le incumbían respecto a la asis-

tencia ginecológica a la embarazada. Puede afirmarse, pues, la imputación objetiva de ese resultado. Y así viene descrito en el relato histórico de la sentencia de instancia. Resultado que no se hubiese producido si el acusado se hubiese ajustado al deber de cuidado que le era exigible y hubiese realizado las consultas pertinentes, el inexcusable reconocimiento ginecológico y, en definitiva, atendido el parto en el momento oportuno.

Respecto al tipo subjetivo de un delito de omisión imprudente, éste viene constituido por el desconocimiento negligente de las circunstancias que fundamentaban su deber de actuar, desconocimiento que hubiese evitado el acusado si hubiera actuado diligentemente y conforme al deber de cuidado que le incumbía. En consecuencia, habrá que apreciar imprudencia respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no pudo tener conocimiento de la situación de hecho que generaba su deber de actuar. Y todo eso se puede afirmar en este caso, en el que la negligencia no se asienta en el error de diagnóstico, aunque en este caso sea bien patente, sino en las omisiones antes mencionadas que lo permitieron y determinaron la desatención del parto cuando era exigida.

El carácter grave o temerario de la imprudencia fluye sin dificultad del relato fáctico de la sentencia de instancia ya que las omisiones denunciadas implican un olvido total y absoluto de los más elementales deberes de previsión y cuidado.

Tercero.—La ilicitud omisiva imprudente equivale y se corresponde con la causación de un delito formulado en el Código Penal, en este caso un delito de lesiones por imprudencia grave previsto en el artículo 152 del Código Penal de 1995, en relación con el artículo 149 del mismo Texto Legal, ya que las secuelas producidas se subsumen en una grave enfermedad somática prevista en este último precepto.

El número 3.º del artículo 152 dispone que cuando las lesiones fueran cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, por un período de uno a cuatro años. Tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular han interesado su aplicación. Mayor agravación supone la imprudencia profesional en el Texto de 1973, en el que se configura como una agravación de la temeraria, que determina la imposición de las penas del artículo 565 en su grado máximo.

Reiterada jurisprudencia de esta Sala distingue entre la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél, en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia, que aparece, en el artículo 565, párrafo segundo del Código de 1973, y apartado 3.º del artículo 152 del Código de 1995, como una especie de subtipo agravado, y viene a englobar de un lado la impericia profesional, en la que el agente activo pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya por una inactualización indebida, ya por un dejación inexcusable de los presupuestos de la *lex artis* de su profesión, le conduzca a una situación de inaptitud manifiesta, o con especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión. Esta «imprudencia profesional», caracterizada, pues, por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un «plus» de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto (cfr. Sentencias de esta Sala 29-3-1988, 27-5-1988, 5-7-1989, 1-12-1989, 8-6-1994, 8-5-1997 y 16-12-1997).

En el supuesto que examinamos es perfectamente aplicable la doctrina jurisprudencial que se deja expresada para apreciar la concurrencia de la imprudencia profesional. El recurrente no sólo ha omitido los deberes más elementales que le eran exigibles

para evitar el resultado producido, sino que además entraña una mayor reprochabilidad al actuar con máxima dejación y olvido de los deberes técnicos —*lex artis*— que como profesional de la medicina le competían, siendo especialmente reseñable que hubiese prescindido del reconocimiento ginecológico que resultaba inexcusable. Incurre, sin duda, en la agravación específica de haber cometido las lesiones por imprudencia profesional.

(Sentencia de 22 de enero de 1999)

ARTÍCULO 163

Detención ilegal: encerrar y detener; bien jurídico protegido. Diferencia con coacciones. No procede la aplicación del tipo privilegiado, pues no es que se diera libertad a la víctima dentro de los tres días sino que ésta se escapó

Segundo.—La detención ilegal del artículo 163, antiguo artículo 480 del Código de 1973, es una infracción instantánea (ver la Sentencia de 6 de junio de 1997) que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tiene lugar. En directa relación con los artículos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constitución, tal infracción ha de moverse obligatoriamente alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación (ver la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

El delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Es cierto que alguna duración temporal, incluso mínima, ha de darse en la vulneración del derecho a la libre deambulación de la persona proclamado por el artículo 19 de la Constitución. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones del artículo 496 del Código, aunque esa distinción venga propiciada esencialmente en razón a la especialidad. El delito de coacciones es el género en tanto que la detención ilegal de los artículos 480 y 481 es la especie, de suerte tal que la detención desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a través de los verbos antes explicados, al derecho fundamental del artículo 19 de la Constitución, naturalmente que con apoyo en aquel mínimo soporte temporal (ver también la Sentencia de 1 de marzo de 1994).

(...)

Quinto.—En el segundo motivo, que ha de ser igualmente desestimado, se plantea una cuestión nueva puesto que la circunstancia de que el acusado hubiera puesto en libertad a la víctima dentro de los tres primeros días, desde la privación del derecho a la deambulación, como causa de atenuación de la responsabilidad, es un tema jurídico no debatido en la instancia. Sabido es que, en principio, no cabe traer a la casación, *per saltum*, cuestiones no discutidas ante la Audiencia, pues ello supondría faltar a

principios tan elementales del proceso (bilateralidad, contradicción y buena fe) que siempre y en cualquier caso han de ser tenidos en cuenta por las partes.

De otro lado, y entrando en el fondo del problema, sin necesidad de conocer los detalles de lo que las facultades discrecionales, no arbitrarias, suponen en los jueces cuando ejercitan su función jurisdiccional (ver por todas la Sentencia de 14 de mayo de 1999), es evidente que, según el *factum* recurrido, faltan los requisitos precisos para aplicar el susodicho artículo 163.2. Es así que, como dice el Fiscal, el culpable no dio la libertad a la detenida, sino que fue ésta la que, a pesar de las amenazas y de la violencia física contra ella ejercida, supo de manera ingeniosa «escapar» a la acción criminal. No se olvide que el delito quedó ya consumado cuando la víctima estuvo quince minutos atada, con la cinta aislante, de pies y manos. El hecho de que después fuera desatada por el acusado no puede influir en el tipo penal, puesto que esa supuesta libertad no era tal, si se tiene en cuenta que, condicionalmente, la víctima siempre estuvo vigilada por el recurrente que pretendía lograr que aquélla retirara la denuncia por amenazas contra éste, interpuesta tiempo atrás, siendo la «vigilada» la que, como se ha dicho, se las ingenió para lograr definitivamente la libertad que el acusado, de una u otra manera, le había arrebatado.

Hemos, pues, de ratificar plenamente la desestimación de los dos motivos.

(Sentencia de 12 de mayo de 1999)

Concurso con delito de robo: víctima de robo a la que se le priva de libertad durante tres horas

Primero.—(...) El robado y lesionado fue privado de libertad casi tres horas y ello comporta una duración excesiva para que pueda ser consumida tal privación de la libertad deambulatoria por el delito de robo violento en un concurso de normas y se produzca un concurso delictivo. Como ha señalado la reciente Sentencia 1184/1998, de 8 de octubre, «Conocida por su reiteración es la doctrina de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por la que venimos diciendo que todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas lleva consigo una cierta limitación de la libertad ambulatoria del ofendido al que durante la comisión del hecho no se le permite moverse del lugar o se le traslada a otro para obtener el lucro propio de esta clase de infracciones –Sentencias de 9-7-1986, 3-5-1990, 12-4-1991, 21-10-1991, 26-6-1992, 3 y 18-5-1993, 30-10-1993, 7-4-1994, 10-7-1995, 7-10-1995, 9-5-1996 y 17-12-1997, entre otras muchas—. Y añadimos aquí que cuando la duración de esa privación de libertad es excesiva concurre con el robo el delito de detención ilegal, ambos englobados antes en la figura compleja de robo con toma de rehenes (art. 501.4.º CP/1973) y ahora ordinariamente en régimen de concurso ideal porque se superponen las acciones propias de la privación de libertad con las generadoras del atentado contra la propiedad, de tal manera que se puede afirmar que hay un solo hecho (art. 77 CP/1995)», que excluyó del concurso ideal la duración de la privación de libertad aunque sean minutos.

Mas no sólo con esta doctrina jurisprudencial en atención a la duración, también la razonada y razonable argumentación del Tribunal de instancia es acogida por esta Sala. Ya se había producido el apoderamiento de diversos objetos con violencia. La obligada permanencia en el vehículo persigue después que el detenido revele el número para marcar con la tarjeta en el cajero automático y que les acompañe para evitar cualquier engaño. Existe otra fase, etapa o período diferente y posterior a un robo consumado y la privación de libertad de la víctima no concluyó por voluntad siquiera de los acusados. Ya habían conseguido, después de diversos maltratos, que el

detenido les proporcionara la clave numérica, pero como no lograron extraer el dinero, continuaron con la privación de libertad y el maltrato, sólo concluido por la oportuna intervención policial.

(Sentencia de 3 de marzo de 1999)

Obligar a un taxista, intimidándole con un revólver, a circular por diversas calles: concurso con delito de robo de uso

Quinto.—El cuarto apartado del recurso sirve de soporte a una denuncia de infracción, por aplicación indebida del artículo 163 y de inaplicación del artículo 172, ambos del Código Penal de 1995.

Nuevamente debemos referir el pasaje del relato de hechos probados que soporta fácticamente la figura delictiva cuestionada. Se dice al respecto que: «A continuación, Miguel Ángel B. B., a bordo del radiopatrulla citado, continuó su marcha hasta que, al llegar a la c/ Alcalá lo abandonó y esgrimiendo el revólver citado, se introdujo en el taxi matrícula M-...-LW que conducía su propietario Mariano Merino Martín al que colocó un revólver en el costado obligándole a dirigirse a la Avenida de Logroño hacia Tres Cantos y luego por Alcobendas y San Sebastián de los Reyes, trayecto que duró unos 40 minutos hasta que al llegar a la altura de los estudios de “Antena 3”, el acusado abandonó el vehículo dándose a la fuga» y en el fundamento jurídico primero apartado C) se justifica la calificación jurídica que el recurrente estima inadecuada en los siguientes términos: «el delito de detención ilegal sólo exige la privación de la facultad deambulatoria, tal y como existió en el supuesto de autos ya que el acusado, con la amenaza continua que suponía el revólver colocado en el costado de Mariano Merino Martín, le obligó durante un período de tiempo dilatado, superior a los 40 minutos, según el testimonio de aquél, a circular por distintas calles y carreteras y a permanecer en el interior del vehículo sin permitirle abandonarlo».

Al respecto conviene recordar que el delito de detención ilegal se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que, anímicamente, se ve constreñido en contra de su voluntad, y, por último, el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Es cierto que alguna duración temporal, incluso mínima, ha de darse en la vulneración del derecho a la libre deambulación de la persona proclamado por el artículo 19 de la Constitución. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones, aunque esa distinción venga propiciada esencialmente en razón a la especialidad.

El elemento subjetivo de este delito no requiere que el autor haya obrado con una especial tendencia de desprecio hacia la víctima diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de la libertad ambulatoria de otra persona. Consecuentemente, comprobada la existencia de dolo, ningún propósito específico se requiere para completar el tipo subjetivo y, por lo tanto, la privación de libertad reúne todos los elementos del tipo.

Pues bien, frente a tales elementos estructurales no parece de recibo alegar que la sentencia describe un delito de coacciones y no de detención ilegal «ya que el taxi es un servicio público y el acusado compelió a la víctima a hacer lo que no quería, sin impedirle de forma absoluta su libertad de movimiento, ya que en definitiva le coaccionó para realizar el itinerario que quería el pasajero, con la única finalidad de escapar a la persecución a que estaba sometido y no privar al taxista de su facultad ambulatoria», pues ello conduciría a la conclusión de que la utilización obligada, bajo

la amenaza de un revólver, de un servicio público no integrará nunca el delito de detención ilegal, bajo el sarcasmo no sólo del carácter público del servicio sino de la posibilidad de libertad de movimientos aunque fuere bajo la presión de la exhibición de un arma lo que, por falta de razonabilidad, no merece sino nuestro rechazo, al igual que el motivo que le sirve de vehículo expositivo.

Sexto.—El quinto apartado del recurso censura la infracción, por aplicación indebida, del artículo 244 del Código Penal.

Insiste el autor del recurso en respetar el contenido del apartado tercero del *factum*, no obstante lo cual sostiene que no se produjo sustracción del vehículo a motor tipificado en el precepto que se denuncia como vulnerado ya que «el acusado ni se hizo directa y personalmente con el goce temporal del vehículo de motor, ni privó transitoriamente al titular del mismo del *ius utendi*, por lo que «su actuación no está tipificada en la citada norma sustantiva y debiera subsumirse en el delito de coacciones tipificado en el artículo 172 del Código Penal».

Ante tal alegato parece razonable aceptar la impugnación aducida por el Ministerio Público, pues el obligar bajo la amenaza de un revólver a un taxista a realizar un servicio usando el vehículo de aquél, integra el delito del artículo 244.1 del Código Penal además del de detención ilegal. Cuando el Código Penal sanciona la conducta de la sustracción temporal de un vehículo de motor no lo hace con la exigencia de que quien realiza la sustracción sea al tiempo su conductor. De ahí que la solución adoptada por el Tribunal *a quo* además de acomodarse a parámetros de indiscutible ortodoxia al aplicar «a efectos punitivos el artículo 77 del Código Penal, por cuanto, aun no existiendo entre ambas acciones un concurso ideal propiamente dicho —ya que objetivamente la detención ilegal no era necesaria para cometer el delito de robo de uso—, es indudable que estamos en presencia de un solo hecho constitutivo de dos delitos» conduzca, con su ratificación, al rechazo de la pretensión recurrente.

(Sentencia de 22 de octubre de 1999)

ARTÍCULO 164

El tipo agravado de secuestro se produce aun cuando a la hora de solicitar el rescate ya se había dado muerte a la víctima

Segundo.—(...) Se combate la no apreciación por el Tribunal de instancia del tipo cualificado de detención exigiendo rescate a que se refiere el apartado 1.º del artículo 481 del Código Penal de 1973 o la figura de secuestro exigiendo alguna condición para ponerla en libertad prevista en el artículo 164 del Código Penal de 1995, no compartiendo el criterio del Tribunal de instancia de no apreciar este subtipo agravado por el hecho de que se causara la muerte de la víctima dos días antes de la primera llamada telefónica que realizó el acusado Cándido O. a la familia S., es decir, por el hecho de haber sido asesinada Anabel antes de la petición de rescate, por lo que la comisión del más horrendo crimen es el «elemento» que se ha tenido en cuenta para aliviar las penas de sus ejecutores. Y se afirma, en contra del razonamiento empleado por el Tribunal de instancia, que la expresión «para ponerla en libertad» se está refiriendo a la exigencia del rescate que se está pidiendo a la familia y desde el punto de vista de ésta lo que importa es que se crea que su hija se encuentra todavía con vida.

Este motivo debe ser estimado al compartirse los razonamientos expresados en defensa del motivo.

Ciertamente, esta Sala, especialmente en sus más recientes sentencias, se ha pronunciado en la misma línea mantenida por el recurso.

Así, no ha dudado en aplicar el subtipo agravado de detención ilegal bajo rescate, en grado de frustración o tentativa, en aquellos casos en los que resultaba acreditado el propósito de pedir rescate y no pudo realizarse la privación de la libertad ambulatoria, bien por resistencia de la víctima, bien por venir en su ayuda terceras personas, o por otras causas, como son exponentes las Sentencias de 20 de noviembre de 1991, 17 de mayo de 1996 y 23 de abril de 1997, expresándose en la última de las citadas que «el comienzo de ejecución de este tipo penal, por lo tanto, se dará cuando el autor haya comenzado la acción típica que, obviamente, consiste en el intento de privar de libertad a su víctima, que en el presente caso no ha sido puesto en duda. En consecuencia se dan todos los elementos necesarios para la configuración del tipo objetivo de la tentativa del delito del artículo 481 CP. También se dan los elementos subjetivos. En efecto, los autores han comenzado la ejecución sabiendo que privaban de su libertad a la víctima y lo han hecho con el propósito de exigir un rescate. En la medida en la que el tipo subjetivo del delito se da en forma completa nada obsta a la apreciación de la tentativa, dado que ésta es de apreciar precisamente en los casos en los que se acredita la existencia de todos los elementos del tipo subjetivo, pero no llegan a realizarse todos los del tipo objetivo».

Y el tipo objetivo de este supuesto agravado se presentará completo cuando a la efectiva privación de libertad se sume la petición de rescate, aun en el supuesto de que no se obtenga el rescate o el cumplimiento de la condición exigidos (cfr., entre otras, SSTs 19-3-1997 y 15-10-1997).

En la Sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 1991, y ante la alegación de los recurrentes, para negar el tipo agravado de rescate, de que no existía retención ni detención ilegal cuando se verifican las llamadas, razona dicha sentencia, para justificar el tipo agravado, que el intento de retener a la víctima no se explicaría adecuadamente sin el complemento de las ulteriores llamadas telefónicas, que dan significado concreto a aquel hecho, que, en otro caso, podría haber sido valorado en forma distinta. En cualquier secuestro de personas, con fines de rescate, la comunicación telefónica —o por cualquier otro medio es lógico que se produzca con posterioridad a la privación de libertad de la víctima. Y en términos parecidos se declara la Sentencia de 24 de octubre de 1998, en la que se dice que «carece también de relevancia que el recurrente haya exigido el rescate varios meses después del día en el que se produjo la desaparición, dado que lo cierto es que lo hizo... En ningún caso el delito de detención ilegal requiere que la exigencia del rescate sea inmediata. ... lo cierto es que esto sólo demuestra que en mayo del año siguiente al secuestro la víctima ya no estaría en poder del acusado (cuando se pidió el rescate).

Desde hace años, un sector doctrinal viene señalando que, cuando se exige rescate para poner en libertad a la persona detenida, el texto legal se refiere a la detención ilegal de persona diversa de aquella a quien se exige el rescate, por lo que el sujeto a quien dirige la petición de rescate no es a la persona detenida sino otra bien distinta, afirmándose que de exigirse el rescate al mismo detenido el hecho constituiría una modalidad del delito de robo.

Lo cierto es que en el supuesto que examinamos el propósito de exigir rescate surge desde el mismo momento en el que se decide privar de libertad a la víctima y, una vez materializada la detención, se obtienen la información y datos precisos para una más efectiva petición de rescate, que como antes indicaba la jurisprudencia de esta Sala, generalmente coincidirá con un momento posterior, no importando el tiempo transcurrido, siempre que tal petición se produzca. Si eso sucede el tipo objetivo y el tipo subjetivo se habrán completado y el delito estará consumado, con independencia de que se haya conseguido obtener el rescate, ya que ello pertenece al estadio del agotamiento del delito y sin que el tipo exija, al momento de solicitar el rescate, que la

víctima se encuentra viva, siempre que los destinatarios de la petición así lo crean y se vean compelidos a atender una petición de rescate para lograr la libertad de una persona en la que confían que está todavía con vida.

Esas circunstancias concurren en este caso habiéndose cumplido cuantos requisitos se hacen precisos para subsumir la conducta de los dos acusados en un delito consumado de detención ilegal bajo rescate o, conforme al texto actualmente vigente, en un delito de secuestro.

(Sentencia de 5 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 167

Detención ilegal cometida por funcionario: doctrina general y delimitación con otras figuras: coacciones, cacheo y simple retención

Cuarto.—El segundo motivo, por análogo cauce casacional, denuncia la igualmente inaplicación indebida del artículo 184 del Código de 1973, que acoge el delito de detención ilegal cometido por funcionario.

Necesario es, en cualquier caso, ratificar, una vez más, la doctrina jurídica a sendos artículos sustantivos atinente. La detención ilegal del artículo 163, antiguo artículo 480 del Código de 1973, es una infracción instantánea (ver la Sentencia de 6 de junio de 1997) que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tiene lugar. En directa relación con los artículos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constitución, tal infracción ha de moverse obligatoriamente alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad. En ambos casos se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación (ver la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

El delito se proyecta desde tres perspectivas. El sujeto activo que dolosamente limita la deambulación de otro, el sujeto pasivo que anímicamente se ve constreñido en contra de su voluntad, y por último el tiempo como factor determinante de esa privación de libertad, aunque sea evidente que la consumación se origina desde que la detención se produce. Es cierto que alguna duración temporal, incluso mínima, ha de darse en la vulneración del derecho a la libre deambulación de la persona proclamado por el artículo 19 de la Constitución. Precisamente el factor tiempo es uno de los requisitos diferenciadores respecto del delito de coacciones del artículo 496 del Código, aunque esa distinción venga propiciada esencialmente en razón a la especialidad. El delito de coacciones es el género en tanto que la detención ilegal de los artículos 480 y 481 es la especie, de suerte tal que la detención desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecte, a través de los verbos antes explicados, al derecho fundamental del artículo 19 de la Constitución, naturalmente que con apoyo en aquel mínimo soporte temporal (ver también la Sentencia de 1 de marzo de 1994).

Quinto.—Mas esa doctrina, últimamente mantenida en la Sentencia de 7 de octubre de 1998, ha de ser adecuada a la detención llevada a cabo por funcionario público, en este caso policías municipales. La Sentencia de 24 de febrero de 1997, matiza

cuanto al delito contenido en el artículo 184 del viejo Código, hoy artículo 167, se refiere, incluso diferenciando lo que la privación de libertad supone, en el contexto dicho en el fundamento anterior, en su relación con la simple retención o, incluso, con el simple cacheo.

Las Sentencias, entre otras muchas, de 25 y 1 de abril de 1996, 3 de noviembre y 11 de junio de 1992, matizaron cuanto se refiere al delito de detención por funcionario público del citado artículo 184. Podrá discutirse la legitimidad del cacheo como sometimiento no ilegítimo a las normas policiales de vigilancia e investigación en defensa de la legalidad, del orden y de la seguridad ciudadana. Acto en el que la arbitrariedad y la proporcionalidad se constituirán en definidores de la cuestión sin sometimiento a las reglas del artículo 17 constitucional si de simples actos de retención se trata, lo que no obstante ha de analizarse con suma prudencia y ponderación. Pero, desde la perspectiva contraria, lo que no puede defenderse es la conducta de quien, al amparo de las prerrogativas que como agente del orden le corresponden, convierte la simple y rutinaria retención en una privación auténtica de la libertad deambulatoria.

En el delito del artículo 184 late la idea de una actuación abusiva, con una consciente extralimitación de poder. El dolo específico supone la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el sujeto activo de que la detención que realiza es ilegal. Conciencia pues de que el acto es antijurídico en su inicio, en su realización, en su ejecución, en su proyección global y, finalmente, en su conclusión. El funcionario priva de aquella libertad deambulatoria ilegalmente, no obstante actuar en principio dentro de su competencia. Se quiere decir que la acción nuclear del tipo viene conformada por el verbo detener en su más amplio significado, lo cual implica muy distintas maneras de proyección delictiva aunque la infracción quede perfeccionada desde el instante en que se constriñe la voluntad de la persona para libremente deambular.

Queda ahora fuera de lugar cuanto se refiere al factor tiempo como determinante esencial de la infracción (ver por todas la Sentencia citada de 3 de noviembre de 1992). Ya la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de noviembre de 1980 no admitió ni siquiera la distinción entre privación y restricción (o vigilancia especial de una persona), al estimar que entre una y otra no hay más que una diferencia de grado o de intensidad, no de naturaleza o de esencia.

Si no hay razones jurídicas que amparen el derecho y la obligación del policía para privar de libertad a una persona, artículos 490 y 492 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 445.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la actuación realizada conforme a los postulados antes descritos suponen la conculcación del Código. Incluso la simple retención obligada, si es perceptible, se puede a veces identificar con la detención. Aunque dentro de lo que ha de ser un justo equilibrio, habrá situaciones mínimas de retención que quedarán al margen del tipo penal. Porque mal puede darse cumplimiento al artículo 104.1 de la Constitución Española protegiendo el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizando la seguridad ciudadana, si no se pudieran realizar determinadas actividades de prevención. De ahí que las sentencias del Tribunal Constitucional hayan marcado los límites de lo permisible. La Sentencia de 10 de julio de 1986 subrayó que no es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de libertad (cuando se obstaculiza la autodeterminación, por propia voluntad, de una conducta lícita) queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución. Mas las de 18 de febrero de 1986 y 7 de octubre de 1985, señalaban que la puesta en práctica de normas de Policía sobre identidad y estado de los conductores, no requieren someterse a las exigencias constitucionales del artículo 17.3 de la Constitución, lo que en alguna medida es trasladable al caso de ahora por lo que a la doctrina reseñada se refiere.

Es, se insiste, un problema de límites, dado que en este país, a diferencia de lo que por ejemplo acontece en Francia, no está regulada la figura concreta de la retención. El funcionario ha de extremar el uso de las facultades importantes que la ley le confiere. Su exceso, su abuso o la tosca utilización de las mismas con fines repudiables, llevan a la consumación del delito. Tal conducta merece el reproche del legislador.

Difícil se hace, a la vista de todo lo que en aras a la mejor comprensión se acaba de expresar, asumir el delito de detención ilegal. Precisamente la investigación oficial que se seguía, la rapidez con la que los hechos acontecieron y las circunstancias de toda índole que junto a la agresión se padecieron, impide hablar de tal figura delictiva. Pudo haber habido errores, y errores graves, pudo haber habido retención de la persona, mas no con la trascendencia necesaria para conculcar el artículo antes dicho, sin perjuicio de que en otras vías legales puede la víctima hacer las reclamaciones que en este aspecto le correspondan.

(Sentencia de 18 de enero de 1999)

ARTÍCULO 172

Coacciones versus detención ilegal: principio de especialidad; coacciones es el género y detención legal la especie. Elementos

Segundo.—(...) Entiende quien recurre que el acusado debió de ser condenado —dados los hechos declarados probados— por un delito de detención ilegal en lugar de por un delito de coacciones.

Antes de proseguir el análisis de este apartado del recurso conviene destacar que en el frontispicio de lo que haya de razonarse en el seno de la dialéctica casacional que abre el planteamiento recurrente y como referencia obligada de todo el contexto argumental ha de estar presente el contenido literal del *factum* de la recurrida, dada la exigencia de respeto integral al mismo impuesta por la vía elegida.

A partir de esa indiscutible premisa conviene recordar los diseños jurisprudenciales que caracterizan las figuras delictivas mencionadas. Así —tal como recogen, entre otras, las Sentencias de 27-10-1995, 30-3-1996 y 4-10-1996—, el delito de detención ilegal del artículo 480 del antiguo Código Penal, que se corresponde con el artículo 163 del vigente ahora, es una infracción instantánea que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tiene lugar. En directa relación con los artículos 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 17 de la Constitución su aplicación, ha de moverse obligatoriamente alrededor del significado que quiera atribuirse a los verbos del texto penal, detener y encerrar. En ambos casos se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad y se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si encerrar supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, detener en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad no necesariamente con violencia o intimidación (ver la Sentencia de 28 de noviembre de 1994).

Por otra parte, la doctrina mantenida por esta Sala respecto de tal figura delictiva de las coacciones exige para su existencia:

a) de una conducta violenta ya material o «vis physica», ya de intimidación o «vis compulsiva», y de la que puede ser objeto tanto el sujeto pasivo como terceras personas, o cosas de su uso o pertenencia;

b) que esa conducta tenga la finalidad de impedir hacer lo que la ley no prohíbe o impedir a realizar lo que no se quiere hacer sea justo o injusto;

c) la conducta violenta ha de revestir un grado de intensidad importante para distinguirla de las coacciones leves del artículo 585.4.º del anterior Código Penal (ahora 629 del nuevo);

d) se precisa que los agentes del hecho obren con ánimo tendencial de restringir la ajena libertad;

e) los actos en que la violencia se concrete han de ser ilícitos desde la perspectiva de las normas de convivencia social y jurídica;

y f) el agente del hecho no ha de estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación (Sentencias de 15 de abril y 6 de noviembre de 1993, 19 de enero de 1994 y 6 de octubre de 1995).

Si bien es cierto que el factor tiempo —en lo que a la duración de la restricción de libertad personal se refiere— es elemento a considerar para diferenciar los delitos de detención ilegal y coacciones, no lo es menos que la distinción entre ambas figuras ve reducido su alcance generalizante y se inclina más por referencias casuísticas comparativas en las que juega con carácter predominante el principio de especialidad en tanto que el delito de coacciones es considerado el género y el de detención ilegal la especie (en tal sentido son ilustrativas las consideraciones que al respecto se contienen en las Sentencias de 13-2-199 y 17-4-1997).

Es el criterio hermenéutico últimamente citado el que permite homologar en el presente supuesto la calificación jurídica cuestionada. El *factum* afirma —con detalles que se eluden para evitar innecesarias reiteraciones— que: el acusado se encontró con Edurne en el bar que habían acordado y mientras tomaba una consumición aquél contó lo que estaba sufriendo por la ruptura de la relación e invitándola a subir al coche para trasladarla a su domicilio, aquélla accedió. Sin embargo el acusado se dirigió hacia el monte Arraiz mientras le conminaba a reanudar la relación enseñándole una navaja, impidiéndole salir del vehículo, aunque posteriormente salieron ambos del vehículo (...). En otro momento posterior Edurne se cambia con la ropa que llevaba (...) durmiendo asimismo en el propio vehículo (...). Después se dirigen a Portugaleta (...) se detiene él en el barrio de Basurto y desde una cabina se pone en contacto con su familia (...) ya en Portugaleta van al bar «Sutegui» permaneciendo hora y media (...). Edurne entra en el servicio y deja tres notas de socorro (...) después buscan habitación en un hotel para dormir sin conseguirlo (...) el coche aparca a pocos metros de la Comisaría de Zalburu sin salir por la situación de atemorización (...).

De tal relato lo que se desprende no es un definido propósito y una terminante consecuencia de privar de libertad al sujeto pasivo de la acción, sino la constatación de una prevalente aceptación de la situación generada por la amenaza de un comportamiento violento por parte del acusado. Dicho matiz diferencial —explicado por la Sala *a quo* en el referido fundamento jurídico segundo— autoriza a asumir sus propios términos pues, tal como se dice en dicho razonamiento, «el relato de hechos probados responde básicamente a la declaración de Edurne A., sin embargo no se puede acoger los elementos que insertados en sus manifestaciones ponían el énfasis en el ataque a su libertad de movimientos, de locomoción o ambulatoria, Edurne se introduce en el vehículo voluntariamente, no fue obligada a subir al mismo, aunque subió al coche para que la llevara a casa y el procesado se dirigió al monte Arnaiz y, aunque durante la estancia en el monte Arnaiz estuvo impedida un tiempo no determinada de salir del coche por la acción del procesado, bien que esta inmovilización deba valorarse desde la acción siguiente en las que se constata que fue a varios sitios no encontrándose privada de su capacidad ambulatoria pero sí en la situación de la amenaza de un comportamiento violento de José Antonio y el acoso que sufría supusieron una violencia

moral suficiente para obligar a Edurne a manifestar que su intención era reanudar la relación sentimental con José Antonio interrumpida meses atrás. Y es esta situación lo que vertebra la figura de la coacción. No se trataba de escapar de un lugar puesto que la voluntad de Edurne no era irse sino evitar el acoso que sufría por la insistencia de José Antonio a continuar una relación sentimental no deseada e impedir que continuase con la presión psíquica.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 178

Agresión sexual. La consumación se alcanza, con independencia de que el sujeto logre satisfacer sus deseos, cuando la víctima se ve obligada a soportar en su cuerpo maniobras de contenido sexual

Cuarto.—(...) El acusado siguió a una joven desde la estación de ferrocarril hasta el domicilio de ella, y en cuanto la joven entró en el portal aprovechando que se detenía para abrir el buzón de correos, se abalanzó sobre ella, le introdujo sus manos en la entrepierna, una por delante y otra por detrás, la arrojó al suelo y se tiró encima de ella, forcejeando, tratando de vencer su resistencia e intentando despojarla de la ropa, hasta que debido a sus gritos y tenaz resistencia, se levantó y huyó. Si la acusación se hubiese formulado desde la perspectiva de una acción encaminada al yacimiento el grado de ejecución sería efectivamente el de tentativa, pero la pena legalmente prevenida sería, en tal caso, superior (de un año y seis meses a seis años de prisión, art. 179 en relación con el art. 62 del Código Penal 1995) que la prevenida para el delito de agresión sexual consumada (art. 178 del Código Penal 1995, de uno a cuatro años de prisión), que es por el que se ha condenado. Concretándose la acusación a un delito básico de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal («El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años») el grado de ejecución es el de consumación, pues en este delito la consumación se alcanza, con independencia de que el agente logre satisfacer plenamente sus deseos, tan pronto como la víctima se ve obligada, mediante violencia o intimidación, a soportar en su cuerpo las maniobras de inequívoco contenido sexual de que aquél le haga objeto.

(Sentencia de 8 de febrero de 1999)

La intimidación no requiere que el autor haya percibido el estado psicológico de la víctima, es un elemento de la acción del sujeto activo y no una reacción subjetiva de la víctima

Único.—(...) c) Con relación al dolo de la violación en los casos de intimidación tampoco es admisible. En efecto, el dolo, como es sabido, requiere el conocimiento del tipo objetivo del delito. Ello también es así en el delito de agresión sexual, en particular en la agresión sexual constitutiva de violación (art. 179 CP). Pero, la intimidación no requiere que el autor haya percibido el estado psicológico de la víctima, toda vez que dicho elemento no puede ser percibido directamente. A los efectos del dolo es suficiente, por el contrario, con que el autor haya sabido que su acción se desarrollaba en un contexto que por sí mismo es intimidante para la otra persona, es decir, que haya conocido

que su conducta —según la experienciatenía una significación intimidante. Precisamente este conocimiento lo tuvo el acusado, dado que sabía cuál era su posición respecto de la víctima y cuál era la situación en la que ésta se encontraba. Por lo tanto, conviene subrayar que la intimidación contenida en el texto de los artículos 178/179 CP no describe en el tipo objetivo una reacción psicológica de la víctima, sino una situación en la que ésta, según la experiencia general, se encuentre en una situación que normalmente debe limitar su capacidad de acción y de decisión. Otra interpretación implicaría que el legislador habría querido desproteger a aquellas personas que por alguna razón (por ejemplo ceguera) no han podido percibir los elementos intimidantes de la acción del autor. Dicho de otra manera, la intimidación es un elemento de la acción del sujeto activo y no una reacción subjetiva (psicológica) de la víctima.

(Sentencia de 3 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 179

Constituye un único delito de violación la penetración bucal seguida de vaginal en corto espacio de tiempo

Tercero.—(...) En la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida se dice que el procesado, «siempre bajo amenazas, ordenó a la niña que se desvistiera y la obligó a chuparle el miembro viril», y que «acto seguido, la tumbó en un colchón que había en la cabaña y procedió a penetrarla vaginalmente». A primera vista, puede entenderse —como lo ha entendido el Tribunal de instancia— que nos encontramos ante dos hechos típicos sucesivamente perpetrados, un acceso carnal por vía bucal y otro por vía vaginal, que, por lesionar el mismo bien jurídico e infringir el mismo precepto penal —el artículo 429.1.º CP 1973 (hoy 179)— deben dar lugar a un delito continuado. Pero más correcto parece en el caso presente, en que por el corto período de tiempo en que sin solución de continuidad se precipitaron los atentados bien puede hablarse de unidad de hecho en un sentido amplio, considerar que no se cometió un delito continuado sino un delito unitario, en tanto las distintas acciones realizadas por el autor —desde la privación de libertad de la ofendida, a la que obligó a abandonar la casa de su abuelo y acompañarle a la cabaña, hasta la penetración vaginal de que finalmente la hizo víctima— constituyen un supuesto de realización progresiva del tipo. Existe esta modalidad comisiva, que técnicamente permite apreciar un solo hecho, cuando el sujeto se aproxima a la realización del tipo que es objeto de su propósito mediante acciones que ya son punibles, o cuando la ejecución se divide en episodios que son, cada uno de ellos, penalmente típicos. En estos casos, hay un solo hecho y, en consecuencia, un delito unitario porque uno solo es el contexto situacional y una sola la motivación del autor. No existe en estos casos un plan preconcebido sino un solo impulso de la voluntad y los hechos no se producen en ocasiones idénticas sino en una sola ocasión. Cierto es que el acceso carnal por vía bucal constituía en el artículo 429 CP 1973, desde la modificación operada en dicho precepto por la LO 3/1989, elemento objetivo básico del delito de violación, exactamente de la misma forma que el acceso carnal por vía vaginal, e igual acontece hoy en el delito de agresión sexual descrito en el artículo 179 CP 1995. Pero también lo es que, en determinados casos como el presente, una penetración bucal inmediatamente seguida de otra vaginal puede significar, en la mecánica de los hechos y en la motivación del autor, una realización progresiva del tipo de violación aunque cada una de las penetraciones suponga objetivamente un atentado distinto contra la libertad sexual susceptible de ser subsumido de forma autónoma en dicho tipo. Ahora bien, admitido

que el hecho enjuiciado constituye un delito unitario y no continuado de violación, cabe preguntarse si esta modificación de la calificación jurídica tiene alguna practicidad, habida cuenta de que el Tribunal de instancia no hizo uso de la facultad, concedida en el artículo 69 bis CP 1973 (hoy 74), de elevar la pena hasta el grado medio de la pena superior a la correspondiente al delito más grave comprendido en el *continuum* y ni siquiera de la facultad de imponer la pena en su grado máximo. Tiene, sin embargo, practicidad porque si el Tribunal de instancia, pese a la apreciación de la continuidad, estimó justo no hacer uso de aquella facultad e incluso impuso la pena en el límite mínimo del grado medio de la reclusión menor «en razón de las circunstancias concurrentes en el presente caso», parece igualmente justo que esta Sala, una vez desaparecida la continuidad delictiva que evidentemente comporta una mayor gravedad objetiva, imponga, en razón de las mismas circunstancias aludidas por el Tribunal de instancia, la pena de reclusión menor en el límite mínimo de su grado mínimo. Procede, en consecuencia, estimar el segundo motivo del recurso y dictar a continuación nueva sentencia más ajustada a derecho.

(Sentencia de 29 de abril de 1999)

Coito vestibular: consideración de acceso carnal

Tercero.—(...) Tiene declarado esta Sala (cfr., entre otras, las Sentencias de 18 de febrero de 1994, 7 de marzo de 1994, 31 de mayo de 1994, 15 de junio de 1995, 15 de enero de 1998 y 17 de marzo de 1999) que existe acceso carnal en los supuestos denominados de coito vestibular que afecta a los órganos genitales externos, en cuanto los labios «maius» y «minus» forman con la vagina una unidad, de ahí que su contacto periférico, con penetración en el exterior vaginal produzca los mismos efectos penales que la total introducción en la vagina propiamente dicha, y eso es lo que ha sucedido en el supuesto que examinamos en cuanto se expresa en el relato fáctico que «le introdujo el pene en los labios vulvares, eyaculando seguidamente sobre los órganos genitales», extremos de los hechos probados que han quedado debidamente acreditados por lo antes expuesto.

Así las cosas, procede desestimar el motivo al haber sido aplicado correctamente el artículo 182 del Código Penal.

(Sentencia de 14 de mayo de 1999)

El exigir en tono brusco la realización de una felación cuando la víctima ha consentido ciertos escarceos sexuales no constituye intimidación suficiente

Segundo.—Hemos de dar razonada respuesta, ante todo, a la pretensión de que ha sido indebida la inaplicación de los artículos 178 y 179 CP, es decir, que han debido ser conceptuados los hechos perpetrados por el acusado como el delito que se llamaba de violación hasta que el nuevo CP lo ha denominado agresión sexual con acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal. Si nos atenemos a la narración realizada en la Sentencia recurrida, y ello es obligado en un recurso de casación amparado en el artículo 849.1.º LECrim cual es el interpuesto por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, nuestra respuesta a dicha pretensión no puede ser afirmativa. El atentado contra la libertad sexual previsto y penado en los artículos 178 y 179 sólo es típico cuando se realiza con violencia o intimidación y, en el caso enjuiciado, no puede decirse que la penetración bucal de que el acusado hizo objeto a la supuesta ofendida se llevase a cabo mediante el empleo de fuerza física o moral. Esta Sala tiene

reiteradamente declarado, a partir sobre todo de las ya añejas Sentencias de 17 de marzo y 24 de junio de 1987, que la fuerza física que integra el delito de violación no tiene que ser de una irresistible violencia sino sólo la suficiente y eficaz, teniendo en cuenta las circunstancias de toda índole que concurran, para vencer la resistencia de la víctima. Igualmente hemos dicho que la fuerza moral o intimidación que debe ser considerada necesaria al mismo efecto no es aquella que genera en quien la soporta una práctica inhibición psíquica ni la que exigiría, para hacerle frente, una entereza heroica y fuera de la común, sino la que razonablemente puede considerarse bastante para infundir el temor de sufrir un mal grave si no se accede a las pretensiones del agente. Pero esta interpretación ponderada y flexible de los medios comisivos que son propios de la agresión sexual, con que se ha buscado la más eficaz protección punitiva de la libertad sexual, no puede llevar a vaciar de contenido los conceptos de violencia e intimidación que figuran en la definición legal del tipo. En el caso de autos –resumiendo brevemente la declaración de hechos probados– el acusado y la supuesta ofendida, que se acababan de conocer aquella madrugada, estuvieron besándose y acariciándose en una discoteca, accediendo luego la mujer a subir al apartamento que le indicó el varón, donde se reanudaron los besos y las caricias en un dormitorio donde había una cama redonda. Es cierto que, en un determinado momento, la mujer dijo que no quería tener relaciones sexuales, pero no lo es menos que, lejos de intentar marcharse para evitar un desenlace que no hubiese sido difícil prever, dejó que el acusado la tendiese en la cama y le quitase los pantalones y las bragas, puesto que no se dice en el *factum* que, para conseguirlo, aquél tuviese que emplear fuerza alguna, como tampoco se hace constar que al cerrar la puerta de la habitación la cerrase con llave. Cuando el acusado intentó penetrar vaginalmente a la mujer, bastó que ésta expresase su negativa y se tapase el pubis con las manos para que el acceso carnal no se iniciase y fue entonces, al decir el procesado en tono brusco y exigente «ahora me la vas a chupar», cuando la mujer accedió a realizarle una felación. A la vista de tales hechos, no sólo puede ser terminantemente descartada –sin esfuerzo argumental alguno– la presencia de violencia o fuerza física sino también la de fuerza moral o intimidación. Pues no cabe pensar que una mujer adulta se atemorice, con un temor suficiente para inducirle a una felación no querida, por el mero hecho de que un varón, con el que hasta ese momento ha mantenido escarceos sexuales de cierta intimidad, se lo exija «en tono brusco». La sùbita brusquedad de la exigencia del acusado no puede ser equiparada a la amenaza de un mal, por lo que si la mujer se sintió intimidada ante «el cambio de actitud» de aquél –cambio acaso determinado porque ella puso fin a sus complacencias en el ejercicio de un indiscutible derecho– esta posible intimidación no podría ser imputada a una acción del acusado sino a una subjetiva y seguramente errónea, definición de la situación por parte de la mujer que, sabedora de que en el piso dormían un hermano del acusado y un amigo suyo, receló que pudieran hacerle daño. Pero, para que pueda hablarse de intimidación como elemento objetivo del tipo de agresión sexual, no basta que el sujeto pasivo se sienta intimidado sino que es preciso que la intimidación sea deliberadamente provocada por el sujeto activo. No constando que esto ocurriese en el caso juzgado, debe concluirse que no fueron infringidos, por inaplicación, los artículos 178 y 179 del Código Penal.

(Sentencia de 3 de junio de 1999)

Tiene la consideración de intimidación las amenazas que realiza un padre a su hija menor de edad consistentes en decir que se suicidará si no accede a tener acceso carnal con él

Primero.—(...) Según consolidada doctrina de esta Sala, por intimidación debe entenderse el anuncio o conminación de un mal, grave, personal y posible que des-

pierte en el intimidado un sentimiento de miedo, angustia o desasosiego ante la posibilidad de un mal real o imaginario que le haga doblegar su voluntad ante lo que se le impone –STS de 22 de mayo de 1992–, ciertamente la intimidación, sin desconocer que los hechos mismos tienen que contener un mínimo coeficiente de idoneidad y significación para suscitar el temor en el ánimo del conminado, resulta más relevante el aspecto subjetivo de la misma en la medida que tiene que ser suficiente atendiendo primordialmente las concretas circunstancias de cada caso y muy singularmente las condiciones y situación en que se encuentre la persona intimidada –SSTS de 2 de junio y 9 de octubre de 1992–. En definitiva la intimidación tiene como presupuesto un mínimo de entidad objetiva, pero en definitiva lo relevante en última instancia en la forma en que la misma ha sido vivenciada por la víctima, por lo que las condiciones de ésta y del entorno en que se producen, vienen a ser determinantes.

Desde estas reflexiones, estimamos que en el caso enjuiciado, de un lado se da ese mínimo de entidad objetiva, y con claridad más que suficiente, atendidas las circunstancias de la intimidada, para doblegar su voluntad y acceder a los desordenados apetitos del recurrente. No de otra manera sino como intimidatoria debe calificarse la actitud desarrollada por el padre hacia su hija Diana amenazando con suicidarse si no accedía al acceso carnal –términos reflejados en el *factum*–. En una primera aproximación, pudiera pensarse que la amenaza del mal anunciado –el suicidio–, no recaería sobre la menor sino sobre el autor de la agresión, pero si se profundiza más se puede llegar a la conclusión, de que la intimidación no está constituida por el suicidio sino por hacer responsable a Diana de aquella decisión; de alguna manera este planteamiento es una manifestación del principio de transferencia de culpabilidad, tan utilizado en la dialéctica autojustificativa de la delincuencia terrorista y que trata de hacer responsable a la víctima de la acción del verdugo. En efecto, el recurrente con su anuncio de darse muerte le estaba responsabilizando a su hija Diana de aquella muerte si no accedía a la relación sexual. Se trata de un anuncio serio, inminente y suficiente para la víctima –recuérdese que tenía quince años, y que las relaciones en cuanto a tocamientos ya se habían iniciado años anteriores–, y que el autor de las mismas era su propio padre. Es claro que en estas condiciones la amenaza tuvo los requisitos de seriedad e inmediatez exigibles, y que el perjuicio para la menor se encontraba en cargar sobre su conciencia con la muerte del padre, situación que sin duda supone un ataque no en plano físico, pero sí claramente en el plano moral para la menor con evidente perjuicio para su salud mental e integridad moral, conceptos ambos que pueden constituir el ataque con el que se intimidaba, que por ello no debe reducirse el anuncio de un mal en el aspecto físico corporal –STS de 16 de mayo de 1995.

Esta tesis de que el anuncio de un mal a la indemnidad de la persona, que es la esencia de la intimidación, puede afectar al cuerpo o al espíritu, de igual suerte que el concepto de salud lo es tanto de la física como de la psíquica resulta indiscutible si se tiene en cuenta que la protección que dispensa el Código Penal a la indemnidad de la persona lo es tanto en relación a los ataques a su integridad física como a los ataques a su integridad moral y salud psíquica, como reconoce el Código Penal en los artículos 147 –de las lesiones–, artículo 169 –de las amenazas– y el propio Título VII del Código Penal que lleva la significativa rúbrica «De las torturas y otros delitos contra la integridad moral».

Procede en definitiva declarar que los hechos fueron correctamente calificados en la Sentencia de instancia como constitutivos de un delito de violación, hoy agresión sexual del artículo 179 que engloba todas las relaciones mantenidas por medio de intimidación que se califican de acuerdo con la más grave de las cometidas que es la violación anal y bucal, las que tuvieron lugar a partir de los quince años de la menor, sólo

que es de aplicación el vigente Código Penal, y por tanto la pena aplicable es la prevista en los actuales artículos 179 y 74.1.º.

(Sentencia de 1 de octubre de 1999)

ARTÍCULO 180.3

No procede apreciar el tipo cualificado de víctima especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación si tales características de la víctima ya se tuvieron en cuenta para apreciar la violencia necesaria para la agresión sexual

Quinto.—(...) Sostiene el Ministerio Fiscal que el relato de hechos probados describe un supuesto de penetración vaginal producido con «violencia», y, al propio tiempo, sobre una víctima especialmente vulnerable.

Para el Ministerio Fiscal, «los hechos probados contemplan..., una situación de violencia que, independientemente considerada respecto de la debilidad mental de la víctima y la situación de estar a solas con el acusado, debe llevar a la aplicación del artículo 179 del Código Penal». Según el *factum*, el acusado tumbó en la cama a la víctima, se situó encima de ella, la introdujo el pene en la vagina impidiéndole la movilidad, e impidiéndola gritar, tapándole fuertemente la boca con su mano, causándole un hematoma en la barbilla. Estos hechos, según el recurrente, implican «la existencia de la violencia exigida en el tipo..., de forma que la circunstancia de debilidad mental y situación personal en el momento concreto —enferma en cama y sola— como circunstancia de ser la víctima especialmente vulnerable por razón de su enfermedad o situación no implica una doble valoración». La violencia constituye un elemento del tipo, no así la resistencia de la víctima.

El Tribunal de instancia justifica la calificación jurídica de los hechos que declara probados, como constitutivos de un delito de agresión sexual de los artículos 178 y 179 del Código Penal, por estimar que el acceso carnal por vía vaginal —pese a las negativas de la víctima— tuvo lugar «mediante el empleo de violencia». Una violencia que se considera adecuada para vencer la voluntad de la víctima, «en atención precisamente a sus circunstancias personales», «lo que impide la aplicación de la agravación del núm. 3 del artículo 180, solicitada por las acusaciones, pues la vulnerabilidad de Luisa, ...por su deficiencia mental, determinó precisamente que la fuerza empleada por el acusado, que no resultó intensa en el sentido de que, dada la mayor complejión física de Luisa y la ausencia de empleo de ningún medio intimidativo, si no hubiera tenido su capacidad de reacción debilitada por su estado mental, difícilmente hubiera sido suficiente para doblegar la voluntad contraria de la víctima...» (F. 2.º).

Es cierto, como sostiene el Ministerio Fiscal, que la resistencia de la víctima no constituye un elemento del tipo del delito de agresión sexual; pero no lo es menos que la vulnerabilidad de la víctima guarda relación directa con su capacidad para resistir, y que, en todo caso, no puede afirmarse que baste la negativa de la víctima para que surja este delito. Para ello, es menester que la conducta sexual descrita en la correspondiente figura penal se haya llevado a efecto «con violencia o intimidación»; en el sentido de que la «violencia» o la «intimidación» empleadas por el sujeto activo sean razonablemente suficientes para vencer la voluntad contraria del sujeto pasivo, llegue éste a resistirse o no. Por ello, cuando la conducta del sujeto activo, objetivamente considerada, debe calificarse de escasamente violenta —teniendo en cuenta sus propias manifestaciones externas y la ausencia de todo medio intimidativo—, como es el caso de autos, y a ello se une el dato de «la mayor complejión física» de la mujer (v. F. 2.º),

es obvio que la violencia empleada por el acusado fue suficiente para doblegar la voluntad contraria de la mujer por las especiales «circunstancias personales» de ésta. La conducta desplegada por el acusado no le hubiera permitido tener el acceso carnal que tuvo con la víctima con una mujer de las características físicas de la ofendida pero que careciese de las taras determinantes de su especial vulnerabilidad. De ahí que, como acertadamente se sostiene por la Sala de instancia, si estas circunstancias se tienen en cuenta también, al margen de su valoración en lo concerniente a la violencia propia del tipo, se estarán valorando doblemente las particulares circunstancias concurrentes en la víctima –su especial vulnerabilidad–, lo que ciertamente es contrario al principio *non bis in idem*. De ahí que el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 19 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 180.5

Mera exhibición de la navaja no integra el tipo agravado de hacer uso de armas u objetos peligrosos

Tercero.–(...) Esta Sala Segunda entiende que no siempre que el sujeto activo de un delito contra la libertad sexual fuerza la voluntad de la víctima con un instrumento susceptible de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 CP, habrá de incardinarse el hecho en el subtipo que establece el artículo 180.5 del Código Punitivo.

La experiencia judicial nos enseña que en la inmensa mayoría de agresiones sexuales mediante intimidación, el medio empleado por el autor del hecho para quebrar la voluntad de la víctima y someterla a sus deseos no es otro que la amenaza contra la vida o la integridad corporal de aquélla, utilizándose a tal fin instrumentos como navajas, cuchillos, punzones y un sinnúmero de objetos perfectamente aptos para causar la muerte o lesiones graves. Este *modus operandi* puede considerarse como «standar» por su frecuencia, y en tal condición, esta clase de ilícitos, en general, estarían comprendidos en el tipo básico del atentado con intimidación contra la libertad sexual que contempla el artículo 178 CP, precisamente por ser el modo más habitual de intimidación en esta clase de ilícitos. Es cierto que el núm. 5 del artículo 180 CP exacerba la pena a aplicar «cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones...», lo que obliga a plantearnos la duda de si la aplicación indiscriminada de este precepto no llevaría a pervertir la voluntad del legislador elevando a la categoría de regla general lo que se contempló por la *mens legislatoris* como una excepción.

En este sentido adquiere particular relevancia la inclusión por el legislador en el texto que comentamos del término «especialmente» peligroso, expresión ésta que no figura en otros preceptos del Código en los que se contemplan supuestos en los que el autor del delito utiliza «medios peligrosos» (sin adjetivar) para la ejecución del hecho. Valga citar como ejemplo el artículo 242.2 CP, en el que se establece una agravación de la pena por el delito de robo «... cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevaré...». Cuando el legislador introduce en la descripción de la acción típica del artículo 180.5 la novedad del adjetivo «especialmente», está manifestando su voluntad de que no todo medio peligroso susceptible de producir la muerte o las lesiones que menciona, deba ser incardinado en este subtipo agravado, sino únicamente aquel que lo sea «especialmente». No se puede desconocer la realidad de que existe una infinita variedad de objetos y utensilios que son susceptibles de producir la muerte o graves lesiones a una persona, pero que no todos deben

entenderse especial y específicamente aptos para ello. Por ello, habrá de ponderarse en cada caso con suma cautela el instrumento utilizado por el agente, analizando no sólo las peculiares características del medio empleado, sino también la forma o manera en que éste es utilizado, así como las circunstancias que concurren en el episodio, porque lo que resulta claro es que el legislador, al emplear el término «especialmente», está demandando una interpretación restrictiva del concepto «medio peligroso» de suerte que, en ocasiones, una navaja «de normales proporciones» podrá ser considerada como instrumento «especialmente peligroso», pero no en otras, según sean las circunstancias del supuesto de hecho concreto. Lo que quiere decir que resulta sumamente arriesgado establecer un criterio unívoco al respecto, y que corresponde al Tribunal juzgador examinar en cada caso el supuesto de hecho al que se enfrenta, evaluando todos estos factores para determinar lo procedente. En el caso actual, la Sala de instancia, tras analizar las circunstancias concurrentes ha rechazado la aplicación del artículo 180.5 del CP, razonando que «ha sido una constante en la declaración de la víctima que el arma blanca la exhibió [el acusado] al inicio, pero nunca hizo uso de ella», por lo que considera «no se han usado medios que puedan producir la muerte».

Porque, en realidad, el artículo 180.5 CP no castiga el ataque a la libertad sexual, sino el riesgo contra la incolumidad física que supone el uso de medios especialmente peligrosos, como el propio Ministerio Fiscal admite en defensa de su tesis. Siendo ello así, el factor relevante para la aplicación de este precepto no lo sería «el instrumento», sino «el uso» que el sujeto haga del mismo, de tal manera que la mera presencia del instrumento no integraría el subtipo agravado, si no se hace un uso de aquel que pueda poner en riesgo la integridad física del sujeto pasivo. Por consiguiente, si como sostiene el Ministerio Público —y comparte esta Sala— el bien jurídico protegido por el precepto es la vida y la salud corporal de la víctima de una agresión sexual, parece razonable aceptar que el apartado 5.º del artículo 180 CP lo haya establecido el legislador para los supuestos en los que el ataque sexual se ejecuta no con el empleo de intimidación, sino con el uso de violencia con medios «especialmente peligrosos», siendo esta interpretación acorde con la redacción del precepto que en su inciso final nos habla de «la muerte o lesiones causadas».

Esta interpretación vendría también avalada por otro argumento. Tratándose de agresiones sexuales ejecutadas con intimidación y, por tanto, sin violencia física, la pena establecida por el legislador para el caso de acceso carnal es la de prisión de seis a doce años. Mas, si para estos supuestos en los que la intimidación se alcanza con la exhibición de un cuchillo en el pasaje inicial del suceso, sin que el arma sea utilizada de ningún modo conforme a su propia finalidad, si en estos casos, decimos, se aplicara la agravación del artículo 180.5.º, el sujeto vendría sancionado con una pena de doce a quince años de prisión, es decir, más grave que la asignada al delito de homicidio por el artículo 138, con lo que se llegaría a la indeseable conclusión de que un asalto sexual sin violencia física y sin riesgo de muerte o lesiones, se vería sancionado con pena más grave que un homicidio intencionado. Resultado éste que, aun considerando el enorme valor que debe otorgarse a la libertad sexual de las personas, supondría un indudable atentado al principio de proporcionalidad, esencial en el ámbito del Derecho Penal.

No parece ociosa otra reflexión: si el empleo de un arma blanca, u otro instrumento especialmente peligroso, tiene por objeto intimidar mediante su sola exhibición a la víctima, sin posterior utilización generadora de riesgos para la vida o la incolumidad del así intimidado, la agravación penológica del artículo 180.5.º CP podría suponer un caso de doble incriminación cuando éste haya sido el medio de intimidar a la víctima. Razón por la cual entendemos conveniente insistir en el criterio ya expuesto y que se recoge en recientes pronunciamientos de esta Sala Segunda (SSTS de 17 de

diciembre de 1997 y 21 de febrero de 1998) en el sentido de valorar el análisis del hecho efectuado por el juzgador, que se encuentra, gracias a la intermediación, en inmejorables condiciones para discernir sobre si la simple exhibición del instrumento excede la intimidación propia de la agresión y puede llegar a configurar el subtipo agravado.

No es desdeñable tampoco el hecho de que esta Sala Segunda aprecia la concurrencia en el caso de autos del subtipo agravado previsto en el artículo 180.1 del CP por el carácter particularmente degradante y vejatorio que revistió la conducta del acusado. Teniendo en cuenta que la exhibición de la navaja como medio intimidatorio tuvo lugar al inicio del suceso, desapareciendo luego de la escena, y que durante el resto de las once horas durante las que se prolongó el terrible trance, la joven fue objeto de las violencias físicas, de las humillaciones y demás sevicias que describe el hecho probado, que culminaron con el acceso carnal por parte del acusado; considerando esta realidad, decimos, puede aceptarse que la mencionada inicial exhibición de la tan repetida navaja como medio intimidatorio, se integra y se diluye en buena medida en la ulterior conducta del sujeto activo constitutiva de la violencia física y psíquica especialmente reprochable que contempla el artículo 180.1 del Código Penal.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 181.1

La violencia ha de ser previa, concurrente o determinante de la acción atentatoria contra la libertad sexual: el enfrentamiento posterior con acompañantes de la víctima es ajeno a este delito

Segundo.—Su correlativo apartado recurrente toma el cauce del artículo 849.1.º de la LECrim para censurar, como indebida, la aplicación del artículo 178 del Código Penal.

Después de rechazar tal calificación sin otro argumento que la ausencia de ánimo atentatorio a la libertad sexual de la denunciante, el autor del recurso propone como alternativa tipificadora la de la falta de vejación injusta del artículo 620.2.º del Código Penal.

Pues bien, aunque ninguna de las perspectivas que conlleva la propuesta impugnativa que ahora se examina son atendibles en los términos en que están planteadas en tanto que la presencia del *animus* resulta obvia en la descripción de los hechos y la entidad de la acción sobrepasa la línea divisoria entre el delito y la falta, no es menos cierto que la apertura del debate casacional en tales condiciones propicia la formulación de una decisión jurisdiccional en este trance que supone el acogimiento parcial de aquélla a base de reconocer la necesidad de una rectificación calificadora que, aun castigando la conducta enjuiciada, ajusta sus módulos a criterios de corrección sancionadora y adecuada proporcionalidad.

Dicha determinación no se alcanza sino a partir de la única referencia posible dada la vía elegida, es decir, desde el contenido de un relato de hechos probados del siguiente tenor: «1.º El día 10 de julio de 1996 los acusados en esta causa José T. A., Iván T. A. y Antonio José H. G. transitaban por la calle del Temple de esta ciudad cuando al cruzarse con un grupo formado por Eugenio G. F., Marcos Jesús M. B. y Elma U. R., el primero de los acusados inesperadamente dirigió su mano a los genitales de Elma U., agarrándole de dicha parte durante unos instantes. 2.º Ante este acto vejatorio, los acompañantes de la joven se dirigieron al acusado pidiéndole explicaciones, ante lo cual los tres acusados golpearon con los puños y los pies a Eugenio G. F. que resultó con contusiones, precisando de una primera asistencia y tardando quince

días en curarse con incapacidad parcial para realizar su trabajo habitual. 3.º El acusado Antonio José H. G. propinó una serie de golpes a Marcos Jesús M. B. por los cuales necesitó una primera asistencia y tardó siete días en curar» (sic).

Por otra parte, también conviene reseñar que la justificación que para calificar tales hechos como delito de agresión sexual del artículo 178 del Código Penal ofrece el Tribunal *a quo* en el fundamento jurídico primero de su resolución cuando dice que: «Los hechos relatados en el primero de la narración fáctica constituyen un delito de agresión sexual previsto por el artículo 178 del Código Penal. En efecto, el acusado Jesús T. A., al agarrar fuertemente los genitales de su víctima realizó un acto atentatorio contra la libertad sexual de ésta y las circunstancias que concurren en el caso: el hecho de ir el acusado acompañado y la violencia posterior desplegada por el acusado y sus acompañantes obligan a incardinar dicho hecho en el delito tipificado en el artículo 178 del Código Penal y no en el del artículo 181» (sic) no propicia la aplicación normativa impugnada sino que, la descripción fáctica reseñada realmente se acomoda a las previsiones tipificadoras del artículo 181.1.º del Código Penal en las que se define el delito de abusos sexuales, en cuanto que en aquélla está ausente el componente violento o intimidatorio indispensable para comprender los hechos en la figura de la agresión sexual del artículo 178 del mismo Texto Legal, dado que la «violencia desplegada por el acusado y sus acompañantes» no es previa, concurrente o determinante de la acción atentatoria a la libertad sexual que sufre el sujeto pasivo de la acción, sino que se integra o hace acto de presencia en un episodio posterior de enfrentamiento con los acompañantes de aquélla, cuando éstos –cuya presencia también ha de considerarse para enjuiciar debidamente tal acontecer– recriminan a aquéllos y les piden explicaciones por su proceder.

Por otra parte, el inequívoco carácter sexual del tocamiento efectuado sobre los genitales de la víctima es tan patente que no puede ser desconocido por el autor del hecho, de suerte que aquél elimina, por su evidencia, la consideración de éste como mera vejación injusta.

En su consecuencia –acomodada a los términos del meritado artículo 181.1.º del Texto Legal Punitivo y a la práctica jurisprudencial representada por las Sentencias 24-3-1997 y 20-3-1998–, la calificación de los hechos y su sanción resultan proporcionadas a la entidad de los mismos y a las posibilidades económicas del acusado, es un camarero de veintinueve años al momento de cometerse aquéllos, la imposición de una pena de multa de 18 meses a razón de una cuota de 1.000 pesetas por día-multa, a fin de que, aunque se decrete una nueva medida sancionadora ésta se adecue al mismo esquema de dosificación punitiva activado en la instancia.

(Sentencia de 12 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 181.2

Un cociente intelectual del 69% es compatible con la capacidad de autodeterminación sexual, lo que no obsta con que se obtenga su consentimiento prevaliéndose de una situación de superioridad

Tercero.–Por ello, tratándose de personas con limitaciones o alteraciones mentales, el tipo penal del artículo 181.2.º debe reservarse a los supuestos en que la víctima, más allá de la pura expresión formal o aparente de su aceptación de la relación sexual no presta un auténtico y verdadero consentimiento valorable como tal, sea porque su poca edad no permita la suficiente madurez psico-orgánica para decidir en plena libertad y pleno conocimiento, o bien porque su patología, transitoria o no, excluya la apti-

tud de saber y conocer la trascendencia y repercusión de la relación sexual, sin lo cual no hay libre voluntad y verdadero consentimiento en el ejercicio libre de la autodeterminación sexual. Como dice la Sentencia de esta sala de 20 de abril de 1994, citando otras anteriores, no se trata de una ausencia total de conciencia, sino de pérdida o inhibición de sus facultades intelectuales y volitivas, en grado o intensidad suficiente para desconocer y desvalorar la relevancia de sus determinaciones, al menos en lo que atañen a impulsos sexuales trascendentes aunque las tenga en otros aspectos relacionados con la vida doméstica o laboral.

Fuera de su ámbito y sin perjuicio de la posible subsunción del hecho en el tipo de prevalimiento del artículo 181.3.º, quedan, pues, los supuestos en que el trastorno mental no es tan grave como para privar totalmente al sujeto de esa capacidad de conocer y decidir su comportamiento sexual en libertad, pero sí limita su autodomínio colocándolo en desventaja respecto a una persona totalmente normal, que de ello se prevale o aprovecha.

Cuarto.—En el presente caso el padecimiento de la denunciante se describe escuetamente en el relato histórico de la Sentencia como «un leve retraso mental que limita su capacidad de raciocinio, lo que era conocido por el acusado que se aprovechó de dicha circunstancia».

Examinados los Autos, y en concreto los peritajes emitidos, con el fin de una mejor comprensión del significado y sentido de esa circunstancia personal afirmada en la Sentencia (art. 899 LECrim) resulta que el leve retraso mental de la acusada se corresponde con un cociente intelectual del 69%, en el límite entre la simple torpeza y la debilidad mental.

En el retraso o deficiencia mental se diferencian grados distintos, es decir, retraso ligero, moderado, severo y profundo, de los que se hace eco la Organización Mundial de la Salud al distinguir la subnormalidad mental ligera (cociente intelectual entre 50 y 70), moderada (cociente entre 35 y 50), severa (de 20 a 35) y profunda (cociente inferior al 20%).

Un cociente intelectual como el de la denunciante —del 69%— está en los límites superiores de la leve o ligera, es decir en el límite de lo que por otros se ha denominado «debilidad mental» (entre 50% y 70%), próximo a la simple torpeza mental. En tales circunstancias no cabe apreciar la situación del transtorno mental a que se refiere el artículo 181.2.º del vigente Código Penal, puesto que tan leve retraso no es incompatible con la capacidad de autodeterminación sexual. Así lo ha entendido esta Sala, excluyendo en su día la aplicación del artículo 429.2.º del anterior Código, es decir la enajenación, equivalente al actual transtorno mental del artículo 181.2.º, en los supuestos de debilidad mental moderada o leve como el aquí enjuiciado (Sentencias de 30 de mayo de 1987; 13 de abril y 10 de diciembre de 1992; 1 de febrero, 18 de marzo y 29 de abril de 1993; 28 de marzo de 1994, y 17 de febrero de 1995) entendiéndose que en tales casos no se anula la capacidad de autodeterminación sexual del sujeto pasivo.

Lo anterior no obsta para que la limitación padecida por la denunciante, restrinja o coarte la formación de una voluntad absoluta o enteramente libre del modo en que pueda hacerlo quien está en la plena normalidad mental. En tal sentido existe una situación objetiva de superioridad del acusado con relación a tal persona a la hora de convenir entre ambos una relación sexual, superioridad aprovechada conscientemente por el acusado para el logro de sus propósitos, lo que origina el delito de abuso de prevalimiento del artículo 182.3.º del Código Penal, cuya penalidad habiendo, como aquí sucede acceso carnal, es la establecida en el artículo 182 párrafo primero.

(Sentencia de 9 de abril de 1999)

ARTÍCULO 181.3

Criterios para determinar la existencia de consentimiento viciado por superioridad del sujeto activo

Cuarto.—Rechazados los motivos de casación de los recursos, por corriente infracción de ley, interpuestos por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, quédanos por examinar, en esta misma línea impugnativa, si asiste la razón a la Defensa del procesado cuando denuncia infracción, por aplicación indebida, del tipo de abusos sexuales con prevalimiento previsto en el artículo 181.3 y castigado en el 182, ambos del CP, cuando el abuso consiste en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal. La forma más grave de los abusos sexuales con prevalimiento definida y sancionada con los mencionados artículos ha venido a ocupar el lugar del antiguo estupro con prevalimiento previsto en el artículo 434 CP 1973. En la nueva formulación, el hecho fundamental de que el bien jurídico protegido en el tipo es la libertad sexual, esto es, el derecho a determinar libremente la propia actividad sexual y la actividad sexual de otro sobre el propio cuerpo, ha sido subrayado con dos matices cuya importancia no puede ser desconocida: de un lado, se exige que la superioridad de que se prevale el sujeto activo sea «manifiesta», expresión que no se encontraba en el viejo artículo 434; de otro, se consigna la necesidad de que el prevalimiento de la situación de necesidad «coarte la libertad de la víctima», con lo que se deja fuera del tipo toda conducta de esta naturaleza, realizada en el contexto de una situación objetiva que pudiera ser definida como de superioridad, si la misma no ha significado coerción para la libertad de determinación sexual de la víctima o, lo que es lo mismo, si dicha situación no ha generado vicio que haya condicionado seriamente su consentimiento. De esta forma, se excluye la aplicación automática del tipo derivada de la mera existencia de una situación objetiva de superioridad, lo que no deja de estar justificado en una sociedad cuyos miembros, cualquiera que sea su sexo, han alcanzado de hecho un considerable grado de libertad para autodeterminarse sexualmente. Interpretado así el artículo 181.3 CP, no parece que pueda ser subsumida la conducta del acusado en el tipo establecido en dicha norma. El Tribunal de Instancia ha concretado la situación de superioridad y su aprovechamiento en las siguientes circunstancias: la hora, el lugar —un apartamento desconocido para la mujer— la presencia de otras personas que duermen en una habitación del mismo y el cambio, en el acusado, de una inicial actitud cariñosa por otra más brusca y exigente. Hemos de decir, sin embargo, que el conjunto de estos factores no configura una situación capaz de viciar de modo apreciable el consentimiento de una mujer de veintiocho años, que ejerce una profesión liberal y que lógicamente sabe desenvolverse en el ámbito de las relaciones que se traban ocasionalmente entre personas de uno y otro sexo. La hora y el lugar del encuentro entre el acusado y la denunciante fueron aceptados libremente por la segunda, acaso como consecuencia de la progresiva atracción generada por contactos eróticos mantenidos a lo largo de la noche, la presencia de otras personas en el apartamento —que el acusado decía no querer que despertasen— tanto podía inquietar como tranquilizar a la denunciante y el cambio de actitud por parte del acusado, que ya hemos considerado insuficiente para una verdadera intimidación, tampoco bastaba para que una anterior situación de igualdad o equivalencia entre los dos protagonistas del concertado evento se transformase en otra de «manifiesta» superioridad para el varón e inferioridad para la mujer. Es por ello por lo que, aceptando que el consentimiento de la denunciante a la felación que le fue exigida por el acusado pudo no haberse formado con plena libertad —e incluso que pudo serlo con íntima

repugnancia— no consideramos que la mengua de libertad sexual eventualmente padecida por la denunciante en la ocasión de autos fuera producto de una verdadera situación de superioridad creada o aprovechada por el acusado.

(Sentencia de 3 de junio de 1999)

ARTÍCULO 182

Concepto de «objetos» a efectos agravatorios de los delitos de agresión y abuso sexuales: no tienen tal consideración los dedos

Noveno.—(...) Estima la parte recurrente que «los dedos», ni desde el punto de vista gramatical, ni a criterio de la jurisprudencia o doctrina legal, ni desde la perspectiva de la Fiscalía General del Estado, ni desde la posición de la doctrina científica, constituyen objetos a los efectos del tipo agravado de abusos sexuales del artículo 182 del Código Penal; de lo contrario se incurriría en una interpretación extensiva, contraria al reo, de las normas penales, con violación del artículo 4.1 del Código Penal, que dispone que las Leyes Penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado. En efecto el artículo 182 del Código Penal equipara punitivamente al acceso carnal la «introducción de objetos» pero esta Sala ya ha señalado, en su Sentencia de 14 de febrero de 1994, que los dedos no pueden ser considerados como «objetos» a los efectos agravatorios de la sanción penal de la agresión sexual, asumiendo expresamente el criterio acogido por la Fiscalía General del Estado en su Circular 2/1990. Los tipos penales deben necesariamente ser interpretados en forma taxativa o estricta (arts. 1.1.º y 4.1.º del Código Penal de 1995), no pudiendo extenderse la expresión «objetos», que lingüísticamente equivale a cosas inanimadas o inanes, hasta incluir en ella partes del cuerpo humano, como los dedos o la lengua, que en el lenguaje usual nunca son denominados objetos, pues ello equivaldría a aplicar una circunstancia agravatoria a un supuesto distinto del expresamente previsto en la Ley Penal que la establece.

La Sala sentenciadora, al reconocer que la doctrina de esta Sala excluye los dedos de la calificación de objetos a los efectos agravatorios de la agresión sexual, pero estimar que la introducción de los dedos en la vagina de una mujer «constituye un supuesto que se encuentra entre el acceso carnal y la introducción de objetos, y por tanto comprendido en la misma norma» está en realidad aplicando la «analogía *in malam partem*» pues admite que se trata de un caso diferente de los expresamente previstos en la ley («entre el acceso carnal y la introducción de objetos», pero diferente de ambos), y sin embargo lo incluye en la agravación por estimarlo de similar entidad, es decir extendiendo analógicamente la norma sancionadora más allá de sus términos expresos, en perjuicio del reo. Esta modalidad de aplicación normativa no resulta legalmente admisible, conforme a lo establecido en el artículo 4.1.º del Código Penal de 1995 que dispone que «las Leyes Penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

En definitiva por «objetos» a estos efectos agravatorios de los delitos de agresión y abuso sexuales, ha de entenderse aquellos elementos materiales, inanimados o inanes —excluyendo, por tanto, los órganos o partes del cuerpo humano— cuya utilización conlleve una inequívoca connotación sexual.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 187.1.º

Concepto y bien jurídico protegido en los delitos relativos a la prostitución: irrelevancia de que la víctima estuviera previamente prostituida. Responsabilidad del cliente que contrata servicios sexuales de menores ya prostituidos

Segundo.—La prostitución puede conceptuarse como aquella actividad que ejercida con cierto carácter de habitualidad y generalidad, conlleva la prestación de servicios sexuales mediante precio.

La regulación de los delitos relativos a la prostitución en el Nuevo Código Penal se ha realizado desde la perspectiva de que el bien jurídico que debe ser tutelado no es la moralidad pública ni la honestidad como tal, sino la libertad sexual, entendida en sentido amplio. Lo que se castiga en el Título VII del Código Penal 1995 son aquellas conductas en las que la involucración de la víctima en la acción sexual del sujeto activo no es libre, incluyendo los casos en los que la víctima aún no es capaz de decidir libremente o está patológicamente incapacitada para ello. En consecuencia las conductas relativas a la prostitución que se tipifican penalmente son las que afectan a dicha libertad sexual, es decir aquellas en que se fuerce de algún modo la voluntad de las personas adultas, determinándolas coactivamente, mediante engaño o abusando de su situación de necesidad, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella (art. 188.1.º).

En cuanto a los menores (e incapaces), además de la sanción agravada de estas conductas coactivas (art. 188.3.º) también se castigan aquellos comportamientos que inducen, promueven, facilitan o favorecen su prostitución (art. 187.1.º), aun sin coacción alguna, pues se actúa sobre personas que carecen de la plena capacidad de autodeterminación que caracteriza a los adultos. Estima el legislador que la tutela del derecho de los menores a un adecuado proceso de formación sexual, impone procurar activamente su exclusión del mercado de la prostitución, dada la influencia que el precio puede ejercer sobre una voluntad inmadura, viciando su consentimiento.

Por coherencia con lo dispuesto el artículo 188 y en atención a las necesidades de tutela del bien jurídico protegido —que como se ha expresado, no es la honestidad, sino la libertad sexual ha de entenderse que las referidas conductas son punibles, tanto si tienen por objeto iniciar a un menor en el ejercicio de la prostitución como si tienden a mantenerlo en ella. En efecto la prostitución no puede ser considerada como una especie de «estado irreversible», por lo que el menor ya iniciado no pierde por ello la tutela del ordenamiento jurídico frente a los comportamientos de los mayores que abusen de su limitada capacidad de conocimiento y voluntad, contribuyendo a mantenerlo en dicha dedicación o ejercicio.

Tercero.—Atendiendo a lo expuesto, procede analizar las cuestiones planteadas por la subsunción en el artículo 187.1.º de la conducta del «cliente», o persona que mantiene relaciones sexuales mediante precio, con menores ya iniciados en la actividad de prostitución, es decir, de quien paga al menor para que continúe realizando actos de prostitución.

La tesis mantenida por el recurrente sostiene que los actos de prostitución con menores, conociendo dicha condición, son atípicos cuando el menor ya se hubiese dedicado a dicha actividad con anterioridad, pues no determinan un cambio cualitativo de su condición. Ahora bien, este criterio no es convincente pues, como ya se ha expresado, la tutela otorgada por el Ordenamiento Penal no se limita a los menores «honestos», sino que se concede a todos ellos, por su mera condición de menores cuya limitada capacidad de conocimiento y voluntad puede ser objeto de abusos, por lo que no sólo son punibles las conductas que «inicien» al menor en la prostitución sino que

también deben incluirse en el tipo los actos que induzcan, promuevan, favorezcan o faciliten el mantenimiento del menor en su ejercicio.

Partiendo de esta primera premisa, ha de examinarse si ello determina necesariamente que cualquier acto aislado de prostitución con menores, conociendo dicha condición, resulta por sí mismo punible, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 187.1.º. Este criterio tampoco puede ser acogido, pues el legislador no sanciona, sin más, cualquier relación sexual mediante precio con persona menor de edad, sino exclusivamente aquellos actos que puedan ser calificados como de inducción, promoción, favorecimiento o facilitación, no permitiendo el principio de legalidad la aplicación de la norma penal más allá de lo sancionado en ella de modo expreso (art. 4.1.º del Código Penal).

En consecuencia debe examinarse en cada caso (atendiendo a la reiteración y circunstancias de los actos y a la edad más o menos temprana del menor), si las actuaciones de los «clientes» inducen o favorecen el mantenimiento del menor en la situación de prostitución. En este sentido en los casos de prostitución infantil (joven de 15 o menos años de edad), ha de considerarse ordinariamente la relación sexual mediante precio como acción de inducción o favorecimiento subsumible en el artículo 187.1.º, máxime cuando se trata de relaciones reiteradas, con independencia de que el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, pues a esa edad tan temprana el ofrecimiento de dinero por un adulto puede considerarse suficientemente influyente sobre la voluntad del menor, para determinarla a realizar el acto de prostitución solicitado, estimulando y arraigando su dedicación a dicha actividad.

Este fue el criterio adoptado por el Pleno de esta Sala en la reunión celebrada el 12 de febrero pasado, para unificación de criterios jurisprudenciales en torno a la interpretación del artículo 187.1.º del Código Penal 1995, en los supuestos de prostitución con menores.

(Sentencia de 7 de abril de 1999)

ARTÍCULO 197.2

Ámbito de la protección penal de los datos personales

Segundo.—Dos problemas de especial importancia, entre otros que no hacen al caso hoy sometido a nuestra censura, suscita la interpretación del artículo 197.2 CP. De una parte, es preciso saber qué sentido se ha de dar a la expresión «en perjuicio de» y de otra, hemos de concretar cuáles son los datos reservados de carácter personal o familiar abarcados por la protección penal. El Tribunal de instancia ha considerado que la expresión «en perjuicio de» supone la exigencia de un ánimo o especial intención de perjudicar al titular de los datos o a un tercero y en tal exégesis descansa fundamentalmente su pronunciamiento absolutorio. Esta Sala no puede compartir esta lectura del precepto aunque no deja de reconocer que la preposición «en» ha sido interpretada frecuentemente en dicho sentido. En el tipo que analizamos, sin embargo, situado inmediatamente después de otro —el del artículo 197.1— en que el ánimo específico aparece indicado con la inequívoca preposición «para», el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo pero no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción. A esta conclusión debe conducirse no sólo el argumento sistemático a que acabamos de aludir, sino la propia relevancia constitucional del bien jurídico lesionado por el delito, cuya protección penal no puede estar condicionada, so pena de verse convertida prácticamente en ilusoria, por la improbable

hipótesis de que se acredite, en quien atente contra él, el deliberado y especial propósito de lesionarlo. Estamos, pues, ante un delito doloso pero no ante un delito de tendencia. El otro problema interpretativo a que nos hemos referido —el del alcance objetivo que se ha de dar a la protección penal de los datos reservados— guarda una cierta relación con el primero. Parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática. Precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo «accede» a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición, pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre, es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar, como hemos visto, al titular de los datos o a un tercero. No es fácil precisar, *a priori* y en abstracto, cuándo el desvelamiento de un dato personal o familiar produce ese perjuicio. Baste ahora con decir que lo produce siempre que se trata de un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera «sensible» por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta, dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar. Sentado esto, veamos si la conducta del acusado, enjuiciada en la sentencia recurrida, ha colmado todos los elementos del tipo que sumariamente hemos analizado.

Tercero.—Según se dice en la declaración de hechos probados, el acusado, periodista de profesión, que había tenido conocimiento de que en la Prisión Provincial de Las Palmas podía haber internos que, estando afectados por el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida —SIDA—, trabajaban en la cocina del establecimiento, logró obtener, a través de personas o medios desconocidos, un listado del archivo informatizado donde estaban registrados los enfermos de la prisión y otro en que figuraban los internos destinados en la cocina y, habiendo comprobado que había dos nombres incluidos en una y otra lista, publicó un artículo en el *Diario de Las Palmas* en que, denunciando el hecho, mencionaba con sus nombres y apellidos, y otros datos que permitían su segura identificación, a los dos enfermos de SIDA. A la vista de estos hechos, resumidamente expuestos, es evidente ante todo que el acusado accedió, por un medio desconocido pero en todo caso sin autorización de quien podía concederla, a datos reservados de carácter personal que se hallaban registrados en un fichero informático, datos —hay que precisarlo— no inocuos sino extraordinariamente sensibles. Como se decía en la STC 20/1992, de 14 de febrero, en que se otorgó el amparo contra un resolución judicial que había mantenido un criterio distinto, «la identificación periodística (...) de una determinada persona, como afectada por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), deparaba, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un daño moral (y también económico como luego se demostró) a quienes así se vieron señalados como afectados por una enfermedad cuyas causas y vías de propagación han generado y generan una alarma social con frecuencia acompañada de reacciones, tan reprochables como desgraciadamente reales, de marginación para muchas de sus víctimas». Lo que claramente quiere decir que, en el caso objeto de la sentencia recurrida, el quebrantamiento del secreto protegido por el ordenador ocasionaba, por sí solo, un indiscutible perjuicio para las personas a las que afectaban los datos fraudulentamente conocidos y desvelados. Si lo dicho pone de relieve que la actuación del acusado reproduce íntegramente los elementos del tipo objetivo descrito en el artículo 197.2, segundo inciso, Código Penal, tampoco puede ponerse en duda la concurrencia del hecho de conciencia constituido por el dolo que constituye el tipo subjetivo. No es concebible, en efecto, que un profesional de la información, del que cabe

suponer un nivel al menos medio de cultura, habituado al análisis de la realidad social, no sepa, de un lado, que existen datos personales a los que, por carácter íntimo, el extraño no tiene el derecho de acceder y, de otro, que es seguro el perjuicio que se irroga a una persona si se publica que padece una enfermedad con las connotaciones sociales del SIDA. Esta Sala no tiene la menor duda de que el acusado no se propuso especialmente causar perjuicio a los dos internos de la prisión que vieron sus nombres en un diario local señalados con el estigma de la citada enfermedad. Pero ello no impide que el hecho deba ser considerado doloso, con dolo directo de segundo grado, puesto que el perjuicio para aquéllos, por ser inevitable y notorio, no pudo dejar de representársele al acusado, pese a lo cual procuró por todos los medios acceder al dato y posteriormente lo publicó. Y debe añadirse que el hecho, por cuanto se acaba de razonar, no sólo es subsumible en el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto en el segundo inciso del artículo 197.2 CP, sino también en los tipos agravados descritos en los apartados 3 y 5 del mismo artículo, por haberse difundido los datos descubiertos dándolos a la publicidad en un periódico y por quedar revelado con dichos datos un grave problema de salud de los afectados, ninguna de cuyas agravaciones necesita de un largo razonamiento de justificación. Todo ello quiere decir que el recurso del Ministerio Fiscal ha de ser estimado.

(Sentencia de 18 de febrero de 1999)

ARTÍCULO 203.1

Concurso con delito de robo: Inaplicable cuando sólo existe el ánimo de sus- traer objetos del establecimiento

Único.—(...) Otra cuestión abordada en la Junta General del año 1998 (de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 19 de octubre), antes citada, era el posible concurso entre el delito de robo y el delito de entrada indebida y sin violencia o intimidación en local abierto al público, tipificado en el artículo 203.1 del Código Penal. Y esta Sala acordó que en estos casos sólo procedía aplicar el delito de robo, excluyéndose el delito previsto en el artículo 203.1 CP, salvo que se acreditase que, en el caso enjuiciado, el ataque a la privacidad hubiera ido más allá de lo que es inherente al delito de robo, en cuyo caso cabría la posibilidad de una situación concursal entre ambos delitos.

En el supuesto que examinamos, la entrada en el establecimiento de venta de golosinas, forzando una verja, se hizo con la exclusiva finalidad de obtener un lucro económico, apoderándose de efectos y dinero, sin que en modo alguno se hubiera proyectado sobre bienes jurídicos atinentes a la intimidad o privacidad del titular o usuario del establecimiento, que no ha resultado afectada más allá de lo imprescindible para materializar el ataque al patrimonio ajeno.

Por todo lo que se deja expuesto, este extremo del motivo debe ser estimado, debiendo ser absuelto del delito de entrada indebida y sin violencia o intimidación en local abierto al público por el que fue condenado en la instancia.

(Sentencia de 18 de enero de 1999)

ARTÍCULO 227

Impago de pensiones económicas: imposibilidad de compensación con supuestas deudas derivadas del régimen económico matrimonial, que no

son líquidas ni exigibles. Exclusión del delito en caso de imposibilidad económica

Segundo.—En el segundo motivo de recurso, se replantea la cuestión anterior por la vía de la infracción de ley. Alega el recurrente que si bien es cierto que no ha abonado en momento alguno la pensión mensual judicialmente establecida en favor de su esposa y también lo es que dispone de medios suficientes para ello, su obligación ha de considerarse extinguida por compensación dado que, a su entender, su esposa le adeuda cantidades superiores por otros conceptos, entre los que cita pagos realizados por el recurrente para la extinción de cargas hipotecarias que supuestamente gravaban bienes comunes, gastos ocasionados por los hijos de su esposa durante la convivencia matrimonial, joyas y pieles que dice fueron apropiados por su cónyuge, etc.

El motivo no puede ser acogido.

En primer lugar se apoya en elementos fácticos que no tienen reflejo alguno en los hechos declarados probados. Pero aun cuando se complementasen éstos, acogiendo hipotéticamente el tercer motivo de recurso que así lo interesa por la vía casacional del artículo 849.2.º de la LECrim, los datos incorporados carecerían de virtualidad para modificar el fallo. En efecto, la compensación como modo de extinción de las obligaciones requiere, entre otros requisitos, que las deudas sean vencidas, líquidas y exigibles (art. 1196 del Código Civil). En el supuesto actual, el recurrente, que reconoce que se niega a abonar la pensión judicialmente establecida disponiendo de medios sobrados para ello, pretende compensar su deuda, líquida, vencida y exigible, con supuestas obligaciones que no cumplen dichos requisitos legales, encontrándose pendientes para su determinación, liquidación, vencimiento y exigibilidad de la necesaria liquidación de la sociedad de gananciales.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 1396 del Código Civil, «disuelta la sociedad de gananciales se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad», y conforme al artículo 1403, «pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad», añadiendo el artículo 1405 que «si uno de los cónyuges resultare en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga el crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente».

En el caso actual el recurrente pretende extinguir por compensación su obligación de abonar las pensiones mensuales establecidas en resolución judicial en un supuesto de separación legal, que son líquidas, vencidas y exigibles, con supuestas deudas provenientes de las relaciones patrimoniales de los cónyuges durante la vigencia del régimen económico matrimonial, cuando éste no ha sido liquidado y, en consecuencia, ni dichas deudas son líquidas ni exigibles, ni siquiera se puede afirmar que existan o lleguen a existir. Así por ejemplo la supuesta deuda derivada de gastos ocasionados por los hijos de la esposa debe contemplarse desde la perspectiva de lo dispuesto en el artículo 1362.1.º párrafo 2.º del Código Civil, conforme al cual «la alimentación y educación de los hijos de uno sólo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar», por lo que, de darse este supuesto, no cabría hablar de deuda alguna; y aun cuando no concurriese, habrá de estarse a lo dispuesto por el Código Civil cuando señala que «En caso contrario, los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de su liquidación», es decir, que aun en dicho supuesto, la compensación se encuentra legalmente impedida por el carácter no exigi-

ble y pendiente de liquidación, dentro del proceso más amplio de liquidación del régimen económico matrimonial, de la supuesta deuda.

Similar consideración debe efectuarse respecto de los demás conceptos crediticios a que se refiere el recurrente, derivados de las relaciones económicas propias del régimen patrimonial del matrimonio, y por ello, en todo caso, pendientes de determinación y liquidación. Así las cantidades que se dicen adeudadas por «pieles y joyas apropiadas por la esposa», deben contemplarse desde la perspectiva de que el artículo 1346.7.º del Código Civil considera como bienes privativos de cada cónyuge las ropas y objetos de uso personal, salvo que sean «de extraordinario valor», y aun en tal caso deberán incluirse con preferencia en el haber del cónyuge que los utilice (art. 1406.7.º), por lo que sólo a través del correspondiente procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial podrá determinarse la existencia de deuda alguna por dicho concepto, que, en cualquier caso, será objeto de los reintegros correspondientes conforme a lo prevenido en el artículo 1403 del Código Civil. Resulta evidente, en consecuencia, que no nos encontramos ante una deuda líquida.

En el mismo sentido cabe señalar idéntica imposibilidad de compensación respecto de supuestas deudas derivadas de abonos realizados para levantar cargas de los bienes comunes, pues dichos abonos únicamente determinarían algún derecho de reintegro en el caso de que se acreditase que se han realizado con bienes privativos (art. 1364 del Código Civil), reintegro que, en el hipotético supuesto que hubiera de realizarse, se encontraría igualmente pendiente del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial.

Ha de señalarse, en consecuencia, que aun admitiendo la compensación como modo de extinción de la obligación del pago de las prestaciones económicas establecidas judicialmente en caso de separación, dicha extinción no puede producirse cuando se pretende realizar con supuestas deudas que no son líquidas, vencidas ni exigibles, como sucede con las derivadas de un régimen económico matrimonial que se encuentra pendiente de liquidación.

(...)

Cuarto.—El precepto penal aplicado (art. 227 del Código Penal 1995) ha sido doctrinalmente criticado desde diversas perspectivas. La más relevante, porque podría determinar su inconstitucionalidad, es la de que supusiese una forma encubierta de «prisión por deudas». Ahora bien la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, (BOE 30 de abril de 1977) que dispone que «nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual», precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los artículos 10.2.º y 96.1.º de la Constitución Española. Esta norma obliga a excluir de la sanción penal aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento («no poder cumplir»), solución a la que ha de llegarse igualmente desde la perspectiva de la cláusula general de salvaguardia propia de los comportamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta debida pudiendo hacerla.

En el supuesto actual está plenamente acreditado y lo reconoce así expresamente el propio recurrente, que dispone de medios sobrados para hacer frente a la pensión establecida, negándose sin embargo a su pago. No ha abonado la pensión en momento alguno, ni cuando se estableció como medida provisional, ni cuando se ratificó en la sentencia de separación, ni cuando se confirmó —limitándola a una duración máxima de cinco años, pero manteniendo su cuantía y periodicidad mensual— en la sentencia de apelación finalmente dictada por la Audiencia Provincial, por lo que concurren todos los elementos típicos integradores del delito objeto de acusación y condena. Se

ha omitido voluntariamente la conducta debida, no existiendo causa alguna que impidiese su cumplimiento, por lo que no nos encontramos ante un supuesto de sanción por «no poder cumplir», sino por «no querer cumplir» pudiendo hacerlo, no vulnerándose, en consecuencia, lo dispuesto en el artículo 11 del Pacto Internacional de Nueva York.

(Sentencia de 28 de julio de 1999)

ARTÍCULO 234

Hurto a distancia: empleo de un palo con un gancho en el extremo para sustraer ropa de un comercio

Único.—(...) En el hecho probado no se declara que concurrieran los presupuestos normativos del escalamiento, pues ni se entra, ni se intentó entrar, ni se desplegó en la acción una energía criminal similar a las descritas en las modalidades de fuerza descritas en el artículo 238 del Código Penal, sino que se emplea un palo con un gancho para la sustracción, acción que ha sido denominada doctrinalmente como «hurto a distancia», en el que para el desapoderamiento no se ha desplegado una actividad típica de fuerza en las cosas pues, como se ha dicho, la verja predispuesta para impedir el acceso al interior no ha sido vencida, en el sentido de saltada, y no se entró a ningún espacio impedido por la misma.

En último término, el hecho no describe ni la conducta realizada por el autor ni la configuración de la verja, elementos necesarios para que pudiera subsumirse en una de las fuerzas típicas contempladas en el artículo 238 del Código.

El motivo consecuentemente debe ser estimado, declarando no concurrente para el recurrente la fuerza típica del robo, por lo que los hechos se integran en una falta de hurto intentado.

(Sentencia de 15 de abril de 1999)

ARTÍCULO 237

Existe delito de robo con violencia cuando ésta es ejercida después de apoderamiento pero antes de la disponibilidad de lo sustraído

Único.—(...) La sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, sienta en sus hechos probados que «los acusados, puestos de común acuerdo y con la intención de obtener un beneficio económico abordaron a Nuria S. R. cuando al volante de su vehículo se encontraba detenida en un semáforo y mientras Isaoui M. la distrajo sus compañeros, Rachid K. y Nabil T., se apoderaron de su bolso que se encontraba encima del asiento del acompañante, emprendiendo inmediatamente la huida.

Advertida Nuria de lo ocurrido les persiguió con su vehículo dándoles alcance en la C/ Moscú donde intentó recuperar el bolso, siéndole ello impedido por Isaoui M. que la interceptó y sujetó por los brazos, en tanto que sus compañeros registraban el bolso y que, en ese momento, llegaron diversos agentes de la Guardia Urbana para proceder a la detención de los acusados». Con este relato, el Tribunal de instancia absuelve del delito de robo intentado del que acusaba el Ministerio Público y condena por una falta intentada de hurto.

Tal determinación se justifica en el fundamento jurídico primero con el argumento que sigue: «El hecho de que momentos después, tras ser localizados los acusados por la señora S. y dirigirse a ellos en reclamación de su cartera uno de ellos, Isaoui M. la retenga sujetándola por los brazos, sin emplear tampoco una violencia manifiesta pero sí usando de la fuerza precisa para frustrar su intención, no convierte el hurto en robo con violencia, pues según establece el artículo 237 del CP, el uso de los medios y métodos allí contemplados debe tener como razón conseguir el apoderamiento y no otro motivo, como después ha confirmado el Tribunal Supremo en recientes sentencias que afirman que la violencia ha de originarse antes de la disponibilidad o en el momento que la misma se produce, no cuando el apoderamiento ya se ha producido, de tal forma que la violencia entonces se produce con otras causas o finalidades, como en el caso que nos ocupa en que hallándose el bolso en manos de los aprehensores, se retiene a la víctima para poder examinar con libertad su contenido».

Frente a ello, el Fiscal muestra su discrepancia, afirmando que la consumación de la acción típica no llegó a producirse por cuanto hubo apoderamiento pero no disponibilidad del bien. Por ello y, aunque aquél no fue violento, sí se produjo una actuación violenta posterior por parte del acusado Isaoui M., con el conocimiento y beneplácito de los otros dos que aprovecharon la acción cuando la víctima les da alcance e intenta recuperar su bolso.

Dicha acción violenta pues, no se produce en el momento posterior a la consumación del hecho, sino antes de que ésta tenga lugar porque los acusados nunca tuvieron disponibilidad sobre el bien del que se habían apoderado al haberlos perseguido la víctima desde la inicial depredación hasta que forcejea con ellos para recuperar el bolso tras perseguirles sin perderles de vista en ningún momento.

Es por ello que la confusión entre disponibilidad y apoderamiento que se desprende de la tesis combatida no puede encontrar apoyo en la doctrina de esta Sala que afirma que la violencia para calificar un hecho como robo ha de originarse antes de la disponibilidad, sino que, por el contrario, dicha reflexión jurisprudencial (ver Sentencias de 7-5-1992, 2-11-1992, 8-2-1994 y otras) viene a corroborar el alegato impugnativo defendido en el recurso. De ahí su estimación.

(Sentencia de 26 de febrero de 1999)

Consumación: criterios jurisprudenciales para deslindarlo de la tentativa: teoría de la illatio o disponibilidad de la cosa

Segundo.—Una pacífica y constante doctrina jurisprudencial, reiterada, entre las Sentencias más recientes de esta Sala, en la núm. 1174/1998, de 7 de octubre, declara que: En el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o frustrada —ahora tentativa— se trata, se ha optado por la racional postura de la *illatio*, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa —*contrectatio*—, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido —*ablatio*—, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material. Y ello en base a que el verbo «apoderar», requisito formal y núcleo o esencia de la definición ofrecida por el artículo 237, implica la apropiación de la cosa ajena, que pasa a estar fuera de la esfera del control y disposición de su legítimo titular, para entrar en otra en la que impera la iniciativa y autonomía decisoria del aprehensor, a expensas de la voluntad del agente. Precisándose por la doctrina legal, con fuerza aleccionadora y de síntesis, haberse alcanzado el momento consumativo cuando el infractor ha tenido la libre disponi-

bilidad –facultad propia y característica del dominio que se trata de adquirir– de la cosa mueble, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración (Sentencias de 20 y 26 de junio de 1978, 19 de enero de 1979, 7 de marzo de 1980, 28 de septiembre de 1982, 7 de febrero y 10 de octubre de 1983, 16 de enero de 1984, 30 de abril, 4 de julio y 7 y 31 de octubre de 1985, 11 de octubre de 1986, 31 de marzo de 1987, 3 de febrero y 8 de marzo de 1988, 30 de enero de 1989, 9 de mayo y 1 de julio de 1991, 16 de diciembre de 1992, 8 de febrero de 1994, 10 de octubre de 1997 y 16 de marzo de 1998).

No siendo de necesidad que se alcance el fin último pretendido por el delincuente, que ilumina y preside toda su dinámica actuacional, fase de agotamiento material no confundible, por su posterior alineación cronológica, con el instante perfecto o de consumación del delito, estadio ulterior, muchas veces prolongado en el tiempo, al que no quieren referirse las normas penales al momento de definir el tipo. Radicando en ello el sentir jurisprudencial proclive a reconocer en los delitos de robo y hurto una consumación anticipada, haciendo innecesario para su perfección el logro del lucro o fin de aprovechamiento, radicando el tránsito de la tentativa acabada a la consumación en el hecho de la disponibilidad de la cosa sustraída, que ha de interpretarse más que como real y efectiva disposición –que supondría la entrada en fase de agotamiento–, como ideal o potencial capacidad de disposición, de efectuación de cualquier acto de dominio material sobre ella. Ofreciéndose como doctrina consagrada, ante la contemplación de situaciones límites, la de que cuando, pese a la aprehensión de la cosa por el sujeto, el mismo es sorprendido *in fraganti* o perseguido inmediatamente después de realizado el hecho, sin solución de continuidad, hasta darle alcance, sin que en ningún momento pudiera disponer de lo sustraído, ha de convenirse que en la perpetración del hecho no se ha traspasado el área característica de la frustración, hoy de la tentativa acabada. Parecer del que se hacen eco, entre otras muchas, las Sentencias de 17 de junio y 22 de diciembre de 1981, 10 de mayo, 10 de octubre y 14 de noviembre de 1983, 30 de abril, 13 de junio y 4 de julio de 1985, 4 de junio y 29 de noviembre de 1986, 31 de marzo de 1987, 3 de febrero de 1988 y 10 de octubre de 1997.

Aplicando dicha doctrina al caso actual se aprecia que los acusados cometieron el robo en la localidad de Antas de Ulla y se dieron seguidamente a la fuga en un vehículo automóvil conducido por el recurrente, sin ser perseguidos de modo inmediato y continuado, siendo detenidos cerca de media hora después, a varios kilómetros de distancia del lugar del robo, cuando el recurrente ya había llegado al domicilio familiar. No concurren, en consecuencia, las circunstancias propias de la tentativa, sino las de la consumación, pues existió efectiva disponibilidad durante un lapso temporal y espacial suficientemente relevante.

(Sentencia de 23 de marzo y 21 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 238.1

Concepto de escalamiento: utilización de «energía criminal» similar a la superación violenta de obstáculos; inaplicable al entrar en recinto por agujero ya existente en valla metálica

Primero.–Es cierto que la doctrina de este Tribunal Supremo había venido sosteniendo que escalar no equivale a su significación gramatical de trepar, ascender o subir, ni siquiera entrar por vía no destinada al efecto, sino que implica llegar a las cosas muebles ambicionadas por el agente, por vía insólita o desacostumbrada, dis-

tinta al acceso natural y a la que el titular de los bienes utiliza de ordinario (SSTS, entre otras muchas, de 31 de mayo y 28 de junio de 1985; 22 de enero de 1988, 22 de septiembre de 1992...).

Pero, como con todo acierto subraya el recurrente, esta propia Sala Segunda se ocupó de matizar dicha doctrina –tan permisiva y extensa– reconduciéndola a sus justos límites a partir de la Sentencia de 20 de marzo de 1990, según la cual aquella línea jurisprudencial no debe ser entendida con un criterio puramente formal sino que requiere en cada caso concreto la comprobación de un contenido de ilicitud que justifique la aplicación de la pena prevista para el robo en lugar de la establecida para el hurto. Y añade: «tal interpretación es, ante todo, ...una imposición del principio de proporcionalidad que tiene su punto de apoyo en los artículos 1 y 9.3 de la Constitución, en la medida en que éstos establecen que la justicia es un valor superior en nuestro ordenamiento jurídico y que se garantiza la interdicción de arbitrariedad en los poderes públicos». Y en base a tan primordiales principios, establece el criterio de que solamente se deberá apreciar el escalamiento cuando, «en la utilización de vías no destinadas al acceso, el autor exteriorice, en el caso concreto, una energía criminal comparable a la que caracteriza a la fuerza en las cosas, es decir, que sea similar a la superación violenta de obstáculos normalmente predisuestos para la defensa de la propiedad. De esta manera, la similitud de los hechos, vista desde el contenido de ilicitud de los mismos, será proporcionada a la gravedad de la consecuencia jurídica que establece la Ley». En este mismo sentido pueden verse las SSTS de 25 de marzo de 1993 y 25 de junio del mismo año.

En el caso que analizamos entendemos que no aparece esa «energía criminal» comparable a la superación violenta de la dificultad diseñada y preparada por el dueño de la cosa para su protección. Ni existe energía criminal ni tampoco obstáculo propiamente dicho, puesto que la ineficacia y la inutilidad del mismo se manifiesta con toda evidencia en el mismo relato histórico de la sentencia, de tal suerte que el agente no tuvo necesidad de desplegar ninguna clase de artificio, esfuerzo o destreza para salvar un obstáculo inexistente. Ni rompió la valla metálica, ni se encaramó sobre ella para pasar al otro lado; simplemente entró por el agujero preexistente. De tal manera que si lo que constituye la esencia común de todas las conductas que se residencian en el actual artículo 238 CP consiste en eliminar la eficacia del obstáculo puesto para el acceso a la cosa, es claro que no podrá apreciarse su concurrencia cuando el impedimento es completamente ineficaz e inútil a los fines para los que fue dispuesto. Participa por ello esta Sala del criterio mantenido por la STS citada anteriormente, en el que insiste la de 25 de marzo de 1993 al exponer sobre la figura del escalamiento, «una noción más ajustada a los principios de legalidad y proporcionalidad», consistente en la entrada por lugar no destinado al efecto siempre que ello exija una habilidad o un esfuerzo de alguna importancia, «destreza y esfuerzo presentes en la noción estricta de escalamiento».

En nuestro caso, resumimos, tampoco concurre en la conducta del acusado ese particular esfuerzo o esa manifestación de habilidad para acceder al recinto del que aquél sustrajo el objeto en cuestión, por lo que no puede ser aceptada la concurrencia del «escalamiento» que fue apreciada por el Tribunal *a quo*, puesto que si no lo apreció la sentencia de esta Sala Segunda primeramente mencionada cuando se trataba del acceso por una ventana abierta al nivel de la calle; ni tampoco en la última comentada, que tampoco lo apreció en «el trabajo –exiguo– de abatir o bajar una valla metálica en un punto de su trazado y pasar sobre ella para entrar en el cercado», con más razón habrá de ser desechada en este caso.

(Sentencia de 18 de enero de 1999)

ARTÍCULO 239

Llaves falsas. Uso de tarjeta en cajero automático: doctrina jurisprudencial

Segundo.—Hay que consignar, en primer lugar, que no se hace aplicación por el Ministerio Fiscal del delito de robo con fuerza en las cosas en grado imperfecto de tentativa, porque con una tarjeta ajena (robada, hurtada o encontrada) se introdujera el acusado en el receptáculo del cajero, como pretende la defensa del acusado en su escrito al efecto, sino porque, una vez accedido allí —no se sabe cómo, si estaba abierto, entró cuando salía otro o utilizó la tarjeta para ello— con una tarjeta ajena trató de realizar un reintegro, introduciéndola en la ranura del mencionado cajero y siendo detenido por una patrulla en dicho momento.

Se trata de determinar ahora, si tal conducta constituye un delito de robo con fuerza en las cosas, en grado de tentativa, como sostuvo el Fiscal en la instancia y pretende en el motivo único de su recurso, o una tentativa de estafa como entendió la Sentencia *a quo*.

Tal es el *thema decidendi* de esta resolución, que debe resolverse, en primer lugar, atendiendo a la doctrina jurisprudencial de esta Sala y a lo dispuesto en la nueva tipicidad del artículo 248.2 del vigente Código Penal.

Ya desde hace más de una década este Tribunal ha señalado, que el concepto de llave no es rigurosamente semántico o literal, sino funcional —Sentencias de 5 de noviembre de 1987, 6 de marzo de 1989 y 27 de febrero de 1990— habiéndose destacado ya desde las Sentencias de 21 de septiembre de 1990 y 8 de mayo de 1992, que si bien las tarjetas de crédito no son llaves en el puro sentido morfológico de la expresión, lo son en el aspecto funcional en cuanto sirven en la práctica para accionar el cierre del local que da acceso al cajero automático o para abrir el receptáculo del mismo cuando está situado en el exterior. También la Sentencia 899/1993, de 21 de abril, ha recogido que «Tales tarjetas de crédito, cuando se utilizan para sacar dinero de un cajero automático, sirven, además, para acceder al local donde tal cajero se encuentra ubicado o para acceder a las teclas que hay que manipular para dar la correspondiente orden a la máquina. Introduciendo en una determinada posición la tarjeta en la puerta de acceso al local o en la portezuela de acceso a las teclas, se abre el correspondiente compartimento. Por tal posibilidad de apertura entendemos que la tarjeta de crédito es una verdadera y propia llave, de acuerdo con el concepto funcional que al respecto viene manteniendo la doctrina de esta Sala, que concretamente en Sentencia de 21 de septiembre de 1990 ya lo ha aplicado al supuesto específico de las tarjetas de crédito. A los efectos del delito de robo, entendemos que la llave no tiene que ser un instrumento metálico o compuesto de un material determinado, comúnmente hierro, como dice la definición primera que nos ofrece al respecto el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “con guardas que se acomodan a las de una cerradura y que sirven para abrirla o cerrarla, corriendo o descorriendo el pestillo”. Puede ser de cualquier clase de material y cualquiera que sea el mecanismo de apertura o cierre, exigiéndose simplemente que sirva para abrir o cerrar tal mecanismo sin producir rotura, con cuya utilización conforme a su propio destino se logra acceder al lugar o al interior del objeto donde se encuentra la cosa mueble que se sustrae».

En el mismo sentido, la 367/1996, de 25 de abril, reitera tal doctrina y, por último la 1458/1997, de 29 de noviembre ha recogido que «Respecto a si la utilización en la acción depredadora de una tarjeta magnética constituye un delito de robo con fuerza en las cosas o un simple delito de hurto, es cierto que inicialmente la jurisprudencia, ante hechos tan novedosos, dudó (hay que reconocerlo) entre aplicar uno u otro tipo delictivo, pero a partir de las Sentencias de 6 de marzo de 1989, 27 de febrero y 21 de

septiembre de 1990 y 8 de mayo de 1992 (según bien razona el Ministerio Fiscal), esta Sala se decantó por el delito de robo al equiparar esas tarjetas como "llaves", que al ser ilícitamente obtenidas se convertían en llaves falsas del artículo 504.4.º del Texto Punitivo. Esta constante y pacífica doctrina jurisprudencial, ha sido recogida de modo concreto en el vigente Código Penal».

Con relación al nuevo artículo 248.2 del Texto Penal vigente de 1995 hay que entender que dicho fraude informático no contempla la sustracción de dinero a través de la utilización no autorizada de tarjetas magnéticas sobre los denominados «cajeros automáticos», porque la dinámica comisiva no aparece alejada de la clásica de apoderamiento, aunque presenta la peculiaridad de la exigencia del uso de la tarjeta magnética para poder acceder al objeto material del delito. Constituye así este supuesto una mera sustracción de dinero mediante la utilización por un tercero del específico medio de acceso del propietario del mismo, pero no alcanza a la conducta igualmente delictiva de transferencia de activos patrimoniales mediante la manipulación informática. No supone por ello el uso de la tarjeta por el no titular la «manipulación informática» o artificio semejante que requiere el precepto al no concurrir en supuestos de utilización de tarjeta legítima, encontrada o sustraída a sus titulares.

A mayor abundamiento hay que señalar, que el artículo 239 *in fine* a los efectos del presente artículo considera llaves «las tarjetas magnéticas o perforadas y los mandos o instrumentos de apertura a distancia», con lo que con tal incorporación el legislador refuerza la interpretación jurisprudencial del robo con fuerza, a que se hizo antes referencia.

(Sentencia de 16 de marzo de 1999)

Uso de tarjeta en cajero previamente sustraída a su titular y conociendo el número secreto: robo con fuerza en las cosas. Evolución legislativa y jurisprudencial

Primero.—(...) Se considera por el recurrente que en los hechos probados no se configura el engaño, elemento de naturaleza objetiva fundamental para la tipificación de la figura delictiva de estafa por la que ha sido condenado. El Fiscal, con el colofón de una fórmula impugnativa un tanto peculiar, entiende que, «aunque el engaño aparece redactado en el *factum*, de aceptarse la calificación de estafa que hace la sentencia, el motivo merece apoyo parcial en el sentido de que los hechos declarados probados constituyen un delito de robo, infracción por la que no ha sido formulada acusación, con las consecuencias derivadas de la heterogeneidad de los tipos penales de robo y estafa».

Alega el recurrente que en el *factum* no se sientan las bases apropiadas para llegar a la conclusión de que concurren los elementos característicos de un engaño. Por el contrario, sí consta en los hechos declarados probados que: «aprovechando un descuido de éste le cogió una cartera que portaba, valorada en 1.000 ptas. y que contenía en su interior varias tarjetas de crédito y una tarjeta de compras de "El Corte Inglés", y un papel en el que estaba escrito el número de una de las tarjetas, la de la Entidad "Bancaja" que para extraer fondos en el cajero automático es necesario marcar», resulta claro que se trata de un supuesto de apoderamiento de un objeto mueble ajeno con ánimo de lucro sin violencia ni intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, lo que encajaría en la figura penal del hurto. En apoyo de tal tesis y para contrarrestar la línea argumental de la resolución combatida en la que se transcribe un fragmento de la de 15-3-1994 se citan las Sentencias de esta Sala de 21-4-1993 y 25-4-1996 concluyendo que «de los hechos declarados probados sólo existe estafa en el uso de la tarjeta de "El Corte Inglés", en grado de tentativa inacabada. De hurto, en las extracciones de dinero de "Bancaja" al

tener la tarjeta de crédito su número secreto a la vista, o en su caso, de robo si se considerase que el uso de la tarjeta de crédito es llave falsa, aunque tuviese el número secreto a la vista».

La solución al debate suscitado en torno a la determinación jurisdiccional cuestionada toma partido por el criterio plasmado en el recurso y reforzado con la postura del Ministerio Público pues —una vez normativamente definidos conceptos (llaves falsas en el último párrafo del artículo 239 del nuevo Código Penal) y conductas (manipulación informática o artificio semejante en el art. 248.2.º de dicho Texto Legal) consolidada definitivamente su vigor la posición jurisprudencial (Sentencias, entre otras, de 21-1-1990, 8-5-1992, 14-3-1993, 8-3-1994, 25-4-1996, 29-11-1997 y 22-12-1998) que definía la utilización en la acción depredadora de una tarjeta magnética como un delito de robo por resultar equiparables dichas tarjetas a las llaves que, al ser ilícitamente obtenidas, se convierten en falsas y a las que se refieren los artículos 239 y 238.4.º del Texto Legal citado.

El nuevo Código Penal ha venido a solventar los problemas suscitados en torno a la utilización de las tarjetas de crédito al incluir éstas entre las denominadas llaves falsas, de suerte que la utilización de una tarjeta sustraída a su titular efectuada sobre un cajero electrónico para obtener dinero, porque de alguna manera se ha sabido, conocido o investigado su numeración secreta, constituye infracción penal, no ya porque la conclusión final absolutoria, por absurda, habría de obligar a invertir los tiempos del razonamiento silogístico, sino porque, en todo caso, estaría unido tal hecho a la inicial sustracción de la tarjeta, incluso a pesar de que ésta, una vez utilizada, se devolviera, siendo así que el cajero ha de ser considerado como objeto cerrado o sellado.

Ese apoderamiento dinerario a través de la introducción de la tarjeta en el cajero automático de una entidad bancaria, cualquiera que sea el lugar de su ubicación conociéndose el número secreto, constituye un delito de robo fuera ya de su conexión con la sustracción inicial de la tarjeta, porque tiene lugar el apoderamiento de una cosa mueble sin la voluntad de su dueño mediante el uso de una llave falsa, dado que la tarjeta magnética, obtenida según se describe en el *factum*, tiene tal consideración.

Dicha posición supera la postura doctrinal defensora de la incardinación del supuesto examinado en el delito de estafa y conduce a la apreciación de un error de calificación de los hechos, tanto por el Ministerio Público en su escrito de conclusiones definitivas, como por la Sala de la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia ahora recurrida en la que —según señala el Fiscal al apoyar el recurso— se ha intentado construir «la configuración delictual de los hechos descritos en su relato histórico acudiendo, tal vez en una interpretación genuina, a la norma primera del artículo 8 del Código Penal».

Es cierto que dicha construcción presenta un manifiesto propósito de adaptación a la tesis acusatoria en el que parece primar por encima de todo el esfuerzo dialéctico desplegado para evitar la impunidad de la acción enjuiciada al desechar utilización del mecanismo previsto en el artículo 733 de la LECrim, mas su consecuencia calificadora no ha de quedar homologada en este trance aunque el resultado de nuestra decisión, al salvaguardar la vigencia y alcance del principio acusatorio, haya de provocar la determinación absolutoria que el acogimiento del motivo comporta.

A la vista de la doctrina jurisprudencial ya reseñada, a fin de no convertir en inútil la previsión de legislador consignada en el último párrafo del artículo 239 del Texto Punitivo de 1995 y para reservar la regulación específica que contempla el párrafo segundo del artículo 248 a la sanción de comportamientos en los que concurra la manipulación, sin ampliarla a supuestos en los que dicha maniobra informática o artificio contable no existe al tratarse de la utilización de una tarjeta legítima encontrada o sustraída a su titular, hemos de concluir que los hechos referidos a la utilización de la

tarjeta de «Bancaja» merecían la calificación de delito continuado de robo de los artículos 237, 238.4.º, 239.2.º y último párrafo, 240 en relación con el artículo 77, todos ellos del Código Penal (lo que embebería la falta inicial de hurto: sustracción de la cartera) y los hechos relativos al intento de pagar la compra en «El Corte Inglés» con la tarjeta de dicho establecimiento serían constitutivos de una falta de estafa en grado de tentativa del artículo 623.4.º en relación con los artículos 15.2.º y 16, del Texto Legal citado.

(Sentencia de 29 de abril de 1999)

ARTÍCULO 241

Agravación de entrada en local abierto al público: no procede si se produce fuera de las horas de apertura

Único.—(...) En el supuesto que nos ocupa, la indebida aplicación del delito de entrada indebida y sin violencia o intimidación en local abierto al público, tipificado en el artículo 203.1 del Código Penal, no sólo se produce por vulneración del principio acusatorio sino además porque el relato fáctico tampoco lo permite.

Ciertamente, esta Sala, en Junta General celebrada el día 19 de octubre de 1998, examinó la postura a seguir en casos de robos cometidos en establecimientos abiertos al público, manteniendo el criterio ya adoptado en otra Junta General, celebrada el 22 de mayo de 1997, de que el subtipo agravado previsto en el número 1.º del artículo 241 del Código Penal hay que interpretarlo en relación a apertura física y no administrativa, habiéndose declarado en reiteradas sentencias de esta Sala que el fundamento de la agravación no puede ser otro que el riesgo que pueda derivarse para las personas que pueden encontrarse en su interior cuando se comete el robo, pero tal riesgo en modo alguno existe fuera de las horas de apertura, de tal modo que la agravación no puede extenderse más allá de esas horas.

(Sentencias de 18 de enero y 14 de mayo de 1999)

Robo con fuerza en locales públicos a los que se accede en horario fuera de apertura: No procede concurso ideal con allanamiento de morada del artículo 203.1

Quinto.—(...) Históricamente y con relación al posible concurso del delito de robo en casa habitada y allanamiento, se estimó un elemento integrador de los mismos e incompatible con la aplicación de esta segunda infracción, e igual razón habría para denegar tal concurso de la actividad depredatoria del robo y la figura del allanamiento del artículo 203.1 del vigente Código Penal.

Pero no es preciso detenerse en la doctrina jurisprudencial referida al Texto de 1973, existe posterior aplicable. Así la Sentencia 1351/1997, de 7 de noviembre, citada en el recurso, sostiene: «En el recurso del Ministerio Fiscal, se sugiere la posibilidad de que el hecho de entrar contra o sin la voluntad de su titular, en un establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de oficina, pudiera constituir un delito de allanamiento de establecimientos abiertos al público comprendido y tipificado en el artículo 203 del nuevo Código Penal que, a su vez, está integrado en el Título dedicado a los delitos contra la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, que son bienes jurídicos de naturaleza distinta a la propiedad. Está claro que el que entra a robar en un establecimiento o local abierto al público, tanto en las horas de apertura

como en las de cierre, obra impulsado exclusivamente por un evidente ánimo de lucro, sin otras connotaciones que no estén específicamente acreditadas por el discurrir de los hechos. La presencia del ánimo depredatorio excluye, por absorción, al ánimo de allanar un establecimiento o local fuera de las horas de apertura. El elemento subjetivo del delito de allanamiento de local o establecimiento mercantil, está ausente, por lo general, en los actos inequívocamente encaminados a procurarse por el autor un enriquecimiento a costa de la propiedad ajena, sin que por ello, se resienta de manera específica el bien jurídico que se trata de proteger con el tipo penal que sanciona el allanamiento de establecimientos o locales fuera de las horas de apertura. La acción de allanar, quedaría absorbida por el dolo o intención realmente buscado por el autor, que no es otro que el de atentar contra la propiedad ajena».

Mas no es esta la única resolución. También la Sentencia 1276/1998, de 27 de octubre, recoge otro tanto. Se trataba de un supuesto casi idéntico al que nos ocupa y con un recurso del Ministerio Fiscal con un único motivo por inaplicación del artículo 203.1 del Código Penal, en concurso medial del artículo 77, con el delito de robo –allí intentado– con fuerza en las cosas por el que el acusado estaba condenado.

Señala esta Sala al respecto: «Se plantea en el presente motivo la debatida cuestión del posible concurso de delitos entre el robo con fuerza en las cosas y el allanamiento de establecimiento abierto al público.

Ante todo, debe ponerse de relieve la diversidad de bienes jurídicos protegidos por ambos tipos penales (la propiedad de las cosas muebles o, más genéricamente, el patrimonio de las personas, en el primero, y el domicilio y, en sentido amplio, la privacidad, en el segundo).

El Código Penal vigente define el delito de robo con fuerza en las cosas como el apoderamiento de cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran (art. 237), y considera subtipo agravado de este delito el cometido en edificio o local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias (art. 241.1); habiéndose declarado por esta Sala que esta modalidad agravada únicamente concurre cuando el robo se comete durante el horario de apertura al público del edificio o local de que se trate (v. SS. de 16 y 27 de junio, 10 de julio y 7 de noviembre de 1997, entre otras). Por otra parte, el Código Penal sanciona también, como allanamiento de establecimientos mercantiles o locales abiertos al público, el hecho de entrar en los mismos, fuera de las horas de apertura, contra la voluntad de su titular (art. 203.1).

Así las cosas, una interpretación ajustada a la literalidad del Texto Legal y respetuosa con las exigencias de la lógica jurídica implica el reconocimiento de que el hecho de la penetración en lugar cerrado, para el apoderamiento de las cosas muebles que pudiera haber dentro del mismo, constituye parte integrante del correspondiente tipo penal, de tal modo que, en principio, la antijuridicidad de estas conductas encuentra respuesta adecuada y suficiente en los preceptos relativos a los delitos de robo con fuerza en las cosas (arts. 237, 238, 240 y 241 CP). Consiguientemente, la circunstancia de que el hecho se lleve a cabo en un edificio o local abierto al público únicamente puede valorarse, en su caso y desde la óptica de los delitos contra el patrimonio, como subtipo agravado del robo con fuerza en las cosas (art. 241.1 CP), lo que, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Sala, a la que ya nos hemos referido, no sucede cuando el hecho tuviere lugar fuera del horario de apertura al público. Por tanto, la pretensión de sancionar tales conductas, más allá del marco penal indicado, implicaría una vulneración del principio *non bis in idem* (art. 25 CE), por lo que, en principio, debe ser rechazada.

Únicamente cuando en la conducta enjuiciada resulte acreditado que el culpable –al penetrar en el establecimiento mercantil o local abierto al público– no sólo preten-

día el apoderamiento de las cosas muebles ajenas que allí pudiera haber, sino que también perseguía otras finalidades (tales como examinar la documentación que allí pudiera existir, obtener cualquier tipo de información que pudiera ser relevante desde el punto de vista de los intereses comerciales, descubrir datos personales del titular o de las personas que desarrollen allí sus actividades, etc.), al lesionarse específicamente un ámbito de privacidad legalmente protegido, más allá de la invasión inherente al delito de robo con fuerza en las cosas, estaríamos en presencia de un concurso de delitos, al haberse vulnerado claramente dos bienes jurídicos protegidos distintos.

Como quiera que, en el presente caso, el relato de hechos probados de la sentencia recurrida es suficientemente explícito, al decir que el acusado, tras fracturar la luna del escaparate del establecimiento que allí se indica, penetró en el mismo “con ánimo de lucro ilícito”, sin que para nada se indique, ni pueda inferirse del contexto de la sentencia recurrida, que, al propio tiempo, el acusado persiguiese cualquier otra finalidad distinta que pudiera afectar a la esfera de la privacidad del titular del establecimiento, pues ni siquiera se hace constar en aquel relato la posible existencia de bienes, objetos, documentos o efectos que pudieran tener relación el referido ámbito de privacidad, es preciso concluir que no cabe apreciar la infracción legal denunciada».

A la vista de la doctrina precedente, el motivo y recurso del Ministerio Fiscal debe ser desestimado.

(Sentencia de 16 de febrero de 1999)

Existe robo en casa habitada aunque el morador estuviera ausente

Quinto.—(...) Respecto del carácter especial de la vivienda asaltada, hay que advertir que la casa habitada es la morada de la persona aunque accidentalmente se encuentre ausente de ella cuando el robo se produce. De ahí que sea necesario puntualizar los extremos que se indicarán, no sin antes referir que la agravación de este supuesto deviene no sólo por la mayor peligrosidad que supone la invasión del domicilio ajeno para perpetrar el robo, sino también por la igualmente mayor antijuridicidad de una conducta que se introduce ilegítimamente en la sagrada intimidad del lugar (Sentencia de 19 de julio de 1993).

1. Por casa habitada ha de entenderse no sólo la que está real y permanentemente utilizada, sino también la que sirve a dichos fines de habitación en épocas determinadas e inciertas. 2. La definición de la casa habitada, antiguo artículo 508, aparece claramente expuesta en el artículo 241.2 del vigente Código, resolviéndose así la duda que surgiría cuando un propietario tiene varias viviendas que utiliza temporalmente o cuando los ocupantes se encuentran accidentalmente ausentes, pues el concepto se objetiviza, prescindiendo de la sospecha que tenga el acusado respecto de que la casa no estuviere habitada en aquel momento (Sentencia de 4 de marzo de 1992). 3. El concepto se extiende por tanto a «otras segundas viviendas», si están habitadas aunque no sea permanentemente. Y 4. La voluntad legislativa se cumple también cuando existen varias moradas, incluso en ciudades distintas, siempre que sirvan de habitación con posibilidad de «presentarse en cualquier momento el morador ausente».

En el presente caso las manifestaciones de la perjudicada y las «consideraciones ambientales» puestas de manifiesto por la propia Policía, avalan el carácter del domicilio violentado.

(Sentencia de 24 de febrero de 1999)

Dependencia de local abierto al público: terraza que constituye dependencia aneja a bar

Segundo.—(...) La profunda modificación que supone el nuevo artículo 241 CP con respecto al artículo 506 CP ha significado, entre otros resultados, la superación de la vieja polémica sobre la extensión que debía darse al concepto «edificio público» que recogía el derogado 506.5.º al introducir en su ámbito de aplicación los edificios o locales abiertos al público, concepto éste que no ha suscitado polémica y que pudiera interpretarse como «toda dependencia en la que se desarrolla una actividad empresarial, mercantil, financiera o de cualquier orden actuando de cara al público, lo que supone que sus titulares conceden una amplia habilitación a todos los interesados a penetrar o acceder libremente al local para realizar las actividades y gestiones relacionadas con la dedicación del establecimiento» (véase STS de 11 de mayo de 1998).

Además, el apartado tercero del artículo 241 CP se preocupa de proporcionar una interpretación auténtica de lo que deba entenderse por «dependencias» de los lugares protegidos especialmente por el precepto, y, así que lo son «sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física».

Hay que señalar que la sentencia recurrida podría haber hecho un mayor esfuerzo para describir la ubicación geográfica de la terraza y la estructura de la misma. Pero las deficiencias que se observan al respecto no impiden constatar el dato fáctico de que «la terraza tenía acceso directo desde la calle», lo que significa que no se encontraba en la vía pública sino diferenciada de ésta, constituyendo un recinto al que se accede desde fuera. Si a ello se une la mención que también figura en el hecho probado de que el acusado que ejercía labores de vigilancia se encontraba en el «exterior» de la terraza en cuestión, debemos convenir en que, efectivamente, aquélla constituía una dependencia aneja al bar suficientemente delimitada y separada de la vía pública.

(Sentencia de 16 de abril de 1999)

Se considera casa habitada la «segunda vivienda»

Único.—(...) En cuanto a la aplicación indebida del artículo 241 del Código Penal por entender el recurrente que la vivienda donde se cometieron los hechos no constituía la vivienda habitual de la denunciante se ha de señalar que en diversas sentencias se ha dicho por este Tribunal que «la *ratio essendi* de la agravación consiste no sólo en la peligrosidad del robo en casa habitada ajena (incluso cuando el delincuente se haya cerciorado de la ausencia de los moradores), sino también en la mayor antijuridicidad que acompaña al ataque suplementario a lo que constituye marco de intimidad merecedor de protección añadida» (v. SS. de 5 de julio de 1988, 9 de octubre de 1989, 15 de marzo de 1991 y 19 de julio de 1993, entre otras); añadiéndose que «cuando el robo se comete en un piso, vivienda o domicilio, o cualquier otra denominación que signifique el albergue que constituye la morada de una o más personas, aunque se encuentren ausentes, el robo ha de subsumirse en el subtipo agravado del artículo 506.2 del Código Penal» (S. de 21 de diciembre de 1988); habiéndose afirmado, frente a la alegación de tratarse de chalés o de domicilios turísticos, que el concepto de casa habitada viene concretado en el artículo 508 del Código Penal, que «por él se resuelve la duda que surgiría cuando un propietario tiene varias viviendas que utiliza temporalmente, o cuando los ocupantes se encuentran accidentalmente ausentes», pues «el concepto se objetiviza prescindiendo del conocimiento de la sospecha que tenga el ro»

de que la casa no está habitada en aquel momento» (v. SS. de 6 de febrero de 1985, 29 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1992, entre otras) (STS 8-5-1998).

En concreto, según se dice en la Sentencia de 1 de marzo de 1990, se incluye en el concepto de «casa habitada» la llamada «segunda vivienda», si está habitada; poniéndose también de relieve que es irrelevante el que los sujetos se cercioraran previamente de la ausencia de los habitantes, porque por casa habitada ha de entenderse la destinada a habitación de sus moradores, aunque tan sólo lo sea en «fechas inciertas o indeterminadas, no siendo preciso que lo sea de manera permanente», ya que cualquier persona puede tener más de una morada, siempre que sirvan de habitación con posibilidad, por tanto, de «presentarse en cualquier momento el morador ausente» (v. SS. de 28 de septiembre de 1987 y 14 de julio de 1989, entre otras).

Se recoge en el *factum* que el apartamento se encontraba ocupado por la denunciante, y en el fundamento jurídico primero, con valor fáctico, que constituía la morada aunque no permanente de la perjudicada, por lo que se estima bien aplicada, conforme a la doctrina expuesta, la agravación de casa habitada.

Por todo ello, el motivo ha de ser inadmitido en virtud de lo establecido en los artículos 884.3 y 885.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(Auto de 16 de junio de 1999)

ARTÍCULO 242

La intimidación debe guardar relación instrumental con el robo. No comete este delito el ladrón que arremete a un testigo que intenta evitar su huida

Segundo.—(...) La Sentencia subsume el hecho en la modalidad de robo violento porque el acusado agredió con un arma a un testigo del hecho, al que causó una lesión, al «intentar frenar su huida», señalando previamente que no había logrado ningún desapoderamiento anterior. Frente a esa calificación se denuncia que la violencia aparece desconectada del robo, por lo que no es de aplicación el artículo 242 del Código.

3. El error denunciado debe ser estimado.

El artículo 237 del Código Penal exige, al describir la conducta típica del robo en su modalidad intimidatoria, que la intimidación sea empleada para el desapoderamiento. Desde esta perspectiva no habrá robo con intimidación si ésta no guarda relación instrumental con la sustracción. En otras palabras, la intimidación debe estar relacionada de medio a fin con el desapoderamiento, de forma que su empleo sea la causa determinante del mismo, construyendo al sujeto pasivo a una entrega no querida de un bien mueble. (Cfr. SSTS 3-3-1983, 26-1-1994 y 18-5-1994), o asegurando su sustracción frente a una oposición del perjudicado o de terceros.

El hecho probado refiere que la intimidación, y las lesiones, no tuvieron por objeto un desapoderamiento, pues el acusado no pretendió con su empleo un bien mueble ni conseguir asegurar alguna cosa mueble previamente sustraída, sino evitar ser detenido por un hecho intentado con anterioridad, sin haber obtenido ningún objeto. La intimidación no guarda relación causal alguna con el desapoderamiento de bienes muebles. Esa desconexión hace que la tipificación procedente sea la del robo con fuerza intentado y la de lesiones, estando una y otras desconectadas. Como nos recuerda la jurisprudencia de esta Sala, por la STS 26-1-1994, el acometimiento físico que transforma el delito de robo con fuerza o el hurto en robo violento, es el que se produce durante el proceso de apoderamiento de los bienes. La intimidación no dirigida al desapoderamiento debe ser calificada de forma independiente a la sustracción porque no guarda relación con ella.

Cuestión distinta sería si la violencia o intimidación se ejercitara de forma coetánea o inmediata a una acción sustractiva o a su intento. En estos casos la violencia o intimidación se realiza dentro de una unidad espacial y temporal que permite su subsunción en el robo violento, pues no ha de olvidarse que este tipo penal es un delito compuesto integrado por la sustracción de un bien mueble y el empleo de violencia o intimidación.

No es el supuesto del hecho probado en el que la intimidación ejercida se realizó tras una persecución por calles, con introducción en un bar en cuya entrada esperó al perseguidor para detenerle, momento en el que el acusado agredió a su perseguidor con causación de las lesiones que se declaran probadas.

Procede, consecuentemente, casar la Sentencia y dictar una segunda en la que se condena al acusado por un delito de robo con fuerza en las cosas intentado, y una falta de lesiones, absolviendo del delito de robo con intimidación.

(Sentencia de 30 de marzo de 1999)

La violencia exigida en el tipo no requiere la producción de lesiones: autonomía de ambos delitos

Primero.—(...) Esta doctrina jurisprudencial impone la desestimación del motivo. En primer lugar, porque la expresión subrayada por el recurrente como predeterminante («tratamiento médico o rehabilitador») es ajena por completo al tipo penal de robo con violencia, toda vez que la «violencia» requerida por el artículo 242.1.º, aplicado al caso, no requiere la producción de lesiones que se deriven de la misma, sino que debe ser interpretada como toda acción o ímpetu de fuerza que se realice sobre una persona para vencer la resistencia natural que oponga a la desposesión, con total independencia de los daños concretos que resulten de aquélla. Basta por ello la mención que se hace en el *factum* de la sentencia impugnada al forcejeo que tuvo lugar entre el acusado y la víctima cuando ésta trató de evitar la consumación del acto depredatorio, y la lesión sufrida por el dueño del bar, para calificar el hecho como delito de robo con violencia intentado, que es lo que hizo la sentencia.

En cuanto al delito de lesiones, la expresión utilizada por la Audiencia, no son los empleados por el legislador para la descripción de la figura penal. Los términos que describen la esencia del delito de lesiones del artículo 147 CP son «causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental», en tanto que «la necesidad de tratamiento» es un elemento normativo y no es necesario que realmente haya tenido lugar (STS de 17 de octubre de 1998).

En segundo lugar, la expresión de «tratamiento médico y rehabilitador» que precisó la lesión sufrida, no sólo no está reservada a los juristas, sino que forma parte del lenguaje común de la sociedad, sino que, además, es de normal empleo cuando se trata de explicitar que la curación del daño sufrido necesita de la intervención o participación de la ciencia médica y de los profesionales de la medicina.

Por último, significar que, aun cuando en el caso que nos ocupa se expulsara del relato de hechos probados la frase cuestionada, la narración histórica no se vería huérfana de los elementos objetivos y normativos que configuran el delito de lesiones del artículo 147 CP, pues, como acertadamente señala el Fiscal en su escrito de contestación al recurso, en la fundamentación jurídica de la sentencia se contienen pronunciamientos de indudable naturaleza fáctica como es la referencia al informe del médico forense y la descripción del alcance de la segunda actuación médica «de todo punto necesaria, de mayor importancia y trascendencia que la primera, debida a reincidencia en la movilidad del foco (posible pseudoartrosis)...».

(Sentencia de 9 de abril de 1999)

Concurso real con los delitos que constituyan el acto de violencia física que acompaña al robo: solución una vez desaparecidos los tipos complejos del artículo 501 del derogado Código

Primero.—(...) Como recuerdan las Sentencias de esta Sala de 28 de septiembre de 1996 y 7 de febrero de 1997, el nuevo artículo 242 del vigente Código Penal, impone una nueva y profunda modificación si se compara con el artículo 501 del Código derogado, puesto que desaparecen los cuatro primeros números que integraban figuras complejas con la consiguiente agravación penal, en tanto que con la actual redacción queda el delito de robo con intimidación como un tipo abierto a cualquier medio violento o intimatorio si bien cuando este medio, por sí mismo, integre además, un acto de violencia física sancionable penalmente, tal acto se penará conforme al tipo que corresponda en concurso real con el delito de robo violento.

Una aplicación de la nueva redacción y enfoque del delito de robo y de su autonomía en relación al delito de lesiones, una vez desaparecidos los anteriores delitos complejos de los cuatro números del derogado artículo 501, complejidad que sólo era expresión de una determinada política criminal que llevaba a tales uniones con una exasperación punitiva superior a la resultante de la penalización independiente y separada de los dos delitos, lleva inequívocamente a la admisión del recurso del Fiscal al estar en presencia de delitos distintos y autónomos, siendo de aplicación las penas correspondientes a las circunstancias previstas por el legislador, y por tanto, si para ambos delitos de robo y lesiones, se prevén subtipos agravados —está fuera de duda la condición de la navaja y del destornillador como instrumentos peligrosos—, procede su autónoma aplicación sin riesgo de cuestionamiento del principio *non bis in idem*, ya que se trata de delitos independientes que atentan contra bienes jurídicos distintos.

(Sentencia de 27 de abril de 1999)

El delito es consumado, pues los autores tuvieron disponibilidad del dinero sustraído siendo detenidos por la policía después de instalar controles y dispositivos de búsqueda

Tercero.—En el primer motivo, formalizado por infracción de ley, denuncia el error de derecho padecido en la Sentencia por la inaplicación del artículo 16 del Código Penal entendiendo que el relato fáctico expresa que no llegó a consumarse el delito de robo pues no existió disponibilidad, siquiera potencial, del objeto del desapoderamiento al iniciarse la persecución en el mismo momento de la sustracción.

El motivo parte, o debe hacerlo, del respeto al hecho declarado probado discutiendo la errónea subsunción de la Sentencia, precisamente, sobre la consumación del delito. El hecho probado del que debe partirse en la impugnación refiere, en el particular que interesa a la resolución de la impugnación, que los dos acusados y un tercero planearon la comisión de un robo con intimidación, quedando Fabián en el vehículo que les sirvió para la llegada y para la huída tras su comisión. Realizado el atraco, los otros dos huyen por distintas calles para concurrir donde se encontraba el vehículo. Antes de su llegada al mismo el acusado G. se encontró con un policía local al que desarmó y en su huída se deshizo de un maletín en el que había guardado el dinero obtenido y guardó el mismo entre sus ropas. Montan los tres en el coche «trataron de abandonar la ciudad de Córdoba, no iniciándose la persecución policial inmediatamente, sino pasados más de diez minutos desde la puesta en mar-

cha del automóvil que se dirigió hacia la RN-IV». En el mismo sentido, el relato fáctico relata cómo tras la localización del automóvil el conductor del vehículo, C., logró eludir en varias ocasiones la persecución policial con «algún tiempo de desaparición».

El relato fáctico, del que se parte en la impugnación, permite comprobar lo correcto de la subsunción y, consiguientemente, la inexistencia de error alguno, pues a lo largo de su extensa redacción se expresa la consumación del delito de robo a partir de la disponibilidad de los acusados sobre el botín obtenido. Cuestión distinta a la consumación del delito es la actuación policial desplegada para evitar el agotamiento del hecho delictivo estableciendo los controles y el dispositivo que dio lugar a la localización del vehículo de los acusados logrando recuperar el dinero sustraído.

(Sentencia de 15 de noviembre de 1999)

Asalto a sucursal bancaria: la interrupción de la persecución, con la consiguiente posibilidad de disposición del dinero sustraído aunque fuera por poco tiempo, hace que el delito quede consumado

Cuarto.—(...) Se pretende que el delito de robo cometido por el asalto al banco con apropiación de 794.000 ptas. no debió sancionarse como delito consumado, sino como frustrado, pues el dinero fue recuperado tras la accidentada persecución que relatan los hechos probados.

Ante todo, hay que decir que el artículo 71 que aquí se señala como infringido, se refiere a la determinación de las penas en los casos de concursos ideales (o mediales) de delitos y nada tiene que ver con el tema ahora suscitado, relativo a la fijación del momento en que quedan perfeccionados estos delitos consistentes en el apoderamiento de cosas muebles ajenas.

A esta cuestión dedica la Sentencia recurrida varias páginas de su fundamento de derecho 1.º, a las que nos remitimos, pues allí se argumenta y resuelve de modo adecuado.

Estos delitos quedan consumados, con arreglo a la doctrina de esta Sala, cuando se ha producido el apoderamiento de la cosa mueble ajena y, además, ha existido disponibilidad del objeto sustraído, aun cuando esa posibilidad de disposición fuera mínima, de modo que la persecución ininterrumpida seguida de la aprehensión de la totalidad de lo hurtado o robado impide que el delito quede consumado. Sin embargo, la interrupción en la persecución determina su consumación. Así ocurrió en el presente caso: hubo un tiempo en que los autores del atraco al banco, tras abandonar el coche en el que iban huyendo de la persecución policial, permanecieron fuera del alcance de los agentes que trataban de detenerles, de modo tal que uno de ellos (Francisco, el no recurrente) fue detenido a los pocos minutos de haber abandonado el vehículo, después de haber dejado la escopeta y el dinero que llevaba en un bosque inmediato donde luego fue hallado; mientras que el otro (el recurrente Cristóbal) fue aprehendido cuando había transcurrido ya más de una hora, después de haberse escondido en una cabaña, ocupándosele una pequeña parte del botín y el revólver simulado.

La interrupción de la persecución, con la consistente posibilidad de disposición del dinero sustraído aunque fuera por poco tiempo, nos obliga a considerar que, tal y como dijo la Sentencia recurrida, el delito de robo quedó consumado.

(Sentencia de 1 de diciembre de 1999)

ARTÍCULO 242.2

La exhibición de navaja integra el subtipo agravado, aunque no hiciere ademán de uso con fines lesivos

Segundo.—(...) El recurso plantea una cuestión ya resuelta en la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Es cierto que un sector doctrinal estima que la mera exhibición de un arma, como amenaza para vencer la resistencia de la víctima de un robo, queda absorbida en la idea misma de intimidación, por lo que la cualificación agravatoria del párrafo 2.º del artículo 242 del Código Penal de 1995 únicamente se produce cuando las armas o instrumentos peligrosos son efectivamente utilizados, disparando, golpeando o agrediendo. Pero no es éste el criterio de la doctrina jurisprudencial, tanto en la interpretación del último párrafo del artículo 501 del Código Penal anterior como en la del artículo 242.2.º del Nuevo Código, que reproduce cuasi literalmente la cualificación anterior.

La doctrina jurisprudencial parte del criterio de que la intimidación surge cuando se inspira a la víctima un sentimiento de temor o angustia ante la contingencia de un daño inmediato, real o imaginario, debiendo entenderse el término intimidatorio en sentido amplio y omni-comprendivo bastando por ello las frases o palabras amenazadoras o intimidativas, por lo que estos sentimientos de temor o angustia —que violentan la voluntad de la víctima— pueden producirse sin necesidad de empleo de armas ni medios físicos, más o menos peligrosos, mediante palabras o actitudes conminatorias o amenazantes; palabras o actitudes que pueden reforzarse, en ocasiones, por las propias circunstancias concurrentes, como la soledad de la víctima, su corta o avanzada edad, su minusvalía física o psíquica, la superioridad física del agente, la superioridad numérica, etc.

Es decir, que la intimidación puede concurrir con independencia del empleo de armas o instrumentos peligrosos. La utilización de éstos para reforzar la intimidación incrementa el riesgo potencial para la víctima, poniendo en serio peligro su integridad física e incluso su vida, ante la eventualidad de que su natural resistencia a ser despojado de sus bienes determine la efectividad de la agresión armada, tácitamente ínsita en la exhibición del arma; en consecuencia también se hace uso del arma cuando se emplea para obtener con ella una intimidación.

En definitiva la doctrina jurisprudencial no limita la expresión «haciendo uso de armas» a la última operatividad de las mismas (disparos, heridas, pinchazos, etc.) sino al hecho de «hacerlas servir para algo», y concretamente para «amenazar», lo que también representa un modo de utilización efectiva, por lo que la exhibición del arma, manifestándola exteriormente de modo suficientemente visible para que pueda reforzar la acción intimidativa con la amenaza ínsita de su empleo agresivo, integra la agravación, cuya justificación reside en el riesgo o peligro inherente en la presencia de las armas en la acción así como en la mayor peligrosidad del sujeto que planifica su acción contando con dicho empleo, pese a conocer los riesgos que genera (Sentencias 11 y 29 de diciembre de 1992, 2 de noviembre de 1994, etc.). Este criterio se ha reafirmado en relación con el Nuevo Código Penal en las recientes Sentencias 645/1998, de 13 de mayo, 21 de mayo de 1998, 719/1998, de 25 de mayo, 869/1998, de 24 de junio, 992/1998, de 23 de septiembre, 1094/1998, de 2 de octubre y 1281/1998, de 28 de octubre, entre otras.

Como señala por ejemplo, la Sentencia de 24 de junio de 1998, «son muchas y muy variadas las formas de conseguir un efecto intimidante sin que para ello sea necesario que el agresor se valga de instrumentos que puedan suponer un peligro añadido para la integridad física de la víctima o simplemente acentúen el efecto psicológico de

indefensión y desamparo», añadiendo que «el tipo agravado se integra, perfila y configura mediante el uso externo de las armas o medios igualmente peligrosos, sin necesidad de exigir el ejercicio de violencia física sobre el cuerpo de la víctima, que si se da constituye una lesión a otros bienes jurídicos cuyo castigo independiente contempla el artículo 242.1 del Nuevo Código Penal».

(Sentencia de 22 de febrero de 1999)

Uso de pistola metálica con apariencia de verdadera, desconociéndose si lo es, integra el tipo agravado de uso de instrumentos peligrosos al tener aptitud para ser usada como instrumento contundente

Segundo.—(...) 2. Esta Sala viene exigiendo para valorar un objeto como arma que se trate de un instrumento adecuado y apto para atacar o defenderse. Armas son las de fuego siempre que estén en perfecto estado de funcionamiento; por lo que no merecen tal consideración las verdaderas que no están en condiciones de disparar, ni las simuladas o de imitación carentes de aptitud para hacer fuego. Ahora bien: aunque no puedan en tales casos utilizarse en la forma normal de disparo, pueden valorarse como objetos peligrosos si por sus materiales características físicas, que han de constar en el relato fáctico, permiten su utilización en forma contundente con el consiguiente mayor desvalor de la acción que representa el incremento del riesgo potencial para la víctima, justificativo de la agravación de la pena.

3. En este caso la sentencia de instancia no afirma más que la apariencia de autenticidad de la pistola esgrimida por el acusado, de la que expresamente reconoce no constar sus características y aptitud de funcionamiento. Pero sí dice en cambio que se trataba de una pistola «metálica»; afirmación fáctica de inexcusable respeto en este cauce casacional que justifica la apreciación del subtipo en cuanto esa cualidad material del objeto esgrimido le confiere indudable aptitud para su empleo como instrumento contundente, siendo por ello, si no arma de fuego, sí al menos un «instrumento peligroso».

4. Por otra parte la exhibición misma comporta el uso exigido para la apreciación del subtipo, que, contra lo alegado por el recurrente, no requiere de un efectivo empleo del objeto contundente, golpeando con él a la víctima en una acción realizada de agresión. En efecto, debe reiterarse que el fundamento de la agravación no está en la material lesión de la integridad física de la víctima, sino en la puesta en peligro de ese otro bien jurídico, por el riesgo potencial que desencadena la capacidad vulnerante del instrumento usado como medio de intimidación. Aunque el delito se integre y se perfeccione en el momento en que se alcanza el efecto compulsivo, cualquiera que sea el método que se emplee para producirlo, el legislador ha querido establecer un plus de antijuridicidad de la acción atendiendo al instrumento peligroso usado. No se trata de valorar dos veces la circunstancia material del efecto intimidativo, sino de agravar ésta cuando, además, el autor se ha valido del uso o exhibición de un objeto peligroso (Sentencia de 3 de febrero de 1998). Por ello es doctrina jurisprudencial consolidada (Sentencias de 12 de mayo de 1986, 17 de marzo de 1987, 14 de febrero de 1989 y 24 de septiembre de 1992, entre otras muchas), que la mera exhibición del arma o medio peligroso equivale a su uso a los efectos de aplicar el subtipo agravado del párrafo último del artículo 501 del Código Penal de 1973 y actualmente del apartado 2.º del artículo 242 del Código Penal de 1995 (Sentencia de 10 de febrero de 1998), pues aunque se usara inicialmente con fines sólo de intimidación puede pasar a ser efectivamente empleada para agredir causando efectos letales o de grave vulneración física (Sentencias de 21 de abril de 1993 y 29 de abril de 1996). El subtipo no se ha de iden-

tificar necesariamente con la violencia bastando con que el medio peligroso cumpla función intimidatoria, unida a la posibilidad de su empleo vulnerante.

Por lo tanto el que el hecho probado no relate una efectiva agresión física por parte del acusado no obsta la apreciación del párrafo segundo del artículo 242 al constar como probado que esgrimió una pistola «metálica» para intimidar, objeto contundente susceptible de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor y creador por ello de un riesgo objetivo para los asaltados suplementario de la intimidación anímica causada.

(Sentencia de 8 de marzo de 1999)

La agravación consistente en hacer uso de las armas u otros medios peligrosos exige que éstos fueran llevados por el sujeto activo no procediendo cuando son tomados en el lugar del delito

Segundo.—(...) No obstante, y aun cuando el recurrente no aporta ninguna argumentación a su denunciada indebida aplicación del artículo 242.2 CP, el motivo debe ser estimado en este particular pues, como razona el Fiscal al apoyar este reproche, la agravación dispuesta en el precepto citado, exige que el culpable lleve el arma, de tal manera que cuando el arma no se lleva, sino que se toma *in situ*, no es de apreciar la agravación (entre otras, SSTS de 16 de noviembre y 10 de diciembre de 1992, 8 de febrero de 1993, y ya en la actualidad la de 22 de septiembre de 1998), habiendo quedado acreditado y declarado probado que el acusado, al negarse la víctima a entregarle el dinero que le pedía «... empezó a golpearlo a fin de que se lo diese, llegando a coger un cuchillo de la cocina que le colocó en el cuello, amenazándole con matarle si no le daba dinero...». Queda claro, pues, que cuando se inicia la violencia sobre la víctima del despojo, el agresor no llevaba el cuchillo, sino que lo cogió más tarde para conseguir doblegar la resistencia de aquél, y, por lo tanto, no es de aplicación la agravación específica apreciada por la instancia.

(Sentencia de 21 de abril de 1999)

No procede aplicación del tipo agravado de hacer uso de armas si el condenado se limitó a mostrar el machete que llevaba en la cintura sin llegar a sacarlo

Primero.—En el primer motivo del recurso, articulado al amparo del artículo 849.1.º LECrim, se denuncia la aplicación indebida, a los hechos declarados probados, del apartado 2 del artículo 242 CP, esto es, la apreciación en el caso del tipo agravado de robo con violencia o intimidación que se comete cuando el autor del delito hace uso de armas u otros medios peligrosos que llevar. El motivo debe ser estimado. A primera vista, se diría que nuestra respuesta debe ser la contraria habida cuenta de que en el *factum* de la Sentencia recurrida se hace constar que el acusado le dijo a la víctima que no gritase o la pincharía, «mientras le exhibía un machete», de lo que cabría deducir que el primero amenazó a la segunda esgrimiendo el arma. No obstante, en el tercer fundamento de derecho, al razonar el Tribunal de instancia la apreciación del tipo agravado, introduce matizaciones a la afirmación anterior que debe considerarse la modifican significativamente. Dícese en este lugar de la resolución recurrida que la víctima «tal vez no viera empuñado el cuchillo por Joaquín A. (desde luego no lo esgrimió en dirección hacia la mujer), pero sí observó, justo cuando recibía la amenaza (de que si chillaba, la pincharía), que el acusado le mostraba el machete portado en la cintura». Esta explicación revela, en la medida en que la misma contiene

aseveraciones de hechos que el Tribunal de instancia consideró tan probados como los relatados en el lugar correspondiente de la Sentencia, que: *a)* el acusado no esgrimió el cuchillo; y *b)* se lo mostró a la mujer sin sacarlo de la cintura. Habiendo sido este último gesto la exhibición del arma que se atribuye al acusado, debe objetarse que la misma no es suficiente para decir, al efecto de subsumir el hecho en el apartado 2 del artículo 242 CP, que el mismo «hizo uso» del cuchillo. Se hace uso de un arma o medio peligroso cuando se la utiliza según su destino natural o, al menos, se amenaza con ella de forma que se manifieste –S. 13-2-1990– la disposición real del autor a causar un daño a la víctima, porque sólo entonces la presencia del arma añade a la acción depredatoria un factor de riesgo perceptible y directo. Si, como ocurrió en el supuesto enjuiciado, el delincuente amenaza con el uso del arma indicando simplemente que la lleva, la sustracción constituye indiscutiblemente un robo con intimidación porque aquella advertencia es suficiente para doblegar la voluntad de la víctima, pero no constituye un robo típicamente agravado por el uso de armas o medios peligrosos. El mero hecho de portar armas, que en el artículo 506.1.º CP 1973, era presupuesto de una agravación específica en el robo con fuerza en las cosas, no produce ya el mismo efecto en este delito ni, lógicamente, puede producirlo en el de robo con violencia o intimidación, la apreciación de cuyo tipo agravado está legalmente condicionada no sólo a «llevar» el arma sino a usar la que se lleva. Razonamientos que nos conducen a declarar que se ha aplicado indebidamente en la Sentencia recurrida el apartado 2 del artículo 242 CP y a estimar, en consecuencia, el primer motivo del recurso.

(Sentencia de 26 de noviembre de 1999)

ARTÍCULO 242.3

La atenuación puede extenderse también a los casos de robo en que se usen armas o medios peligrosos, en atención a la menor antijuridicidad del hecho y a la menor entidad de la violencia o intimidación: penalidad

Segundo.–El apartado 3 del artículo 242 CP contiene un tipo privilegiado en cuanto otorga una facultad discrecional al Tribunal para imponer la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero ante supuestos en que la violencia ejercida sea de escasa entidad. Considera que en los mismos debe declinar el rigor o dureza con que se sancionan esta clase de infracciones, evitando una desproporcionalidad manifiesta. La «menor entidad de la violencia o intimidación» es el requisito de base motivador de la suavización penológica, al que se adicionan factores circunstanciales del hecho, lo que lleva, en conjunto, a una disminución del contenido de injusto del delito.

De los términos literales del precepto se desprende en principio que esta facultad de rebajar la pena en un grado sólo la confiere el legislador a los Tribunales cuando el supuesto de hecho tiene su encaje en el apartado primero, y no cuando procede la aplicación del apartado segundo. No otro sentido cabría atribuir a la expresión «podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo», que en base a lo establecido en el artículo 70.1.2º del vigente Código, estaría comprendida entre uno y dos años de prisión.

Sin embargo hay que señalar también que la Sala General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebró una reunión el pasado 27 de febrero de 1998, con objeto de tratar de la cuestión aquí planteada. Tras la oportuna deliberación fue aprobada por mayoría la propuesta que aquí se recoge a continuación.

Dentro de una interpretación más flexible, se entiende que puede resultar excesivamente severa la penalidad de tres años, seis meses y un día, hasta los cinco años, aplicable a los supuestos de uso de armas o medios peligrosos, al menos en algunos casos de poca entidad, pues no pueden ni deben equipararse todos los supuestos de robo, concretamente con los atracos bancarios. De ahí que el artículo 242.3 ha de interpretarse en el sentido de que el precepto atenuatorio puede extenderse también a los casos de robo en que se usen armas o medios peligrosos, en atención a la menor antijuridicidad del hecho y a la menor entidad de la violencia o intimidación (criterio ya seguido en la Sentencia de 21 de noviembre de 1997. En tales casos la pena básica del artículo 242.1 deberá rebajarse en grado por la aplicación del artículo 242.3, y luego imponerse la pena resultante en su mitad superior por el juego de las reglas del artículo 242.2.

En los hechos aquí enjuiciados el objeto del robo consistió en una linterna valorada en trescientas pesetas, que fue recuperada. Es así pues que, de acuerdo con la doctrina expuesta, debe ser rechazado el recurso del Fiscal en buena técnica jurídica, en tanto no existió indebida aplicación del artículo 242.3, al menos en el sentido con que el Fiscal formula y concreta la casación. Puede aplicarse el artículo 242.3 pero, en la orientación señalada, haciendo uso de ese apartado tercero en relación con el apartado primero, para, una vez hecha tal reflexión, hacer aplicación de la agravación del apartado segundo. La Audiencia indebidamente hace uso primero de la agravación (tres años, seis meses y un día de prisión hasta los cinco años) para después rebajar la pena en un grado (un año y nueve meses hasta tres años y seis meses de prisión).

Mas el Fiscal lo que pretende es que se declare la imposibilidad de aplicar el apartado tercero cuando concurre la agravación específica del apartado segundo, tal y como antes se ha consignado. No obstante, las peculiaridades de la casación como recurso extraordinario, impiden modificar la sentencia impugnada que no hizo uso de las reglas del artículo 242 en la forma que este Tribunal Supremo interpreta, con lo cual la pena nunca debió exceder de dos años. La pena inferior en grado a la de dos años a cinco años de prisión, sería la de uno a dos años de prisión, pena ésta que ya tendría que haberse impuesto en su mitad superior, esto es de un año, seis meses y un día a dos años de prisión.

Queda constancia de eso ante las posibilidades que un hipotético indulto pudiera ofrecer en su día.

(Sentencias de 18 de enero y 17 de febrero de 1999, y 16 de marzo de 1999)

Criterios jurisprudenciales para la apreciación de este tipo atenuado

Tercero.—(...) Ya hay una jurisprudencia de esta Sala explicativa del alcance y contenido de esta disposición que constituye una radical novedad en el reciente CP, por la que se permite adaptar la pena del robo en aquellos casos en que, por tratarse de violencias o intimidaciones de menor importancia, aparece como excesiva la pena prevista para los casos ordinarios de robo con violencia o intimidación en las personas. Véanse las Sentencias de 31-12-1997, 9-3-1998 y 30-4-1998, entre otras, particularmente esta última que estudia ampliamente el tema y considera fundada esta atenuación facultativa en razón a una menor antijuridicidad del hecho y no por una menor culpabilidad o imputabilidad del autor.

Examinando tal jurisprudencia y los supuestos a los que se viene aplicando, observamos que, sin perjuicio de otros criterios que pudieran utilizarse según las

circunstancias concretas del caso, son dos los que se manejan en la aplicación de esta norma del artículo 242.3:

1.º La entidad de la violencia o la intimidación. Así se viene aplicando este artículo 242.3 en los casos de violencia menor como en los conocidos supuestos de sustracción de bolsos por el procedimiento del tirón (siempre que no se arrastre a la víctima), o en los casos de amenazas meramente verbales y sin concreción del mal con el que se pretende causar miedo, incluso, a veces, cuando hay amenazas con mera exhibición de alguna clase de arma u objeto peligroso, considerándose compatible con la aplicación del 242.3 (así lo estimó esta Sala en una de sus reuniones plenarios para unificación de doctrina).

2.º La cuantía de lo sustraído, dado que no podemos olvidar que nos hallamos ante un delito de contenido mixto (personal y patrimonial).

Pues bien, en el caso presente, como nos dice el Ministerio Fiscal, tales dos criterios nos obligan a considerar que aquí faltan los elementos que la propia Ley considera necesarios para que pueda aplicarse esta atenuación facultativa.

Evidentemente hay infracción de ley si no concurren los presupuestos que la propia norma penal contempla como base para su aplicación.

(Sentencia de 15 de marzo de 1999)

Robo por procedimiento del tirón de bolso con contenido de escaso valor

Sexto.—El quinto y último motivo acogido al artículo 849.1 LECrim, denuncia inaplicación del artículo 242.3 del Código Penal vigente. Sostiene el motivo que en el relato fáctico no existió apenas violencia o intimidación y de lo que se apoderó fue una camisa, cuyo precio de venta al público ascendía a seis mil pesetas, lo que obligaba a imponer un grado inferior. El apartado 3 cuya inaplicación se cuestiona, contiene un tipo privilegiado que otorga una facultad al Tribunal («podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo») cuando la violencia ejercida fuera de escasa entidad. La menor entidad de la violencia o intimidación es el requisito para la citada rebaja penológica. Ha señalado la Sentencia 1396/1997, de 21 de noviembre, de este Tribunal que para hacer uso de tal facultad se precisa una apreciación de una disminución del contenido del injusto del delito, tanto en lo que se refiere a la ínfima cuantía de lo sustraído, como a la menor entidad de la intimidación. En definitiva, que el legislador para neutralizar en parte el endurecimiento de la penalidad en el robo, deja en manos de los Tribunales la posibilidad de apreciar la escasa entidad en la violencia o intimidación empleada para la reducción de la pena, tomando en cuenta no sólo la acción instrumental, sino la acción final y el resultado. La doctrina científica española señala como el paradigma de esta clase de hechos, el robo por el procedimiento del «tirón» de un bolso con contenido de escaso valor. El motivo que ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal debe ser acogido, porque la violencia e intimidación ha presentado escasa entidad. Efectivamente, la violencia del «tirón» fue mínima, ni siquiera hizo perder el equilibrio al robado, ni le causó lesión levísima y la intimidación restante para consumir el apoderamiento también fue de baja intensidad en cuanto a las amenazas. Finalmente, valorando, como exige el precepto, las demás restantes circunstancias del hecho, se destaca el valor módico del objeto aprehendido. Todas estas plurales circunstancias han de jugar para la rebaja facultativa del artículo 242.3 del vigente Código Penal.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

El dolo de atentar contra la propiedad con violencia o intimidación no absorbe al dolo de allanar la morada: concurso medial entre robo con intimidación y allanamiento de domicilio

Segundo.—El primer motivo, tras el relato del hecho probado que transcribe, señala que el Ministerio Fiscal, con una redacción similar del hecho al de la sentencia, formuló acusación por delito de allanamiento de morada (art. 202.1.º y 2.º) y la Sala de instancia absuelve de este último delito, por entender que el ánimo de lucro propio del robo excluye por absorción el ánimo de allanar.

Entiende el Ministerio Fiscal en su recurso, que si el morador se hubiera encontrado ausente, la calificación del hecho como robo con fuerza en las cosas hubiera conducido a la aplicación del tipo agravado de robo en casa habitada del artículo 241 del Código Penal vigente. Tal tipo agravado no es, según el motivo, sino una consecuencia de la específica agravación en el plano legal del concurso de lesión simultánea de dos bienes jurídicos de la persona, propiedad e intimidad, tratándose en realidad de un tipo complejo en el que se adecuan los elementos de dos tipos —el robo con fuerza en las cosas y el allanamiento de morada—. Por ello, cuando se aplica tal tipo no cabe penar separadamente el allanamiento, pues en otro caso se conculcaría el principio de *non bis in idem*.

Pero cuando la acción se subsume en el robo con intimidación, que ha tenido lugar en la propia morada con entrada incontestada en la misma, no existe el tipo complejo y funcionan autónomamente ambos desvalores por lo que es necesario imponer la pena de acuerdo con las normas del concurso, teniendo en cuenta que se trata de acciones distintas, entrar y apoderarse, si bien pueden considerarse ligadas por un vínculo instrumental o de preordenación.

Pese a la concreta acusación fiscal por el delito de allanamiento de morada, el Tribunal de instancia no accedió a tal petición, ni estimó el concurso delictivo con el robo violento, con cita en la Sentencia de esta Sala de casación de 7 de noviembre de 1997, aunque reconoce que con tal argumentación se produce la paradoja de resultar agravado el robo con fuerza en las cosas, cuando se cometa en un domicilio y no ocurre lo mismo cuando se trate de un delito de robo con violencia, pero así resulta de la aplicación de los artículos del Código Penal.

Para dar respuesta a la cuestión planteada en el recurso, conviene precisar que si bien el texto precedente al Código Penal vigente de 1995, establecía unas agravaciones específicas del robo con fuerza en las cosas en el artículo 506, entre las que figuraba su comisión «en casa habitada o alguna de sus dependencias», pero que, en todo caso, algunas de ellas hacían más referencia a apoderamiento intimidatorio, como cometer el delito «asaltando tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo», (3.º) o el porte de armas u otros objetos peligrosos (2.º), o la comisión «contra oficina bancaria, recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales públicos o contra la persona que los custodie o transporte» (4.º).

No sólo antes de la modificación operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal (BOE del 27 de junio) existía la duda de la aplicabilidad de estas concretas agravaciones tan sólo al robo con fuerza en las cosas, sino que el propio Tribunal Supremo declaró aplicables a ambas clases de robo —Sentencias de 8 de junio de 1953, 8 de abril de 1954, 19 de febrero y 15 de noviembre de 1982.

Incluso después de la repetida reforma, el núm. 5.º del artículo 501, en los casos no expresados en el precepto, imponía la pena de prisión menor, «salvo que por razón de la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 506 corresponda pena mayor con arreglo al 505, en cuyo caso se aplicará éste: “Tal ocurría en los robos con

violencia o intimidación del citado núm. 5.º del artículo 501 de más de 30.000 pesetas, portando arma u objeto peligroso, que por la circunstancia 1.ª del artículo 506 habría que imponer la pena de prisión menor en su grado máximo e igual, concurriendo cualquier otra circunstancia, pero incluso podría alcanzarse la prisión mayor, concurriendo además la 2.ª, 3.ª o 4.ª del citado artículo 506”».

Ya una jurisprudencia, de la que puede ser exponente la Sentencia de 10 de junio de 1987, destacaba que, precisamente, para evitar infundados privilegios respecto al robo con fuerza en las cosas, el inciso último del artículo 501.5.º se remitía a la penalidad de tal delito y por ello se estimó que, aunque después de la reforma de la Ley Orgánica 8/1983, el artículo 506 quedaba reservado a los robos cometidos con fuerza en las cosas, no impedía que se aplicara el núm. 5.º del artículo 501 y la referida remisión penológica aun cuando la depredación se hubiera realizado con violencia o intimidación exclusivamente, como se recogió en la Sentencia de 28 de febrero de 1989.

Pues bien, en cuanto a la segunda circunstancia del artículo 506, la agravación por comisión del delito en casa habitada, encontró su razón de ser, no sólo en la propia peligrosidad del robo en casa habitada ajena, pese a conocer la ausencia de moradores, sino en la mayor antijuridicidad que acompaña a la acción por el ataque suplementario al marco de intimidad merecedor de una añadida protección –ver por todas, las Sentencias de 5 de julio de 1988, 9 de octubre de 1989, 5 de febrero y 15 de marzo de 1991, 4 de marzo de 1992 y 1919/1993, de 19 de julio–. Publicado y en vigor el Código Penal de 1995, en que dedica también un capítulo común «De los robos», el II, del Título XIII, si bien castiga al culpable de robo con fuerza en las cosas –artículo 240– con prisión de uno a tres años, en el artículo siguiente impone prisión de dos a cinco años, cuando el robo se comete en «casa habitada, edificio o local abiertos al público o cualquiera de sus dependencias», en el apartado 2) da una definición auténtica de casa habitada y en el 3) de sus dependencias. Tal agravación específica, no se explicita si concurre cuando el delito con violencia o intimidación se cometa en casa habitada, o como en el caso del recurso, que se proyecta y realiza como robo con fuerza en las cosas por la utilización del escalero (art. 238.1.º), pero que luego se convierte en delito de robo con violencia o intimidación.

Surge ya el *thema decidendi* de si en este supuesto se da la concurrencia del delito de robo violento con el allanamiento de morada, como calificó el Ministerio Fiscal, única parte acusadora en la instancia y postula en este recurso y motivo.

Ya la Consulta de la Fiscalía General del Estado 10/1997, de 29 de octubre, sobre robos con violencia o intimidación perpetrados en la morada, se pronunció sobre la concurrencia del delito de allanamiento de morada, estimó la compatibilidad entre ambas infracciones, entendiendo que la perpetración de un robo con violencia o intimidación en morada ajena a la que se hubiera penetrado de forma ilegítima, dará lugar a un concurso entre los delitos de robo y allanamiento que si se da la relación de medio a fin exigida por el artículo 77 del Código Penal deberá pensarse con arreglo a tal disposición.

Cierto que en el ordenamiento anterior al Código Penal de 1995 en el robo cometido con violencia o intimidación cometido en la morada de la víctima, se aplicaba la agravante 16.ª del artículo 10, ejecutar el hecho en la morada del ofendido cuando no haya provocado el suceso, pero tal agravante ha desaparecido del nuevo texto punitivo.

Pero siguen existiendo diversos bienes jurídicos tutelados por la norma en los delitos de robo violento y allanamiento de morada, en cuanto el primero protege el patrimonio y el otro la intimidad y la inviolabilidad del domicilio. Ni el artículo 490 del Texto de 1973, ni el artículo 202 del Texto vigente exige un específico ánimo subjetivo en la figura del allanamiento domiciliario, si bien alguna vez la doctrina juris-

prudencial lo exigió, pero la mayoritaria se conformó con un dolo genérico –Sentencias de 17 de abril, 8, 14 y 19 de mayo de 1970, 8 de mayo de 1973, 5 de octubre de 1974, 29 de enero de 1975, 15 de enero y 15 de noviembre de 1976, 6 y 20 de noviembre de 1987, 9 de febrero de 1990 y 2107/1994, de 28 de noviembre.

En estos supuestos habrá de aplicarse el concurso delictivo, medial del artículo 77 o el genérico del artículo 73.

De no aplicar esta solución se podrían producir anomalías punitivas. Así, sería castigado el autor de un robo con fuerza en casa habitada con pena de dos a cinco años, al paso de que el robo violento o intimidativo, cometido también en casa habitada quedaría con idéntica pena, con lo cual el mismo hecho, pero ejecutado con violencia o intimidación en las personas se castigaría igual que si no existiera este plus de mayor agravación por la violencia o intimidación.

El principal argumento de la sentencia de instancia, es la cita de la Sentencia 1351/1997, de 7 de noviembre, que recoge que la intimidad y la inviolabilidad del domicilio son bienes de naturaleza distinta a la propiedad, y que añade exemplificativamente: «Está claro que el que entra a robar en un establecimiento o local abierto al público, tanto en las horas de apertura como en las de cierre, obra impulsado exclusivamente por un evidente ánimo de lucro, sin otras connotaciones... La presencia del ánimo depredatorio excluye, por absorción, el ánimo de allanar un establecimiento o local fuera de las horas de apertura...». En parecidos términos se expresa la Sentencia 730/1998, de 25 de mayo, del mismo ponente.

Pero ambas resoluciones hacen referencia a robos en local abierto al público, y no suponían el *thema decidendi* de esta cuestión. Por el contrario, como señaló la Sentencia 591/1997, de 16 de junio, «en los supuestos de casa habitada y edificio público la agravación se aplica cuando el hecho se comete en cualquier hora del día o de la noche dada la mayor peligrosidad que entraña la posible existencia de moradores, en el primer caso y en el edificio público por la función que en ellos se desarrolla, mientras que en los locales (abiertos al público) no se desarrolla una función de especial relevancia pública o social, ni tampoco constituye centro de desarrollo de la intimidad de las personas...». (En igual sentido, también la Sentencia 741/1998, de 28 de abril.)

En la Sentencia 729/1998, de 22 de mayo, se añade que «el mayor desvalor que representa la agravación del subtipo en el artículo 241 donde se atiende a la naturaleza del lugar en que el robo se comete para, en función de este solo dato, establecer una agravación de la penalidad que se equipara a la propia del robo con violencia del artículo 242.1.º sólo se explica cuando se produzca un mayor ataque del mismo bien jurídico que esté protegido en el tipo genérico o la vulneración o puesta en peligro de otro bien jurídico distinto además del que es propio del tipo básico del robo con fuerza en las cosas... Ese otro bien en el concreto supuesto de locales comerciales... no puede serlo tampoco la intimidad de la persona como en la casa habitada...».

(Sentencia de 6 de mayo de 1999)

Primero.—(...) La Sala sentenciadora, condenó por delito de robo con violencia en grado de tentativa —ya que el condenado fue finalmente reducido por Andrés—, del artículo 242.1.º del vigente Código Penal así como de un delito de lesiones del artículo 147. En el fundamento jurídico sexto razona el porqué no se condena por el delito de allanamiento de morada del artículo 202.1.º del que también acusaba el Ministerio Fiscal. Es precisamente esta absolución la que motiva la casación instada.

Dos son los argumentos que llevaron a la Sala de instancia a absolver por el delito de allanamiento de morada: a) por el primero, se dice que al aplicar el vigente Código Penal, en el que se tipifica el delito de allanamiento de morada, se vulneraría el princi-

pio acusatorio porque ello supondría una acusación sorpresiva, teniendo en cuenta que en el anterior Código Penal no existía tal delito y sí solo la agravante genérica del párrafo 16 núm. 10 de «ejecutar el hecho... en su morada...»; y b) por el segundo argumento se dice que el ánimo de robar absorbe al móvil de allanar y por ello debe sancionarse sólo el delito de robo con intimidación.

La Sala no puede compartir ninguno de los dos razonamientos que llevaron al Tribunal sentenciador a la absolución por el delito de allanamiento y por el contrario estima que debió condenarse, también, por dicho delito, con lo que, ya se anuncia, procede la admisión del recurso del Ministerio Fiscal.

No existe vulneración del principio acusatorio ni puede hablarse de acusación sorpresiva. Del propio tenor de la sentencia, en su antecedente segundo, se observa que el Ministerio Fiscal en sus conclusiones provisionales calificó los hechos de conformidad con el anterior Código Penal, que se encontraba vigente cuando aquéllos se cometieron; en tal sentido y en relación a los de la letra c) –robo con violencia–, fueron calificados, provisionalmente, como constitutivos de un delito de los artículos. 500, 501.4.º y agravante 16 del artículo 10 del Código, es decir, optaba por el delito complejo de robo con lesiones con la agravante de ejecutar el hecho en la morada del ofendido. Iniciada la vista, y en el trámite de la Audiencia Preliminar –artículo 793.2.º LECrim–, el Ministerio Fiscal estimando más beneficioso para el imputado el vigente Código Penal, efectuó la correspondiente acomodación, que en relación al hecho c), consistió en calificarlo como constitutivo de un delito de robo con violencia del artículo 242.1.º, de un delito de lesiones del artículo 147, y de un delito de allanamiento de morada del artículo 202.1.º, y con este pórtico acusatorio, sin contabilizar ninguna protesta ni petición por la defensa se inició la vista oral. Realmente los hechos eran los mismos, y de ellos ya tenía conocimiento la defensa desde que se le dio traslado para calificar, la modificación efectuada por el Ministerio Fiscal afectó sólo a la calificación jurídica y por razones de exclusivo beneficio para el imputado, pues éste vio reducida la petición del Ministerio Fiscal de diez años a seis años y tres meses. Es obvio que en este contexto, no puede hablarse de indefensión ni de acusación extemporánea, y en todo caso si la nueva calificación le hubiese exigido a la defensa algún complemento temporal o probatorio, pudo solicitarlo en el mismo trámite, constatándose al respecto, no sólo su silencio sino que estuvo de acuerdo con la calificación del Ministerio Fiscal a salvo concretos extremos ajenos al tema del allanamiento –véase antecedente tercero de la sentencia.

En relación al argumento de la absorción del dolo de allanar en el de robar, tampoco puede ser admitido.

Una de las novedades del vigente Código Penal ha sido la supresión de la agravante de morada y la limitación del subtipo agravado de casa habitada al delito de robo con fuerza en las cosas. La conclusión de este efecto combinado es que, en relación al delito de robo con violencia o intimidación cometido en casa habitada, debe ser aplicable el delito de allanamiento en la redacción del artículo 202.1.º, ya que en otro caso, el plus de reprochabilidad que pudiera suponer cometer el delito en el domicilio de la víctima quedaría sin el correlativo incremento de pena, lo que dejaría desprotegidos concretos bienes jurídicos como son el riesgo de enfrentamiento con los posibles moradores de la vivienda, lo que de por sí supone una mayor peligrosidad del imputado, y, además, la violación de la intimidad del hogar, es decir, de ese espacio donde la persona y su familia desarrollan su privacidad, y todo ello, precisamente en relación al delito de robo con violencia o intimidación, lo que pone de manifiesto un claro despropósito en relación al robo con fuerza porque tratándose de robo con fuerza sí que está contemplada esta circunstancia a través del subtipo agravado del artículo 241.

Este planteamiento conduce por sí solo al absurdo de resultar irrelevante el robo con violencia o intimidación cometido en el domicilio de la víctima, en tanto que esa misma acción, cometida con fuerza, acarrearía la aplicación del subtipo agravado que se comenta.

Resulta evidente que esta solución, perversa y desproporcionada no ha sido la intención del Legislador, en la medida que ha dispuesto del delito de allanamiento que en su párrafo primero contempla, precisamente, la acción efectuada por el condenado en la sentencia sometida a la censura casacional.

Tampoco el principio de absorción del dolo de allanar por el de atentar contra la propiedad ajena puede ser admitido, pues sin desconocer que tal consunción ha sido expresamente reconocida —con la consecuencia de absolver por el delito de allanamiento— por esta Sala en Sentencia núm. 1351/1997 en tesis asumida por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala de 19 de octubre de 1998, tal decisión no puede extenderse a los supuestos de viviendas por la mayor intensidad que los valores de intimidad e inviolabilidad tienen respecto del domicilio por comparación con el local de negocio, y porque la previsión agravatoria de la casa habitada en relación al robo con fuerza, exige como manifestación del valor justicia en clave de proporcionalidad e igualdad, una relevancia penal del delito de robo con violencia e intimidación cometido en el domicilio de la víctima, relevancia que debe ser a través del cauce legal previsto que es la tipificación del hecho como allanamiento de morada, máxime si se tiene en cuenta, que basta el dolo genérico de allanar para dar vida a este delito en los casos que tenga un carácter claramente medial respecto del robo, estándose en consecuencia en una situación de concurso real a resolver por las reglas del artículo 77 del Código Penal.

(Sentencia de 26 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 244

Es autor el que sustrae el vehículo no quien se beneficia de la sustracción

Segundo.—(...) Cuestiona el recurrente a través de este motivo la condición de autor que se le declara en relación al hurto del vehículo de motor utilizado en el atraco, y ello con base en el propio relato de hechos en el que se afirma textualmente «...aquella madrugada, uno o varios de ellos, sin que haya quedado acreditado quién o quiénes fueron, sustrajeron, mediante la operación llamada “un puente”, el turismo...».

El motivo debe prosperar a consecuencia del sustancial cambio operado en la redacción del delito del artículo 516 bis del antiguo Código, en relación al actual 244 del Código vigente. Así como el verbo sobre el que descansaba toda la acción antijurídica en el artículo 516 bis era «...el que utilizase...», que permitía estimar como autor del delito a todo aquel que conscientemente se beneficia del vehículo sustraído, aunque no haya intervenido en su apoderamiento, en el actual tipo penal, se opera una relevante reducción ya que autor sólo es «...el que sustrajese...», reducción que ha motivado un cambio en la jurisprudencia de suerte que autor ya sólo será aquel que materialmente efectúe la sustracción, no el que simplemente se beneficia de la sustracción llevada a cabo por otros.

Como recuerdan las Sentencias de 3 y 17 de febrero de 1998, la actual reducción del tipo penal del artículo 244, deja fuera del ámbito de lo punible, entre otros supuestos, la de aquellas personas que se limitan a usar el vehículo con conocimiento de su ilícita procedencia, pero sin haber tomado parte material en la sustracción. Es evidente que esta notable variación en relación a la anterior figura del artículo 516, en cuanto

ley posterior más favorable extiende su vigencia a los hechos ocurridos durante la vigencia de la ley anterior más severa en virtud del principio de retroactividad de la Ley Penal en beneficio del reo de conformidad con el artículo 2 apartado 2 del vigente Código Penal.

No especificado en el relato de hechos quién fuera el autor material de la sustracción, procede la absolución del recurrente por el delito de utilización ilegítima de vehículo de motor, absolución que como se verá en el estudio de los otros recursos, y por idénticas razones debe extenderse al resto de los recurrentes, incluso al condenado no recurrente Rafael P.

(Sentencia de 9 de marzo de 1999)

Son autores los que deciden, de mutuo acuerdo, sustraer el vehículo, aunque materialmente sólo lo sustraiga uno; atipicidad del que, posteriormente, de forma ocasional, usa el vehículo

Primero.—(...) 4. El Ministerio Fiscal sostiene que la inferencia realizada por el Tribunal sentenciador respecto de que fueron los tres acusados, los que usaron la motocicleta la compartiría y no tendría nada que objetar si se hubiese realizado en el ámbito de aplicación del Código Penal derogado de 1973, pero que hoy choca con la literalidad del artículo 244.1 del Código Penal vigente. Refuerza su argumentación afirmando tajantemente que para que el Tribunal pudiera condenar por el nuevo texto, tendría que estar acreditado que los recurrentes sustrajeron materialmente la moto, pues si sólo uno de ellos lo hizo y el otro o los otros la usaron pese a conocer su procedencia ilícita, la conducta de éstos sería impune.

Esta tesis final sería admisible si el hecho probado hubiese afirmado que la moto fue sustraída por alguien que no se identifica y los dos acusados recurrentes se limitaron a utilizarla conociendo su origen ilícito.

Ahora bien, en términos generales, la interpretación que se hace por la acusación pública no es admisible porque el nuevo Código no ha introducido más variante que la atipicidad del uso realizado por quien no participa en la sustracción pero deja intacta la punición de los partícipes en el hecho de apoderamiento material del vehículo. Es indudable que el apoderamiento material puede realizarse por una o por varias personas en concurso de voluntades, de tal manera que la confluencia de un grupo en el momento del apoderamiento del automóvil o la motocicleta los convierte a todos ellos en autores del hecho delictivo al haber materializado el verbo tipo que no es otro que llevar a efecto el acto de apoderamiento.

En este punto, el hecho probado no puede ser más descriptivo, al afirmar en el apartado D), que los tres acusados, previamente concertados en los medios y en el fin decidieron cometer un atraco, acordando que uno de los medios para llevarlo a efecto sería utilizar una motocicleta que sustrajeron horas antes de realizar el robo violento.

5. Si estos hechos se consideran ciertos e inamovibles y no cuestionados por el principio de presunción de inocencia es innegable que se está diseñando un delito de sustracción de vehículo de motor atribuible a todos los copartícipes concertados y cuya punición podría realizarse, no sólo por el Código anterior sino también por el vigente. El antiguo artículo 516 bis del Código Penal derogado castigaba a los que, sin ánimo de haberlo como propio, y sin la debida autorización, utilizaren un vehículo de motor ajeno. Encuadran dentro del tipo de utilizar, tanto al sustractor material que después lo usa como al que simplemente se beneficiaba de su uso conociendo su ilícita procedencia. Que el sustractor también estaba comprendido en las previsiones del tipo lo demuestra el párrafo segundo en el que se establece una agravación para el que rea-

liza la sustracción empleando fuerza en las cosas y más adelante se remite a la penalidad que se establecía para los robos violentos si en la sustracción se emplease violencia o intimidación.

El actual Texto legal, artículo 244.1 del nuevo Código Penal castiga a los sustractores agravando igualmente las penas para los casos de robo con fuerza en las cosas y de robo con violencia o intimidación. Luego los supuestos que pudiéramos denominar básicos son sustancialmente idénticos. La única variante consiste en que en el actual sistema del nuevo Código los simples usuarios no sustractores, es decir, que no participan ni aislada ni concertadamente en el hecho material de la sustracción, quedarían impunes porque se ha querido dejar fuera del tipo penal a aquellas personas que, sólo de forma ocasional, se benefician del uso para el transporte o para cualquier otra finalidad, pero que no han participado en el hecho nuclear y directo de la sustracción.

Con arreglo a los criterios valorativos de la prueba que no se han visto alterados por la modificación circunstancial del robo y hurto de uso de vehículos de motor, cabe considerar, según el acervo probatorio de que se disponga, que una persona aislada o varias concertadas, decidan sustraer un vehículo de motor y ejecuten este propósito y por tanto sean consideradas como coautores de la sustracción aunque haya sido uno sólo de ellos el que materialmente realizó las operaciones materiales para la sustracción. Esta responsabilidad como coautores se mantiene intacta cualquiera que haya sido la posición o la actitud que adopten con posterioridad a la sustracción inicial. Es decir, resulta indiferente que uno conduzca y el resto vaya como pasajero en el vehículo.

Pertenece a la libre valoración de la prueba el determinar si nos encontramos ante un solo partícipe o ante varios conjuntos pudiéndose presumir perfectamente, sin que por ello se resientan los principios de racionalidad y probabilidad, que deben regir la apreciación de las pruebas, que una persona al volante de un vehículo, con signos evidentes de haber sido sustraído, puede ser considerado como el autor material de la sustracción e imputarle esta misma condición a su acompañante si existen pruebas para suponer que han actuado con concierto de voluntades en el acto material de la sustracción.

(Sentencia de 23 de junio de 1999)

Comete hurto de uso quien encontrándose un vehículo ya sustraído, lo sustraen a su vez para usarlo

Único.—La Sentencia recurrida, entre otros pronunciamientos condenó a Enrique O. L. y a Jesús Angel R. D. como coautores de un delito de robo por la sustracción de un bolso por el procedimiento del tirón a una señora que caminaba por la calle. Se valieron de un coche, que había sido sustraído horas antes, en el que viajaban cuando vieron a la viandante y decidieron quitárselo.

La Audiencia les absolvió del delito de robo de uso por el que había acusado el Ministerio Fiscal que ahora recurre en casación por un solo motivo, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, por entender que hubo infracción de ley por no haberse aplicado el artículo 244 Código Penal.

Los hechos, por lo que aquí interesa, en síntesis, ocurrieron del modo siguiente:

1.º Entre las 23 horas del 6 de enero de 1998 y las 3 horas del día siguiente se había producido la sustracción violenta del coche rompiendo el mecanismo de cierre de su puerta delantera izquierda y poniéndolo en marcha mediante el procedimiento conocido como «puente».

2.º Horas después, sobre las 15.50 de ese día 7 de enero, con la utilización de ese mismo coche por los dos acusados, se produjo la sustracción del bolso antes referida, con la posterior detención de los dos luego de una escaramuza con la Policía.

Es indudable que el vehículo que ocupaban los dos ahora recurridos cuando se produjo la sustracción del bolso era el mismo que unas horas antes había sido robado del lugar donde su dueño lo había dejado aparcado. La Audiencia absolvió por estimar que no habían sido identificados el autor o autores del inicial apoderamiento violento.

Estimamos que tiene razón el Ministerio Fiscal y como fundamentación reproducimos aquí lo que, para un caso muy semejante, nos dice la Sentencia de esta Sala de 10 de junio de 1998 (RJ 1998\5168) en su fundamento de derecho 1.º: «El Tribunal de instancia no considera probado que los acusados fuesen los autores del robo del automóvil que se reseña en el primero de los hechos probados, pero sí estima acreditado que los mismos lo utilizaron para dirigirse, el día siguiente al del robo del vehículo, al lugar en que perpetraron el hecho narrado en el segundo apartado del *factum*. Pues bien, si los acusados tenían en su poder el vehículo en la mencionada ocasión, no siendo suyo ni contando con el consentimiento de su dueño —lo que es absolutamente indiscutible— es porque previamente lo habían tomado o aprehendido, esto es, sustraído. No consta, por cierto, que fuesen ellos los primeros en sustraerlo, por lo que no les puede ser imputada la fractura de la cerradura de la puerta del conductor, pero esto no impide que se les deba considerar autores de una verdadera sustracción: la que realizaron cuando, encontrando el vehículo ya abierto, se apoderaron de él sin necesidad de usar la fuerza. La sustitución, en la descripción del tipo de robo y hurto de uso de vehículos, de la palabra “utilizare”, empleada por el artículo 516 bis CP/1973, por la palabra “sustrajere”, preferida por el legislador de 1995, supone sin duda una cierta descriminalización, pero ésta sólo alcanza a quienes simplemente ocupan el vehículo y se desplazan en él sin haberlo sustraído ni haber participado en su sustracción, no a quienes habiendo hallado un vehículo abandonado, que presenta todos los signos de haber sido objeto de un robo y constándole, en consecuencia, que no se trata de una *res nullius*, puesto que nunca lo es un vehículo de motor por el hecho de haber sido sustraído, lo toman en una ulterior sustracción que sólo se diferencia de la primera en que, por la ausencia del empleo de fuerza, debe ser jurídicamente considerada hurto».

Luego, otra Sentencia de esta misma Sala, la de 22 de diciembre del mismo año 1998, también en un supuesto aún más parecido al presente, llega a la misma solución, cuando también en su fundamento de derecho 1.º nos dice que en tales supuestos «sólo caben dos hipótesis, la más gravosa sería la de atribuirle todos los hechos de fuerza en las cosas que se narran en el hecho probado o la hipótesis alternativa... que no es otra que, habiéndose encontrado el automóvil ya forzado y abandonado, decidiese sustraerlo de nuevo para la comisión de los hechos delictivos por los que ha sido condenado... Situándonos en la posición más favorable podemos admitir que la fuerza y “puente” se realizaron por otras personas, pero resulta indiscutible que el acto de ocupar un vehículo abandonado en estas circunstancias, introducirse en él y ponerlo en marcha es un acto de sustracción típico que también se incardina en el artículo 244.1 del nuevo Código Penal».

La similitud de tales casos con el aquí contemplado nos excusa de mayores razonamientos.

La conclusión ha de ser aquí la misma adoptada en las dos Sentencias antes referidas: excluir, por falta de prueba, la participación de los dos acusados en el hecho de la inicial sustracción violenta en que se rompió el mecanismo de cierre de la puerta del conductor y se hizo el «puente», por lo que no cabe condenarles por robo de uso del artículo 244.2 CP, y condenar por el 244.1 que sanciona el mismo hecho, pero sin fuerza en las cosas, como hurto de uso, tanto al conductor como al ocupante del ve-

hículo que había sido sustraído por ellos mismos unas horas o unos momentos antes del robo del bolso en el que fue detectada su presencia.

Respecto del dolo ninguna duda puede existir, pues la rotura del cierre de la puerta y el «puente» que tenía hecho el vehículo, circunstancias de las que necesariamente tuvieron que apercibirse tanto el conductor (Enrique) como el ocupante (Jesús Ángel), ponen de relieve que los dos conocieron que habían sustraído (en la más favorable de las dos hipótesis mencionadas) un coche para cuyo apoderamiento otras personas antes habían violentado el mencionado mecanismo de cierre.

(Sentencia de 9 de julio de 1999)

ARTÍCULO 248

Estafa. Contratos jurídicos criminalizados: concepto

Quinto.—(...) Los términos en que al respecto se pronuncia la Sala de instancia son, por su coincidente adscripción a la praxis jurisprudencial que cita, asumibles en su integridad en este trance. De ahí que nos sirvan para, por vía reproductiva, completar la respuesta jurisdiccional que merece el alegato recurrente: «Existe estafa, por cuanto si bien es cierto el acusado, Rafael G. M., dueño y administrador único de las sociedades limitadas “Motrans” y “Maycer” (aunque formalmente no conste así), no engañó “materialmente” a los perjudicados para que éstos le vendieran el maíz o la cebada, haciéndolo por tanto de forma voluntaria, no lo es menos, por un lado, que ellos venden al acusado dichos productos porque en años anteriores no habían existido problemas de pago con las personas que habían vendido sus productos al acusado, lo cual, obviamente, les producía confianza, y de otro (éste es el principal motivo de entender que concurren los elementos de la estafa) que el acusado cuando compra el maíz y los cereales, es consciente de que no va a poder pagar y pese a ello adquiere todo cuanto le llevan; es lo que nuestra doctrina jurisprudencial ha denominado “negocios jurídicos criminalizados”; que se consuman cuando en el intercambio social se encubren, bajo la forma de relaciones comerciales transacciones engañosas que son meras simulaciones, como ocurre cuando una de las partes contratantes —y así sucede en el caso de autos— no tiene propósito de cumplir (o se halla imposibilitada de hacerlo) lo que le incumbe, ocultando su designio a la otra, en cuyo caso, no existe compensación mutua y el que hace entrega de dinero o cosa —en el caso enjuiciado, cebada y maíz— resulta burlado en su buena fe y patrimonio, al dar por cierta y ser ficticia la apariencia de solvencia, crédito y honestidad comercial, en cuyo medio engañoso radica el dolo característico de los citados negocios defraudatorios».

Por tanto, si la criminalización de los negocios civiles y mercantiles, se produce cuando el propósito defraudatorio se produce antes o al momento de la celebración del contrato y es capaz de mover la voluntad de la otra parte a diferencia del *dolo subsequens* del mero incumplimiento contractual y —como se afirma en la Sentencia de este Tribunal de 31-12-1996— el elemento nuclear del engaño existe, no sólo cuando se desarrolla una puesta en escena destinada a crear una apariencia de solvencia que en realidad no existe, sino también cuando se omiten o escamotean elementos de la realidad cuyo conocimiento hubiera sido decisivo para disuadir a la otra parte de llevar a cabo un determinado contrato, no cabe sino reafirmar que en el supuesto sometido a consideración resulta incuestionable la presencia de ese dolo penal que aflora cuando, en función de las circunstancias perfectamente conocidas por el autor del incumplimiento, se tiene la convicción de que la prestación asumida se presenta imposible o altamente problemática.

(Sentencia de 26 de febrero de 1999)

Engaño: delimitación conceptual frente al mero incumplimiento contractual

Quinto.—(...) Como bien dice la sentencia recurrida, el elemento clave de este delito se encuentra en el engaño, consistente en la expresión de unos datos o circunstancias falsos por parte del sujeto activo, que el pasivo toma por verdaderos, siendo este error el que le mueve a realizar el acto de disposición que resulta tan perjudicial para el disponente o un tercero como beneficioso (conseguido o intentado) para el engañador o para otra persona.

Imposible resulta precisar en qué ha de consistir el engaño. Sólo podemos decir que ha de haber una actitud falsaria que sea la causa del error del disponente.

Cualquier conducta contraria a la verdad, ya sea por disimular lo que existe, o por simular lo que no existe, con tal de que sea la adecuada para generar el error de quien realiza el perjudicial acto de disposición, puede calificarse como engaño, que, por ende, ha de ser siempre anterior o coetáneo con ese acto de disposición, nunca posterior, de modo que, ciertamente, como dice el recurrente, lo que es un mero incumplimiento civil no ha de ser considerado delito de estafa.

Entendemos que la sentencia recurrida razona de modo suficiente en su fundamento de derecho 1.º la concurrencia de los diferentes elementos de este delito en el caso que nos ocupa.

Ninguna duda hay en cuanto a que hubo ánimo de lucro (también puede existir en los contratos lícitos), así como unos perjuicios patrimoniales en quienes dieron su dinero a Inmaculada y ningún beneficio recibieron a cambio, todos los que conforman la larga lista que aparece en los hechos probados.

Tampoco puede haber duda de que hubo una actividad de Inmaculada, ayudada por diferentes personas —ignorantes de la trama—, para captar socios para la entidad «Allos Dir Dam» que pagaron la cuota de 5.000 ptas. anuales y algunos de ellos, posteriormente o a la vez, las diferentes cantidades que exigía a quien quería realizar alguno de los viajes que organizaba, concretamente el de Italia que motivó la denuncia con que se inició este procedimiento (folio 2).

La cuestión se plantea en cuanto a si en esa actividad de la acusada, causante de los múltiples actos de disposición perjudiciales para los socios, hubo o no engaño, es decir, si hubo o no conducta falsaria como origen del error de los disponentes.

El recurrente afirma que todo fue lícito y que sólo existió un incumplimiento civil por parte de Inmaculada. Ciertamente no fue así.

Dos datos concretos nos expone el mencionado fundamento de derecho 1.º:

1.º Ofrecer a los que se asociaran a «Allos Dir Dam», un viaje durante un fin de semana a Benidorm por la cuota anual de 5.000 ptas. que en ningún momento se pretendió cumplir, y así se deduce del hecho de que a algunos de los asociados, que efectivamente hicieron ese viaje a Benidorm, les llevaron por su propia cuenta (no por cuenta de Inmaculada) las personas que habían colaborado en la captación de los socios quienes, tras el fracaso del viaje a Italia, se sintieron moralmente responsables del incumplimiento de una oferta en la que de buena fe habían participado.

2.º La oferta del mencionado viaje a Italia a un precio verdaderamente irrisorio que no podía ser cumplido por la carencia de bienes de Inmaculada y de su empresa, teniendo en cuenta que la explicación que ella dio en el acto del juicio —que las pérdidas, asumidas por la sociedad, serían enjugadas con las cuotas de los asociados— carece de verosimilitud, si se piensa que tal captación forzosamente tenía que tener un límite, por lo que más pronto o más tarde la real insolvencia tendría que haber estallado.

Es decir, claramente hubo una maniobra fraudulenta, continuada a lo largo de varios meses, que pueda adscribirse a la que probablemente es la más frecuente de todas las modalidades de engaño en esta clase de delitos: la ficción de solvencia.

Inmaculada, tanto para obtener las 5.000 ptas. de cuota anual con promesa incluida de viaje con fin de semana en Benidorm (nadie da 5.000 ptas. a una desconocida sin contraprestación al menos prometida), como para las 20.000, o en algunos casos 40.000, dadas para el viaje a Italia, hacía ver a los diferentes asociados que el resto del importe total de los viajes correría a cargo de ella (o de «Allos Dir Dam» que es el nombre comercial con que Inmaculada actuaba como administradora única de la «Sociedad de Responsabilidad Limitada Stylo Singular»), cuando en verdad carecía de solvencia al efecto. Esta deficiente capacidad económica aparece declarada como hechos probados en la sentencia recurrida con base en el propio reconocimiento que Inmaculada hizo al declarar en el juicio oral.

Ciertamente existió el engaño propio de la estafa, no un mero incumplimiento posterior.

A este respecto, conviene recordar aquí, para terminar, la doctrina de esta Sala sobre el llamado contrato criminalizado o engaño implícito (SSTS 27-9-1991, 23-3-1992, 18-5-1993, 16-3-1995, 24-7-1997, 10-12-1997 y 20-7-1998, entre otras muchas), que existe cuando una persona realiza un contrato con el propósito inicial, que evidentemente oculta a la parte contraria, de incumplir totalmente lo que a él incumbe, o de cumplir sólo con aquella parte que le es imprescindible para aumentar su lucro, beneficiándose con lo que recibe del otro contratante. En estos supuestos hay una apariencia de contrato correcto acreditándose el engaño anterior, es decir, esa disimulada voluntad de incumplimiento, porque se puede deducir de hechos que se constatan después, que es lo ocurrido en el caso presente: el incumplimiento de Inmaculada, en relación con su comportamiento anterior y sus circunstanancias, ha servido para revelar esa voluntad inicial de engañar que se fue concretando en la maniobra fraudulenta antes expuesta, que indujo a error a quienes pagaron las 5.000 o 25.000 pesetas u otras cantidades sin contraprestación alguna. En conclusión, hubo engaño a múltiples perjudicados, constitutivo del delito de estafa por el que la acusada fue bien condenada.

(Sentencia de 1 de marzo de 1999)

El engaño ha de ser suficiente: presentación a descuento en entidad bancaria de letras por operaciones ficticias: los empleados de la entidad pudieron solicitar al acusado la justificación documental de las operaciones de que derivaban los efectos, dado el historial de impagos que mantenía su empresa, lo que supone la in-existencia de engaño suficiente para integrar el tipo penal

Segundo.—En las Sentencias de esta Sala de 23-2-1996 y 7-11-1997 se indican los elementos integrantes del delito de estafa, que estriban, según los términos de tales resoluciones, en:

1.º Un engaño precedente o concurrente, antes traducido en alguno de los ardises o artificios incorporados al listado de que el Código de 1944 hacía mención, y hoy, tras la Ley 8/1983, concebido con criterio de laxitud, sin recurrir a enunciados ejemplificativos, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece; 2.º Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia

social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficientes para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado; 3.º Origenación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo desconocedor o con conocimiento deformado e inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial; 4.º Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño, acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohesta la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurra en la misma persona la condición de engañado y de perjudicado; 5.º Ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 528 CP, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia; y 6.º Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima.

A semejantes presupuestos del delito de estafa aluden también las SS. de esta Sala de 4-12-1980, 28-5-1981, 9-5-1984, 5-6-1985, 12-11-1986, 26-4-1988, 24-11-1989, 29-3 y 11-10-1990, 24-3-1992, 12-3 y 18-10-1993 y 23-11-1995.

En relación al elemento del engaño, la Sentencia de esta Sala 75/1998, de 23-1, remitiéndose a la de 23-4-1992, entiende que el mismo consistirá en la afirmación como verdadero de un hecho en realidad falso, o bien la ocultación o deformación de hechos verdaderos.

Según la Sentencia de 23-4-1997, la moderna doctrina entiende que la suficiencia del engaño deberá ponderarse con un criterio subjetivo y concreto –atendiendo a la personalidad del sujeto pasivo y a las circunstancias fácticas concurrentes– y no con un criterio objetivo y abstracto.

Generalmente, el delito de estafa va asociado a un negocio jurídico bilateral, y el engaño consiste en el empleo de artificios o maniobras falaces por uno de los contratantes para hacer creer al otro en ciertas cualidades aparentes de la prestación realizada, que son inexistentes, o en que cumplirá la prestación futura a que se ha comprometido. No se estimarán suficientes los artificios engañosos, si el sujeto pasivo del mismo hubiese podido descubrir el fraude mediante una actividad de comprobación de la realidad de las prestaciones entregadas o prometidas fraudulentamente.

mente por el promotor del engaño, y si tal actividad de comprobación le era exigible por su cualificación empresarial.

Con arreglo a la doctrina expuesta, deben aceptarse los argumentos en que se apoyó la sentencia impugnada para absolver a Antonio A. del delito de estafa, y las razones expuestas por el Fiscal para impugnar el motivo primero del recurso de la acusación particular, y debe desestimarse tal motivo.

El engaño en el supuesto de autos consistió en la ficción por parte de Antonio A. de que las siete letras endosadas al «Banco Central Hispano» reflejaban operaciones reales entre las entidades libradas y la Cooperativa «Transdiagonal-Mar», que administraba el acusado, libradora de los efectos, e incorporaban créditos de la Cooperativa contra los librados. Pues bien, según lo argumentado por la sentencia, tal engaño no fue bastante, ya que se hubiese podido descubrir de haberse verificado por los empleados de la entidad bancaria labores de comprobación de que los efectos no eran ficticios, pidiendo a A. la justificación documental de las operaciones de que derivaban las letras. Tal exigencia era elemental dado el historial de impagados que mantenía la Cooperativa «Transdiagonal-Mar» con la sucursal del «Banco Central Hispano-Americano» de Gran Vía ... de Barcelona, que se refleja en el relato fáctico de la sentencia impugnada y el fundamento segundo de la misma.

(Sentencia de 24 de marzo de 1999)

Engaño bastante para producir error: criterios objetivo y subjetivo para valorar su concurrencia

Segundo.—(...) El sujeto pasivo no es un lego o particular, sino un profesional de la venta de electrodomésticos por lo tanto, avezado conocedor del mercado, que, ante una venta de cierta entidad (más de medio millón de pesetas) debió extremar las precauciones para garantizarse el cobro. En consecuencia mantiene que, la conducta del acusado es absoluta, total y radicalmente incapaz de configurar el engaño bastante que define el delito de estafa.

2. Los elementos constitutivos de la estafa son: *a)* engaño bastante y apto para mover la voluntad del sujeto pasivo; *b)* acto de disposición por parte de la persona a la que se dirige el engaño; *c)* conexidad causal entre el engaño y el acto de disposición; y *d)* ánimo de lucro.

El elemento sustancial que constituye el núcleo de la conducta típica es el engaño, entendido en el sentido de asechanza, trampa o añagaza con la que se trata de crear en el sujeto pasivo una sensación de realidad que no se corresponde con las circunstancias del caso ni con las cualidades o condiciones personales del sujeto activo. Por ello la vida diaria nos ofrece una infinita variedad de actuaciones que desarrolla o interpreta el actor en las que, como se ha dicho, la fantasía del delincuente supera las previsiones del Legislador.

Como también ha señalado reiteradamente la doctrina de esta Sala el engaño, tiene que ser antecedente, bastante y causante. En el caso que nos ocupa podemos afirmar que la actividad del recurrente ha sido antecedente y causal, pero es discutible que sea bastante, es decir apto para explicar y justificar el desplazamiento patrimonial efectuado por la víctima.

El artículo 248.1 del nuevo Código Penal exige literalmente que el engaño sea bastante para producir error en otro. Para valorar este elemento sustancial del tipo es necesario realizar una doble consideración. En primer lugar debemos considerar la maniobra engañosa en abstracto, desde esta posición la conducta desarrollada por el actor debe tener entidad para crear una apariencia de realidad y seriedad en el mundo

general entre personas de mediana perspicacia e inteligencia. Pero no es suficiente con ello para encontrar rastros de tipicidad penal en la conducta de los defraudadores, se exige, además, una valoración o análisis en concreto, referido a la persona a la que se dirige el engaño examinando si, en esas específicas circunstancias el engaño es bastante o suficiente para mover la voluntad de una persona en particular.

3. Desde esta doble perspectiva, objetiva y subjetiva, debemos examinar las circunstancias del caso que nos ocupa. Nos encontramos ante un profesional del mercado de electrodomésticos que conoce perfectamente las características de su ramo y que está acostumbrado a la realización de las transacciones, pidiendo cantidades a cuenta y concediendo facilidades de pago por el resto del precio fijado, valiéndose de instrumentos de crédito como letras de cambio o cheques postdatados. En el caso presente se observa, con el análisis de la causa, que efectivamente el acusado es persona que tiene varios antecedentes policiales por actos defraudatorios cuya relevancia, a los efectos de esta causa, debemos rechazar ya que no está permitido en nuestro sistema un derecho penal de autor.

Centrándonos en la conducta desplegada por el acusado respecto del vendedor, nos encontramos con que se dice, en primer lugar, que la mercancía se pagaría al día siguiente y como elemento determinante para mover la voluntad del sujeto pasivo se esgrime un cheque por importe de 394.284 pesetas pero advirtiéndolo que carece de fondos para su cobertura. Ante esta conducta es lógico pensar, que el vendedor debió extremar las precauciones y desconfiar de la solvencia de su cliente, por lo que al no hacerlo así no puede pretender el amparo del Derecho penal ya que se observa una cierta falta de diligencia en el desempeño de su trabajo habitual.

(Sentencia de 9 de junio de 1999)

ARTÍCULO 250.1.2ª

Estafa procesal: elementos. Constitución fraudulenta de una relación contractual inexistente iniciando como acreedor un juicio de cognición tratando de provocar el error en el Juez

Primero.—(...) Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 794/1997, de 30 de septiembre, que la modalidad agravada de estafa conocida como estafa procesal, tipificada en el artículo 250.1.2.º del vigente Código Penal, se justifica en cuanto con tales conductas se perjudica, no sólo el patrimonio privado ajeno sino también el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, al utilizar como mecanismo de la estafa el engaño al Juez, que debe tener entidad suficiente para superar la profesionalidad del juzgador y las garantías del procedimiento.

Como recuerda la Sentencia 530/1997, de 22 de abril, esta modalidad fraudulenta normalmente se produce cuando una de las partes engaña al Juez y le induce con la presentación de falsas alegaciones a dictar una determinada resolución que perjudica los intereses económicos de la otra parte, debiendo reconocerse que «las posibilidades de inducir a engaño a un Juez aparecen más realizables en el proceso civil en el que tiene que permanecer inactivo y neutral ante las aportaciones de las partes y dejar que ellas decidan sobre el objeto del litigio» (S. 9 marzo 1992). «La peculiaridad de estas estafas radica en que el sujeto engañado es el titular del órgano jurisdiccional a quien por la maniobra procesal correspondiente se le induce a seguir un procedimiento y a dictar resoluciones que de otro modo no hubiera dictado, no coincidiendo la persona del engañado, que por el error inducido realiza el acto de disposición (el Juez) con quien en definitiva ha de sufrir el perjuicio (el particular afectado), dualidad personal

que aparece expresamente prevista en el propio texto del artículo 248.1 del Código Penal cuando nos habla de “perjuicio propio o ajeno”» (S. 4 marzo 1997).

Lo que no cabe, como modalidad agravada de estafa, es que debe cumplir todos los requisitos exigidos en la definición de la estafa ordinaria recogida en el artículo 248.1 del Código Penal, como son: el engaño; el error debido al engaño; el acto de disposición —en este caso resolución judicial— motivado por el error; el perjuicio propio o de tercero derivado del acto de disposición; el ánimo de lucro; y la relación de imputación que debe mediar entre estos elementos, a los que debe añadirse, en esta modalidad agravada, la simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.

Partiendo, como debemos, del relato fáctico de la sentencia de instancia, puede apreciarse la concurrencia de cuantos elementos se dejan expresados.

Ciertamente, la recurrente, actuando con plena conciencia de la falsedad de sus alegaciones, determina al Juez de Primera Instancia a iniciar un procedimiento civil en reclamación de quinientas mil pesetas que manifiesta haber entregado a los demandados como señal del traspaso de un local y que recibido el dinero éstos ofrecieron de nuevo el traspaso a terceras personas, haciendo suyo el dinero de la fianza, cuando está plenamente acreditado que esas quinientas mil pesetas correspondían a la cantidad entregada a cuenta del único traspaso que se había realizado precisamente con las que llama «terceras personas». Provoca, pues, error en el titular del Órgano Jurisdiccional, que inicia un juicio de cognición, con el fin de beneficiarse indebidamente de esa cantidad en perjuicio de los demandados.

El engaño existió y fue bastante en cuanto construye fraudulentamente una relación contractual inexistente de la que surge como acreedora de una suma de dinero, y que por su apariencia de realidad provoca que el Juez adopte las decisiones pertinentes para hacer efectivos los derechos económicos que se reclaman a los demandados en el juicio de cognición.

(Sentencia de 22 de abril de 1999)

ARTÍCULO 250.1.6^a

Tipo agravado de estafa atendiendo al valor de la defraudación: criterio jurisprudencial

Sexto.—(...) Tampoco cabe estimar infringido e indebidamente aplicado el artículo 529.7.º CP, en su redacción de 1983 (hoy 250.1.6.º del CP 1995), conforme a doctrina jurisprudencial establecida a partir del año 1991, y manifestada en las Sentencias de 16-12-1991, 25-3, 16-7 y 23-12-1992, 16-6 y 13-7-1993, 26-5 y 2-7-1994, 19-12-1995, 13-5 y 20-11-1996 y 12-5, 7-11 y 9-12-1997, según la cual se aprecia la agravante de cuantía importante, como simple u ordinaria, cuando la cantidad defraudada alcanza los dos millones de pesetas, y como muy cualificada cuando llega a los seis millones de pesetas.

(Sentencia de 16 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 251.2

Contratos civiles criminalizados: venta de pisos ocultando la hipoteca que los grava

Primero.—(...) Como entre otras dicen las Sentencias de 30 y 21 de mayo de 1997, la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra la propiedad se

halla en el concepto de la tipicidad, lo ilícito penal frente a lo ilícito civil, de tal forma que sólo cuando la conducta del agente encuentra acomodo en el precepto penal que conculca, puede hablarse de delito, sin que por tanto ello quiera decir que todo incumplimiento contractual signifique la vulneración de la Ley Penal, porque la norma establece medios suficientes para restablecer el imperio del Derecho ante vicios puramente civiles. Depurando más el concepto diferenciador, la Sala Segunda tiene reiteradamente declarado (Sentencias de 28 de junio de 1983, 27 de septiembre de 1991 y 24 de marzo de 1992, entre otras muchas), que la estafa en general, como si de la madre de todos los engaños se tratara, existe únicamente en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento, propósito difícil de demostrar, que ha de obtenerse normalmente por la vía de la inferencia o de la deducción, partiendo tal prueba indiciaria, lejos de la simple sospecha, de hechos base ciertamente significativos según las reglas de la lógica y de la experiencia, a través del artículo 1253 del Código Civil, para con su concurso llegar a la prueba plena del hecho consecuencia inmerso de lleno en el delito.

Surgen así los denominados negocios civiles criminalizados en los que el contrato se erige en instrumento disimulador, de ocultación, fingimiento y fraude. Son contratos procedentes del orden jurídico privado, civil o mercantil, con apariencia de cuantos elementos son precisos para su existencia correcta, aunque la intención inicial, o antecedente, de no hacer efectiva la contraprestación, o el conocimiento de la imposibilidad de hacerlo, define la existencia del tipo penal. Mas ha de entenderse que ese engaño, simulación artera de una seriedad en los pactos que en realidad no existe, ha de provocar en cadena el error, el desplazamiento patrimonial, el perjuicio y el lucro injusto, pero ha de provocarlo de manera antecedente, no sobrevenida. El Código Civil se refiere al dolo civil como un supuesto de nulidad del consentimiento, artículos 1265, 1269 y 1270, lo que significa pues, de acuerdo con lo arriba señalado, que ese dolo no genera sin más la infracción penal, independientemente de que en la pura esfera del Derecho Civil tampoco se llegue siempre a la nulidad de la relación (Sentencia de 1 de diciembre de 1993). El negocio criminalizado será puerta de la estafa cuando se constituya en una pura ficción al servicio del fraude (Sentencia de 24 de marzo de 1992), a través de la cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una acechancia al patrimonio ajeno (Sentencias de 13 de mayo de 1994 y 1 de abril de 1985 entre otras).

Segundo.—Tal doctrina no ha de impedir, para ahondar en la figura delictiva asumida por los Jueces de la Audiencia, la señalización de los requisitos inherentes al delito de estafa, como corroboración y ampliación de lo ya expuesto.

La estafa viene siempre configurada a medio de tres requisitos constituyentes. Engaño, ánimo de lucro y perjuicio: *a*) el engaño como maniobra torticera y falaz por medio de la cual el agente, ocultando la realidad, juega dentro de la apariencia, para ganar la voluntad del perjudicado haciéndole creer y aceptar lo que no es verdadero. Constituye quizás el núcleo fundamental de la estafa comprendida en los artículos 248 y 249. Se condensa en la acción, en la actividad o en los hechos que el sujeto activo ejecuta conforme al plan preconcebido. Falta de verdad suficiente y bastante para producir el error como conocimiento viciado de la realidad; *b*) el ánimo de lucro, verdadero elemento subjetivo del injusto, constituye la característica determinante del dolo específico con que se procedió por el agente, como deseo, meta, logro o intención para obtener un lucro, un beneficio patrimonial, una ganancia evaluable económicamente, precisada de manera cierta, exacta y conocida. Este ánimo de lucro va embebido en ese dolo intencional que se desenvuelve con conciencia y voluntad de engañar, naturalmente que coetáneo a la propia mentira; y *c*) a través de la consiguiente relación

causal, el engaño propiciado con la intención acabada de describir, va encaminado a la producción de un perjuicio, propio o de terceras personas, como disminución del patrimonio, tras la obligada comparación de la situación del sujeto pasivo, antes y después del acto de disposición determinado por el error.

Tercero.—De otra parte la tipología del artículo 251.2 del Código Penal requiere, como reiteradamente se dice por la doctrina casacional: *a)* que exista un negocio jurídico de disposición de un bien o de una cosa cualquiera, entendida ésta en su más amplio significado; *b)* que a través del mismo haya sido transferido dicho objeto como libre de cargas cuando sobre el mismo pesaba un determinado gravamen; *c)* que con conocimiento de tal gravamen se lleve a cabo la transferencia dicha silenciando esa existencia con la intención de que la transmisión tenga lugar, esto es con la intención de obtener un lucro; y *d)* que como consecuencia de todo ello se produzca un perjuicio o daño patrimonial al adquirente o a un tercero (Sentencias de 16 de junio de 1993, 28 de noviembre, 14 y 4 de septiembre, 12 de junio, 19 de mayo y 23 de enero de 1992, 14 de noviembre, 19 de junio y 14 de mayo de 1991, de entre las últimas).

El legislador quiso así constituir al vendedor en garante respecto del no surgimiento de una falsa representación en el comprador relativa a la ausencia de gravámenes sobre la cosa en el momento de la celebración del contrato, de ahí que al concertarse las respectivas voluntades es cuando el vendedor debe hacer uso de su deber de información (Sentencia de 17 de febrero de 1990).

1. En el antiguo artículo 581, párrafo primero, es indiferente que el bien sea mueble o inmueble, también que la cosa que se vende sea o no propia.

2. Que el gravamen al que el precepto se refiere no queda limitado exclusivamente a los reales, como prendas o hipotecas, sino también a anotaciones preventivas, embargos judiciales o prohibiciones de enajenar.

3. Que el engaño «a sabiendas» y el perjuicio patrimonial se encuentran directa e íntimamente unidos entre sí con una serie de connotaciones peculiares, pues el perjuicio que es consecuencia lógica del engaño, no tiene por qué estar determinado con absoluta precisión como tampoco tiene por qué referirse sólo al adquirente si también puede estar afectado el titular del gravamen, siendo así que en casos como el presente el daño puede originarse desde que se adquiere la cosa, si el adquirente la recibe disminuida de valor como consecuencia de ese gravamen que existe y se oculta (Sentencia de 5 de febrero de 1990), de la misma manera, y lo decía la Sentencia de 14 de noviembre de 1991 antes citada respecto de un supuesto parecido, que la circunstancia de cancelarse después de la consumación delictiva la carga o gravamen existente, es inoperante a los efectos penales, con trascendencia únicamente en el ámbito de la responsabilidad civil.

(Sentencia de 27 de enero de 1999)

ARTÍCULO 252

Alquiler de vehículo no devuelto una vez transcurrido el período fijado en el contrato

Único.—La cuestión jurídica que en el presente caso se plantea es la determinación de si de los hechos que el Tribunal de Instancia ha declarado probados, cabe afirmar la existencia en el acusado de voluntad de retener como propio el vehículo que recibió mediante un contrato de alquiler. Sólo si su conducta hubiera consistido en apropiarse el vehículo podrá sancionarse como delito de apropiación indebida, pero no si se trató

tan sólo de un incumplimiento del contrato de arrendamiento que no podría tener más que una sanción civil.

En la Sentencia recurrida se entendió que no pudo haber apropiación del vehículo porque en ningún momento fue requerido el acusado para que devolviera el automóvil, ni tampoco lo fue la persona que prestó su nombre y documentación identificadora para contratar el arriendo. Pero queda claro que el personal de la empresa de alquiler intentó requerir a quien había dado los datos identificativos, los únicos que conocía, y aunque, sin duda, será habitual en la práctica que se rebasen los plazos establecidos inicialmente al contratar, tales excesos serán de corta duración u objeto de correspondientes avisos y acuerdos de prolongación del plazo, siquiera verbales, telefónicos o por otros medios de comunicación, que cubran la prolongación de la relación arrendaticia. Pues bien, en este caso, la voluntad de tener el acusado el vehículo como propio se desprende inequívocamente de la no comunicación a la empresa de alquiler de cualquier propósito de prolongación del contrato, a la par que, durante un plazo cercano a un mes, se privó a la arrendadora de noticia alguna de la localización del automóvil, poniéndolo así de forma definitiva fuera de la disposición que como titular dominical le correspondía. Además, corroborando el propósito del acusado de retener el vehículo como dueño, consta el hecho de que no lo devolvió voluntariamente sino cuando fue localizado por la Policía, y, agentes de ésta se presentaron en su domicilio para recuperarlo. En igual sentido ha entendido la doctrina de esta Sala haberse producido la apropiación de vehículos alquilados en casos similares al presente, en Sentencias de 1 de julio y 5 de diciembre de 1988 y 8 de octubre de 1992.

(Sentencia de 19 de febrero de 1999)

Elementos del delito de apropiación indebida: doctrina jurisprudencial

Segundo.—(...) La constante Jurisprudencia de esta Sala II exige como elementos precisos para la consumación del delito de apropiación indebida: *a*) una inicial posesión legítima por el sujeto activo de dinero, efectos, o cualquier cosa mueble; *b*) un título posesorio, determinativo de los fines de la tenencia, que pueden consistir sencillamente en la guarda de los bienes, siempre a disposición del que los entregó —depósito—, o en destinarlos a algún negocio —comisión o administración—; *c*) incumplimiento de los fines de la tenencia, ya mediante el apoderamiento de los bienes, ya por no darles el destino conveniente, sino otro determinante de enriquecimiento ilícito para el poseedor; y *d*) el elemento subjetivo denominado ánimo de lucro, que se traduce en la conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia o de darle un destino distinto del pactado, determinante de un enriquecimiento ilícito (STS de 19 de enero de 1998).

En el caso de autos, existen los requisitos del tipo penal aplicado, pues en el relato de hechos probados se describe la acción del acusado, que aprovechando su condición de agente de seguros incorpora a su patrimonio el importe de pólizas que había cobrado y que debía reintegrar a la compañía aseguradora, lo que evidencia la existencia de una conciencia y voluntad de hacer como propio el metálico ajeno que tenía la obligación de reintegrarlo, vulnerando este deber que en definitiva es en lo que consiste el *animus rem sibi habendi*, que viene reputándose por la doctrina y Jurisprudencia como el elemento subjetivo propio de este delito.

Con lo que se evidencia la existencia de los elementos necesarios para la perfección del tipo penal por el que fue condenado el impugnante, concurriendo en su persona la condición de autor, por haber realizado directa y dolosamente los hechos que lo configuran.

Por lo que, no respetando el relato de hechos probados de la resolución recurrida, el motivo articulado, incurre en la causa de inadmisión del artículo 884.3.º de la LECrim, y ante la carencia manifiesta de fundamento, en el artículo 885.1.º del mismo texto.

(Auto de 21 de abril de 1999)

ARTÍCULO 257

Alzamiento de bienes. Doctrina jurisprudencial

Undécimo.—(...) En el relato de hechos se compendian los elementos objetivos y subjetivos del tipo descrito en el artículo 519, pues, el alzamiento de bienes (art. 519 del CP 1973, 257 CP 1995), como infracción de un mero riesgo que es, más que de resultado lesivo (pues el perjuicio real pertenece no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento) exige los siguientes requisitos:

a) Como presupuesto básico, la existencia de uno o más créditos contra el sujeto activo generalmente preexistentes, reales, serios y graves y, de ordinario, vencidos, líquidos y exigibles; empleándose las expresiones adverbiales «generalmente» y «de ordinario», porque es muy frecuente que los defraudadores, ante la inminencia o proximidad del advenimiento de un crédito futuro, augurando un evidente perjuicio para sus intereses patrimoniales, se adelanten o anticipen a la materialización del crédito o créditos, o a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, frustrando o abortando las legítimas expectativas de sus acreedores, mediante la adopción de medidas de desposesión de sus bienes, tendentes a burlar los derechos de aquéllos y a eludir su responsabilidad patrimonial.

b) Un elemento dinámico que puede estribar en destrucción u ocultación de su activo, en enajenaciones reales o ficticias, onerosas o gratuitas, y en otras muchas más modalidades comisivas.

c) Un elemento tendencial o ánimo específico de defraudar al acreedor o acreedores, burlando y eludiendo la responsabilidad personal patrimonial universal del deudor, consagrada en los artículos 111 y 1911 Código Civil; y

d) Que, como consecuencia de tales maniobras elusivas, devenga total y parcialmente insolvente, o experimente una acusada, aunque ficticia, disminución de su acervo patrimonial, imposibilitando o dificultando en grado sumo a sus acreedores el cobro de sus legítimos créditos (SS. 8-7-1988, 2-11-1990 y 14-2-1992).

Pues bien, el detalle con que la Sala de instancia analiza las circunstancias del caso enjuiciado ratificando la presencia del mencionado tipo delictivo permite homologar su decisión en este trance procesal.

(Sentencia de 26 de febrero de 1999)

Alzamiento de bienes: requisitos

Cuarto.—(...) 2. La jurisprudencia ha venido estableciendo una serie de requisitos necesarios para perfilar el tipo del alzamiento de bienes. En primer lugar se exige la existencia de unos créditos en favor de uno o varios acreedores y las correlativas obligaciones a cargo del deudor o deudores. Con carácter complementario, se ha establecido que dichos créditos deben estar vencidos, ser líquidos y gozar de exigibilidad. En

segundo lugar, se requiere la realización de maniobras encaminadas a la ocultación, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita, de los propios bienes, así como la simulación fraudulenta o cualquier otra actividad que busque sustraer los bienes de la masa acreedora a la finalidad y destino del pago de las obligaciones contraídas. En tercer lugar, se debe producir una situación de insolvencia, total o parcial, real o aparente, derivada de las actividades anteriormente descritas. Por último debe concurrir, como elemento subjetivo del injuicio, un ánimo específico y tendencial que se plasma en la intención de causar un perjuicio al acreedor o acreedores. Como consecuencia de este último requisito, nadie discute que el alzamiento de bienes es un delito de mera actividad que se perfecciona con la puesta en marcha de cualquiera de los artificios encaminados a procurar la ineffectividad de los derechos de los acreedores.

3. En el caso presente, se dibujan en el hecho probado todos los elementos o requisitos integrantes del tipo aplicado. La relación acreedores-deudora establecida entre la entidad «ODEM, SA» y las diversas firmas comerciales que ha ejercitado la acción particular se presenta como clara, terminante e incontestable. Asimismo consta el vencimiento y exigibilidad de los créditos y se describen suficientemente las maniobras realizadas por los acusados para deshacerse de los únicos bienes, libres de cargas, de que disponían para cumplir las obligaciones contraídas.

El elemento subjetivo, imprescindible para la existencia del delito, aparece objetivamente perfilado y diseñado cuando se dice, en el hecho probado, que las operaciones de dación en pago de las doce plazas de aparcamiento y de un local de negocio se realizaron en el período comprendido entre el libramiento y el vencimiento de las cambiales que instrumentalizaron el pago debido por los acusados a las entidades querrelantes. Este factor cronológico es por sí solo, sugerente de la finalidad de las maniobras evasoras del patrimonio, pero por sí no fuera suficiente, el relato fáctico nos dice, directa e inequívocamente, que la dación en pago obedece a un acuerdo entre ambos acusados, que se hizo con el objetivo y el propósito de defraudar a los acreedores de la entidad deudora de la que eran administradores, primero solidarios y después mancomunados. No era necesario esta referencia específica, pero en nada perturba la validez del hecho probado, que además se ve reafirmado por las declaraciones tajantes del primer fundamento de derecho, en el que se refuerzan de manera consistente y firme, todas las valoraciones anticipadas en el relato fáctico.

(Sentencia de 18 de junio de 1999)

ARTÍCULO 258

Venta de piso buscando insolvencia que permita eludir responsabilidades civiles derivadas del delito: criterios para valorar la intencionalidad: inmediatez de la venta, consecuencia de ser el único bien inmueble que tenía y ocultación de los fondos percibidos

Cuarto.—(...) La modalidad específica de alzamiento de bienes orientada a eludir la responsabilidad civil *ex delicto*, tipificada por el legislador de 1995 en el artículo 258 del Nuevo Código Penal, responde inicialmente a superar la polémica acerca de la subunción típica en la modalidad básica del delito de alzamiento de bienes de aquellos supuestos en que el autor de un hecho delictivo se situaba en situación de insolvencia, para eludir las responsabilidades civiles derivadas de su acción, con anterioridad a que se dictase sentencia condenatoria. Por lo demás nos encontramos ante una concreción o especificación legal del tipo básico, sancionada con la misma

pena, y que requiere la concurrencia de los elementos esenciales integradores del delito de alzamiento de bienes.

En el caso actual constan debidamente acreditados los elementos objetivos integradores del tipo delictivo: 1.º) el acusado es responsable de un hecho delictivo, e incluso ha sido condenado por sentencia firme; 2.º) con posterioridad a su comisión, inmediatamente después de la sentencia condenatoria, ha realizado actos de disposición consistentes en vender en escritura pública el piso de su propiedad, único bien inmueble de su patrimonio, por un precio declarado de siete millones de pesetas, que el acusado hizo suyo; 3.º) con dicho acto de disposición se hizo totalmente insolvente, al menos de forma aparente, quedando absolutamente desatendidas las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo y definitivamente declaradas en la sentencia condenatoria, careciendo el acusado de otros bienes que pudiesen ser objeto de ejecución.

Por lo que se refiere al elemento subjetivo, es decir, haber actuado con la finalidad de eludir las responsabilidades civiles derivadas del hecho delictivo, al tratarse de un elemento intencional o interno no puede ser acreditado de modo objetivo y directo, debiendo necesariamente inferirse, de modo racional, a través del análisis de los datos externos o circunstancias objetivas que permitan deducir la concurrencia de dicha intencionalidad, conforme a las reglas del criterio humano, como conclusión lógica y racional de las circunstancias concurrentes.

En el caso actual la Sala sentenciadora infiere racionalmente dicha intencionalidad de circunstancias objetivas que la muestren de manera palmaria o evidente, como son, en primer lugar, la inmediatez con que se procede a la realización del acto de disposición tras la sentencia condenatoria (el acusado es condenado como autor de un hecho delictivo señalándose unas responsabilidades civiles superiores a doce millones de pesetas, en Sentencia de 21 de octubre de 1996, dictada de conformidad, e inmediatamente, el 5 de noviembre de 1996, realiza el acto de disposición, transfiriendo a nombre de un tercero el piso de su propiedad). En segundo lugar el hecho de que la vivienda transferida constituía el único bien inmueble que figuraba en el patrimonio del acusado, por lo cual con su transmisión se situaba en aparente situación de insolvencia, eliminando el único bien susceptible de ejecución forzosa. Y, en tercer lugar, la ocultación o distracción de los fondos supuestamente recibidos, siete millones de pesetas, como precio declarado en la escritura, que no se destinan ni siquiera en una mínima medida al pago de las responsabilidades civiles declaradas en la sentencia, poniendo claramente de relieve la intencionalidad de eludir su abono.

Estos tres datos objetivos, plenamente acreditados, permiten inferir racionalmente, de modo natural, lógico y palmario, la concurrencia del elemento subjetivo del delito, siendo suficientes en sí mismos para determinar la necesaria desestimación del motivo.

Junto a ello la Sala sentenciadora toma en consideración la escasa verosimilitud o credibilidad de la versión alternativa del acusado quien alegando que no había vendido su vivienda para eludir el pago de las responsabilidades civiles a las que acababa de ser condenado sino para pagar unas deudas, manifestó expresamente al Tribunal «que no tenía por qué ofrecer mayor información sobre las mismas ni sobre las personas intervinientes», lo que lleva al Tribunal a la convicción de que se trata de una declaración meramente exculpatoria, lícita desde la perspectiva del derecho de defensa del acusado que no tiene obligación de declarar contra sí mismo, pero carente de credibilidad alguna.

No se trata, con ello, de valorar contra el acusado sus propias manifestaciones exculpatorias, ni de invertir la carga de la prueba, sino de constatar que existiendo prueba directa de los elementos objetivos del tipo delictivo, y una prueba indiciaria constitucio-

nalmente válida, suficiente y convincente, acerca de su intencionalidad o elemento subjetivo del tipo, a dicha prueba no se le contraponen una explicación racional y mínimamente verosímil, sino que por el contrario las manifestaciones del acusado por su incoherencia interna y por negarse a aportar datos objetivos que pudiesen avalar su credibilidad –datos que solamente él mismo podría aportar–, no solamente no desvirtúan sino que refuerzan la convicción racionalmente deducida de la prueba practicada.

Como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación «reclamada» por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna.

(Sentencia de 9 de junio de 1999)

ARTÍCULO 298

Elementos del delito de receptación: exigencia de conocimiento de procedencia ilícita de los objetos receptados; criterios

Primero.—(...) El delito de receptación tiene como presupuesto la existencia de un delito contra la propiedad, como elemento negativo que el receptor no haya tenido parte en su comisión ni como cómplice ni autor y como elemento positivo el conocimiento de la procedencia ilícita, conocimiento que es más una sospecha –STS de 7 de diciembre de 1994–, pero que tampoco exige un completo conocimiento de todos los elementos del delito contra la propiedad precedente, y junto con ello el deseo de aprovecharse para sí de ese delito, es decir se exige un ánimo de lucro.

La jurisprudencia ha enumerado los diferentes datos o extremos que estando sólidamente acreditados por prueba directa, permitan establecer el adecuado juicio de inferencia que lleve a la evidencia de ese conocimiento anterior de la procedencia ilícita de los objetos adquiridos, debiendo establecerse un enlace directo y razonable.

De entre tales datos extremos se citan por la jurisprudencia, entre otros –STS de 28 de septiembre de 1996 entre otras–, la existencia de un precio vil, de adquisición de tales objetos, que tienen un precio superior en el mercado como signo evidente del conocimiento de su procedencia ilícita, o la reiteración en la adquisición de tales objetos, la inexistencia de la documentación acreditativa de la adquisición entre otros datos.

En el presente caso consta acreditado que el recurrente adquirió los cuatro vehículos objeto de enjuiciamiento sin haber cumplimentado la documentación correspondiente a la transferencia y sin haber solicitado su baja, debiéndose indicar que lejos de lo que manifestaron los otros dos condenados, los vehículos aunque usados se encontraban en perfecto estado de funcionamiento como alegaron sus respectivos propietarios que interpusieron las correspondientes denuncias. Por otra parte el precio de adquisición abonado por el recurrente bien merece la calificación de «precio vil» pues abonó cantidades entre tres y cinco mil ptas. por vehículos que valían hasta diez veces más –el valor de tasación de los vehículos receptados oscilaba según el relato de hechos entre las 20.000 y las 30.000 pesetas.

Todo ello pone de manifiesto el previo conocimiento por el recurrente de la procedencia ilícita de tales vehículos, conclusión que extrajo la Sala sentenciadora con toda razonabilidad.

(Sentencia de 20 de abril de 1999)

ARTÍCULO 305

Acto de ejecución versus actos preparatorios. Autor medial: responsable de defraudación que se sirve de un tercero para presentar la declaración tributaria

Tercero.—Los motivos deben ser desestimados. Si atendemos exclusivamente a los hechos declarados probados en la sentencia, analizando el primer motivo del recurso que debe respetar el relato fáctico, observamos que en el mismo no solamente se narra el mecanismo fraudulento utilizado por el acusado para eludir el pago del tributo legalmente correspondiente a la mayor parte del beneficio obtenido por la venta de acciones, utilizando para ello una persona interpuesta y simulando una doble venta, sino también se hace constar expresamente que con tal acción evitó el acusado el pago a la Agencia Tributaria de la cantidad de 21.487.690 ptas., perfeccionándose con ello el tipo delictivo en el momento en que dicho abono debió producirse.

Si, atendiendo a las alegaciones de la parte recurrente, tomamos en consideración que de la documentación obrante en la causa se deriva que en julio de 1992, cuando se presentó la Declaración Impositiva, ya no figuraba el acusado como administrador único de la sociedad sino su hijo, llegaremos a la misma conclusión pues dicha apreciación no afecta a la presunción de inocencia del acusado ni conlleva error en la apreciación de la prueba, ya que no tiene virtualidad para modificar el fallo.

En efecto la actuación fraudulenta realizada por el recurrente con ocasión de la venta de las acciones, desviando una parte sustancial de los beneficios percibidos mediante la utilización de una persona interpuesta y una ficticia doble-venta, no constituye, como sostiene el recurrente, actos preparatorios, sino actos de ejecución, que dan principio a la realización del delito directamente, mediante hechos exteriores. El delito se perfecciona en el momento de la presentación de la declaración eludiendo los impuestos correspondientes a los beneficios desviados, pero su ejecución se inicia ya cuando se realiza la acción fraudulenta, de forma tal que predetermina el resultado al ocultar determinados ingresos que no aparecerán en los libros de la empresa y en consecuencia tampoco habrán de figurar en la declaración que se formule en su momento. Como dispone el artículo 16.2.º quien da principio a la ejecución de un delito quedará exento de responsabilidad penal cuando evite voluntariamente su consumación, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada bien impidiendo la producción del resultado, lo que no hizo el acusado, sino que, por el contrario, provocó, con su acción fraudulenta y, al menos, inactividad posterior, la producción del resultado ya predeterminado por su maquinación previa, con independencia de que presentase él personalmente, o no, la declaración impositiva en el momento consecuente.

En consecuencia la responsabilidad del recurrente por delito consumado no se deriva de que se anticipe el momento de la consumación delictiva al momento de realización de la maquinación fraudulenta, sino del hecho de que dicha acción constituía ya un principio de ejecución que predeterminaba el resultado, salvo desistimiento o arrepentimiento activo del acusado, que no se produjo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28 del Código Penal, son autores tanto quienes realizan el hecho por sí solos como quienes lo realizan conjuntamente o por medio de otro que les sirve como instrumento. La deuda tributaria nace con el hecho imponible, y en ese momento el recurrente era administrador único de la sociedad, concurriendo en él las cualidades precisas para la autoría, iniciándose por el mismo los actos ejecutivos determinantes de la producción del delito, cuyo resultado viene predeterminado por éstos. El hecho de que en el momento del perfeccionamiento delictivo, fuese su hijo quien presentase la declaración tributaria de acuerdo con su

reciente nombramiento como administrador de la sociedad, no afecta a la responsabilidad del acusado en concepto de autor, pues caso de ser su hijo conocedor y cooperador del fraude nos encontraríamos ante un delito realizado conjuntamente del que el recurrente es coautor, y caso de no serlo –opción que debemos acoger, conforme al principio de presunción de inocencia, al no haber sido el hijo del recurrente objeto de acusación alguna en esta causa constituiría un simple instrumento, correspondiendo la responsabilidad en concepto de autor al acusado recurrente.

(Sentencia de 30 de abril de 1999)

ARTÍCULO 315.3

Delimitación frente al delito de coacciones: es requisito del tipo el actuar en grupo o individualmente pero de acuerdo con otros; actuar sólo pinchando las ruedas de un camión de quien no sigue la huelga es delito de coacciones

Primero.—(...) Ciertamente, el Tribunal de instancia ha apreciado que el acusado ha actuado de acuerdo con otros cumpliendo el requisito que exige la figura delictiva aplicada.

En el relato fáctico de la sentencia de instancia, que debe ser rigurosamente respetado dado el cauce procesal en el que se residencia el motivo que examinamos, se dice, respecto al primer suceso que se imputa al acusado, que «circulando en un vehículo Nissan Micra de su propiedad, en compañía de tres individuos, interceptaron el paso de un camión y apeándose el acusado con un punzón en la mano y tras indicar al conductor que parara, se bajara del mismo, lo dejara allí y se sumara a la huelga, como quiera que hizo caso omiso, que no se bajó del camión, pinchó las ruedas, primero la delantera izquierda y luego las traseras...».

En el relato que se deja expresado no se dice expresamente que el acusado actuara junto con los individuos que le acompañaban en el vehículo ni tampoco que actuara de acuerdo con ellos. Y ante esa falta de mención expresa, el Tribunal de instancia razona, en sus fundamentos jurídicos, que ese acuerdo se infiere del hecho de que salieran juntos del bar e hicieran asimismo juntos el recorrido que se describe.

El acuerdo con otros que conforma un elemento imprescindible del tipo por el que ha sido condenado en la instancia, cuando no se ha actuado colectivamente, va referido a coaccionar a otras personas a iniciar o continuar una huelga. El acuerdo en modo alguno es suficiente, a estos efectos de integrar esta figura delictiva, si se limita al hecho de acompañarle en el vehículo del que se bajó para realizar la conducta que se le imputa.

Como correctamente se recoge en la sentencia de instancia y recuerda la parte recurrente, al fundamentar el motivo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 254/1988, de 21 de diciembre, expresa que el recurso de amparo de que se trata «obliga a analizar la relación existente entre el derecho de huelga y el límite que, en defensa del interés público, establece la norma penal aplicada. Como ya ha declarado en anteriores ocasiones este Tribunal, es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. Todas las personas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios; y tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del respeto a la ley y a los derechos de los demás, son igualmente considerados por el artículo 10.1 CE como “fundamento del orden político y de la paz social”. Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo

que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos (STC 159/1986, entre otras)».

En el caso que nos ocupa, igual que en la sentencia del Tribunal Constitucional que hemos reseñado, el conflicto se produce entre el derecho de huelga y el derecho a no hacer huelga, y la inferencia que se hace en el Tribunal de instancia, para sostener el acuerdo entre los que se mantienen en el vehículo y el acusado, no encuentra en el relato fáctico apoyo suficiente para alcanzar una convicción que sería extensiva para la aplicación del tipo penal y restrictiva para el derecho constitucional a la huelga, lo que mal se compagina con la doctrina del Tribunal Constitucional antes mencionada.

Por todo lo que se deja expresado, no concurre el requisito de actuar en grupo o individualmente de acuerdo con otros y ello excluye la aplicación del número 3.º del artículo 315 del Código Penal de 1995, apreciado en la instancia.

Lo que se acaba de expresar no implica que la conducta del acusado sea atípica ya que los hechos objeto de acusación permiten analizar si es posible su subsunción en un delito de coacciones sin quiebra alguna del principio acusatorio.

Corresponde al delito de coacciones la protección de los ataques a la libertad general de actuación personal que no estén expresamente previstos en otros tipos del Código, afirmando el carácter residual de esta figura delictiva. Y no ofrece cuestión, dados los términos en los que está redactado el tipo previsto en el número 3.º del artículo 315, su naturaleza de coacción específica, que está más gravemente penada que el delito de coacciones previsto en el artículo 172. Faltando uno de los requisitos que exige el delito específico de coacciones laborales, pasamos a examinar si concurren los que integran el delito básico de coacciones.

Las coacciones constituyen, pues, la figura base de los delitos contra la libertad.

Define el Código Penal el delito de coacciones en su artículo 172 en el que se expresa que comete este delito «el que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto».

En el tipo objetivo, la acción consiste en impedir con violencia a otra persona hacer lo que la ley no prohíbe o compelerla, igualmente con violencia, a realizar lo que no quiera.

El empleo de la violencia constituye el núcleo de esta figura delictiva. Y la jurisprudencia de esta Sala se ha inclinado por la admisión de la intimidación personal e incluso la violencia a través de las cosas siempre que de alguna forma afecte a la libertad de obrar o a la capacidad de actuar del sujeto pasivo impidiéndole hacer lo que la ley no prohíbe o compeliéndole a hacer lo que no quiere. Así se dice en la Sentencia de 21 de mayo de 1997 que los actos de violencia en las cosas pueden repercutir en la libertad de las personas para el pacífico disfrute de sus derechos sin necesidad de amenazas ni de agresiones que constituirán actos punibles de otro tipo diferente.

Y el tipo subjetivo debe abarcar no sólo el empleo de la fuerza o violencia que doblegue la voluntad ajena, sino que es preciso también que ésta sea la intención del sujeto activo, dirigida a restringir de algún modo la libertad ajena para someterla a los deseos o criterios propios.

Estos elementos concurren en el caso enjuiciado. Existió, junto a la intimidación que supuso el porte de un punzón en la mano, una fuerza sobre las cosas, consistente en pinchar las ruedas del camión, logrando el acusado su finalidad de doblegar la

voluntad del conductor para que dejara de trabajar, afectando a su libertad y capacidad de actuar, con suficiente gravedad para que pueda subsumirse en el delito de coacciones previsto en el artículo 172 del Código Penal.

Respecto al segundo suceso que recoge el relato de hechos probados, acaecido con relación a un camión que se encontraba abasteciendo de gasoil a una comunidad de propietarios, no se aprecia la presencia de los requisitos que se dejan expresados para construir el delito contra los derechos de los trabajadores previsto en el artículo 315.3 del Código Penal ya que adolecería igualmente de la misma ausencia del requisito de actuar en grupo o individualmente de acuerdo con otros, y tampoco podrían afirmarse los demás elementos objetivos del delito. En todo caso, al haberse acusado de un solo delito contra los derechos de los trabajadores, no sería posible entrar en la existencia de un segundo delito de coacciones al impedirle el principio acusatorio y tampoco sería factible sostener la continuidad delictiva cuando los bienes afectados son eminentemente personales como sucede con la libertad y no estar incluido en los supuestos exceptuados previstos en el apartado 3.º del artículo 74 del Código Penal. Por igual imposición del principio acusatorio no puede hacerse pronunciamiento sobre la comisión de infracciones constitutivas de falta.

Con este alcance, el motivo debe ser parcialmente estimado.

(Sentencia de 11 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 325

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. Acción típica: acotación de «provocar» y «realizar». Delito de peligro concreto

Quinto.—(...) La acusación se dirigió contra Francisco A. V. por poseer un vertedero de residuos orgánicos, contraviniendo la legislación protectora, pero la Audiencia Provincial señala que el acusado era arrendatario de la finca y no le daba el destino de vertedero, no estando en posesión de los permisos o autorizaciones correspondientes porque no era esa la actividad que ejercía. Se destinaban por el acusado a su aprovechamiento para el negocio de jardinería.

La Sala *a quo* estima que el artículo 347 bis (del CP 1973, art. 325 del CP 1995) es una norma penal en blanco que debe llenarse con remisión a la legislación procedente, pero esta legislación contiene una profusa normativa. Según el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas se concentran en la explotación o tenencia de un vertedero de residuos orgánicos, cuya actividad no se desarrollaba en el terreno.

El Ministerio Fiscal parte de que tales vertidos se hicieron en un terreno en que tenía la posesión material, como arrendatario el acusado y que los aprovechaba en su interés para su negocio de jardinería y que no adoptó las medidas precautorias, siendo la única persona que podía hacerlo en su condición de garante.

La conducta típica del artículo 347 bis (325 CP 1995) se centra en provocar o realizar directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, en el suelo o las aguas terrestres o marítimas que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles, contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente. Los dos verbos nucleares son los de provocar o realizar y no deben estimarse idénticos —semánticamente tampoco lo son— y empleados como recurso estilístico del legislador. Debe darse razón al Ministerio Fiscal en que provocar es equivalente a originar, facilitar o promover, pero entonces resultaría igual o parejo a realizar. Por ello debe reputarse, que provocar puede comprender en su dife-

rencia con realizar, la de mantener tales emisiones o vertidos, mucho más cuando la interpretación contextual da pie para ello al entender que ello puede hacerse directa o indirectamente y no sólo en el sentido subjetivo o personal, sino en el objetivo, finalista o direccional.

Así resulta, que la dicción utilizada en el precepto «provocare o realizare directa o indirectamente emisiones o vertidos» pretende abarcar toda acción humana que determine o un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto.

La conducta, pese a la forma activa de las locuciones verbales descritas, alcanza sin duda a la comisión por omisión, cuando el sujeto deja, tolera, permite en suma, que se produzca un vertido y no pone los medios para impedirlo.

El poseedor inmediato del terreno, con título legal de arrendatario, es el acusado, que tiene potestad y facultades para retirar los apilamientos y para alejarlos de tal proximidad al bosque, pero mantiene dicha situación en su provecho, pues los utiliza en su actividad o negocio de jardinería.

El argumento, casi *ad hominem*, del Ministerio Fiscal resulta irreprochable y esta Sala lo tiene que acoger. Desde la perspectiva del Tribunal de instancia, bastaría con que dos personas se pusieran de acuerdo, una para realizar emisiones o vertidos en el suelo y otra que se aprovechara del terreno y de ellos, con tal de que el nombre o la actividad de la primera no se descubriera o quedaran difusos, para dejar una actividad ilícita y criminal al margen de la ley y con una escandalosa impunidad.

Pretender que al arrendatario y poseedor inmediato de la finca no le era aplicable la normativa administrativa al respecto, por no explotar —¿acaso no lo utilizaba para su negocio de jardinería?— o tener a su disposición —¿a disposición de quién estaba?— el vertedero de residuos orgánicos, no resulta razonable.

Para la existencia y explotación directa o indirecta de dicho vertedero se exige una licencia municipal de Actividades Clasificadas de acuerdo con el Reglamento de 30 de noviembre de 1961, a efectos de la fiscalización administrativa, pero el acusado no consta que solicitare nunca tal autorización inexcusable.

Especial mención merece la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, sobre desechos y residuos sólidos, cuyo artículo 5.2 estima los vertederos actividad molesta, insalubre, nociva o peligrosa, requerida de licencia y en otro caso será reputado clandestino y ello no resulta tan sólo del artículo 5.4 de dicha Normativa Administrativa, sino del propio artículo 347 bis que se refiere a la industria que funcionare clandestinamente y sin haber obtenido la preceptiva autorización.

A estos efectos la doctrina de esta Sala ha recogido al efecto, en cuanto a la Sentencia de 11 de marzo de 1992, que «Ciertamente es antecedente obligado del artículo 347 bis del Código Penal el artículo 45 de la Constitución Española que según la doctrina ha optado por un concepto de medio ambiente moderadamente antropocéntrico en cuanto primariamente se adecua al “desarrollo de la persona” y se relaciona con la “calidad de vida” a través de la “utilización racional de todos los recursos naturales” y se añade como parte integrante del mismo la defensa y restauración del medio ambiente. Por otra parte, al abarcar la protección a todos los recursos naturales, es claro que se refiere al agua, al aire y al suelo, no sólo aisladamente considerados, sino en su conjunto, formando el ecosistema.

Cierto que el Derecho penal a virtud del principio de intervención mínima actúa de forma accesoria y subsidiaria del Derecho administrativo más en una materia como ésta tan sujeta a una compleja protección de este ordenamiento, lo que supone la previa infracción de normas administrativas antes de dar paso a la sanción penal que, por otra parte, supone atentados medio ambientales de cierta gravedad.

Son justamente tales parámetros los que recoge el artículo 347 del Código Penal, cuyo tipo básico, definido en el párrafo primero, partiendo como elemento normativo

de la infracción de las leyes o reglamentos protectores del medio, se centra, como verbos del tipo, en “provocar” o “realizar” directa o indirectamente emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestre o marítimas. Hasta ahora estamos tan sólo ante un delito de mera actividad, pero esto no basta. Tales emisiones o vertidos han de poner en peligro grave la salud de las personas o perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. El delito ha devenido así en un delito de peligro concreto para la salud pública, de perjuicios también para la vida animal o vegetal. Si el peligro o el posible perjuicio se actualizan estaremos ya ante delitos de lesión que se castigarán separadamente, en tanto que el delito de riesgo tiene un alcance colectivo y el de lesión o resultado un alcance individual o específico (daños, lesiones, etc.).

Ahora bien, tanto el peligro como el posible perjuicio han de ser graves. En sentido semántico grave es aquello que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas. Ello implica un juicio de valor y, por lo mismo, es eminentemente circunstancial. Pero en el caso de que tratamos, para que no quede todo en pura apreciación subjetiva con lo que ello tiene siempre de inseguridad jurídica, habrá que acudir como puntos de referencia a los propios parámetros del tipo. Por de pronto hay que descartar los aspectos más agudos del elemento normativo, o si los actos de agresión al medio ambiente originan un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico, puesto que ambos supuestos exceden del tipo básico para constituir subtipos agravados. Entonces para encontrar el tipo medio de gravedad al que se refiere el párrafo primero del artículo 347 bis del Código Penal, habrá que acudir a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas (incluida la calidad de vida por exigencia constitucional) como las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que incluyen, por tanto, la gea, la fauna, y la flora puestas en peligro, forman las dos que pueden actuarse tanto por emisiones como por inmisiones (vertidos)».

En idéntico sentido se pronunció la de 26 de septiembre de 1994, que en su fundamento jurídico cuarto señaló: «Como se apuntó precedentemente, el referido artículo 347 bis del Código punitivo vigente, incluye en sus párrafos 2.º y 3.º dos figuras agravadas que, con la mayoría del sector doctrinal imperante en la materia y escasa doctrina de esta Sala, muy bien podemos enmarcar como agravación por “incumplimiento de obligaciones administrativas” (las del párrafo 2.º) y por creación de “un riesgo de especial deterioro” (las del párrafo 3.º), recogándose en el primer grupo, que es el que interesa en el supuesto cuestionado, las acciones “cualificantes” y que son: “la clandestinidad”, es decir, el funcionamiento de la industria sin haber pedido u obtenido la debida autorización, aprobación o licencia que se prevé en las distintas normas ambientales que regulan la materia; “la desobediencia” a órdenes expresas de la Administración, relativas a suspensión de actividades o a la corrección de las mismas por razones de contaminación; a la aportación de “información falsa” sobre aspectos ambientales de la industria o, en fin, por “obstruccionismo” a la actividad inspectora de la Administración. Agravaciones que, en régimen “alternativo”, por su “especialidad”, deberán prevalecer sobre otros tipos penales, previstos en el Código Penal, que pudieran concurrir, así, *ad exemplum*, desobediencia (artículos 237 y 570.5 y 570.6), mientras que otros, como las falsedades documentales del artículo 303, podrían ocasionar no ya un concurso de normas, sino de delitos, a resolver conforme a lo previsto en el artículo 71 del Código Penal reiterado».

Ambas resoluciones estimaron la agravante de «clandestinidad» industrial a la actividad carente de licencia municipal, pese a haberse solicitado. Mucho más habrá de reputarse aquí, que la ocultación llega a no solicitar y operar con tales vertidos.

Concorre asimismo en la conducta del acusado el conocimiento del peligro grave que ello suponía por hallarse en una zona forestal a tan sólo dos o tres metros de la zona boscosa, por lo que no se respetaba la zona de seguridad y sin adoptar las medidas precautorias de aireación y humidificación para evitar la subida térmica del vertedero. La distancia la proclama otra normativa administrativa, cual es el art. 25 j) del Reglamento de Incendios Forestales de 23 de diciembre de 1972 que obliga a aislar de vientos y a un mínimo de quinientos metros (y no dos o tres como en este caso) del arbolado, si se hallaren en zona forestal y dotados de muros o zanjas cortafuegos.

(Sentencia de 27 de enero de 1999)

Delito de peligro concreto: Elementos típicos: elemento subjetivo del injusto

Primero.—(...) El tipo delictivo del artículo 325 del CP (anterior art. 347 bis) viene configurado por la concurrencia de una acción típica de carácter positivo, consistente en un hacer de «provocar» o «realizar». La acción positiva de «provocar» o «realizar» se proyecta, «directa o indirectamente» sobre una variedad de conductas que se especifican en el Texto Legal como son «emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos».

Otro elemento del tipo exige que la acción positiva de realizar o provocar una o varias de aquellas conductas concretas, ha de efectuarse «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente», debiéndose significar que la inclusión de este elemento propio de los llamados tipos penales en blanco, ha suscitado una cierta controversia doctrinal sobre el alcance que debe otorgarse a la expresión «disposiciones de carácter general». Por lo demás, el precepto exige también que la conducta típica se lleve a cabo en alguno de los lugares que señala el precepto.

A todo lo cual debe agregarse el elemento subjetivo que informa la conducta desarrollada por el sujeto activo, cuestión ésta que se encuentra vinculada a la naturaleza jurídica del injusto, y que en el presente caso adquiere relevancia capital. «Se trata de una infracción de mera actividad que, mediante las actividades que se describen —que han de poner en peligro grave la salud de las personas o el mundo animal o natural que se indica— devienen en un delito de peligro concreto» (STS de 26 de septiembre de 1994). En definitiva, estaremos ante un delito de peligro concreto y grave que viene generado casualmente por la conducta del agente y cuya producción debe estar comprendida por la consciencia y la voluntad de éste. Este conocimiento y voluntad del riesgo originado por la acción es lo que configura el elemento subjetivo del delito en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto, al dolo directo o eventual según el nivel de representación de la certeza o probabilidad del resultado de la conducta ejecutada y de la decisión de no desistir de ella a pesar de las perspectivas previstas por la mente del sujeto.

No es necesario llegar al análisis del elemento subjetivo del injusto para rechazar el reproche del recurrente, según el cual, la conducta del acusado que describe el *factum* de la Sentencia (aun complementado con los datos referentes al «proceso único» necesario para la extracción de unas y otras sales, según los documentos señalados por aquél —Planes de Labores—) es constitutiva del delito previsto en el artículo 325 CP. Antes de llegar al estadio del dolo requerido por esta figura delictiva, surge con toda claridad la manifiesta ausencia en el caso considerado del requisito de que la acción del agente haya producido de manera efectiva un riesgo grave y concreto para los bienes jurídicos protegidos por el precepto. Los datos que con carácter fáctico figuran en la sentencia recurrida son suficientemente elocuentes al respecto al establecer que «no consta que se produjera daño, ni riesgo de daño, en base al informe ratificado y ampliado en el acto del

juicio, emitido por el señor C. C., ingeniero de Montes de la Consejería de Agricultura...», extendiéndose seguidamente en el análisis valorativo de la pericia practicada al efecto. Debe significarse al respecto que la ausencia de tan imprescindible elemento configurador del tipo delictivo imputado, no ha sido combatida por el recurrente por el cauce del artículo 849.2.º LECrim, pues el documento que aquél señala como «Planes de Labores» no alude a esta cuestión, y el de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo antes mencionada no sólo no constituye una prueba documental apta para demostrar error de hecho en la apreciación de la prueba —como ha quedado dicho—, sino que, además, las referencias que cita el recurrente de aquélla aluden a riesgos difusos y ambiguos, y no concretos, específicos y determinados como los que requiere el tipo; a lo que debe añadirse que, en todo caso, el Tribunal juzgador habría dispuesto de otros elementos de prueba —cual la pericial que se comenta— de sentido contradictorio de aquélla por lo que, en ningún caso podría prosperar el reproche del pretendido error en la valoración de las pruebas, ni, consecuentemente, la denuncia de infracción de ley por no haber sido calificados los hechos como constitutivos de un ilícito penal que, por las razones expuestas, no ha tenido lugar, tal y como, por otra parte, subraya el Ministerio Fiscal en sus alegaciones al recurso.

(Sentencia de 19 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 334

Delitos relativos a la protección de la fauna. Exigencia de catalogación como especie amenazada (peligro de extinción, sensible a la alteración de su hábitat o vulnerable), no como simple «de interés especial»

Segundo.—El precepto penal sanciona al que cace especies amenazadas... contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre... que son la ya citada Ley 4/1989 y el RD 439/1990 que la desarrolla y establece el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas, en cuyo Anexo II figura catalogado el «pico picapinos» como perteneciente a una especie de «interés especial», que es una de las cuatro categorías en que el artículo 29 de la ley clasifica a las especies, subespecies o poblaciones a que alcanza el ámbito de la misma. Además de la categoría de «interés especial», la ley establece estas otras: *a*) en peligro de extinción, reservada para aquellas especies cuya supervivencia es poco probable si los factores causales de su actual situación siguen actuando; *b*) sensibles a la alteración de su hábitat, especies cuyo hábitat característico está particularmente amenazado, en grave regresión, fraccionado o muy limitado; *c*) vulnerables, referida a aquellas que corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores en un futuro inmediato si los factores adversos que actúan sobre ellas no son corregidos; y *d*), la ya citada de interés especial, en la que se podrán incluir las que, sin estar contempladas en ninguna de las precedentes, sean merecedoras de una atención particular en función de su valor científico, ecológico, cultural, o por su singularidad.

Fácilmente se advierte que las tres primeras categorías reseñadas afectan a especies sobre las que se cierne un peligro o amenaza, bien de extinción [art. 29 *a*)], bien de su hábitat [art. 29 *b*)], o bien porque por su vulnerabilidad corren el riesgo de pasar a las categorías anteriores [art. 29 *c*)]. En cambio, las clasificadas de «interés especial», por definición, no pertenecen a ninguna de aquellas que se encuentran amenazadas, y si se encuentran catalogadas no es por razón de riesgo, sino como explícitamente aclara la norma, «por su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad». Este análisis es el que ha llevado a la doctrina científica que se ha ocu-

pado del estudio del artículo 334 CP a sostener que sólo cabe incluir en el tipo penal como objeto del delito a las especies que figuren en el catálogo de las amenazadas y que, además, se encuentren material y efectivamente amenazadas. Éste ha sido también el criterio asumido por el Tribunal *a quo* que es compartido por esta Sala Segunda.

El ave muerta por el acusado está clasificada como de «interés especial» en el catálogo que regula el RD 439/1990, que es un registro público de carácter administrativo. Pero, según lo anteriormente argumentado, ninguna constancia existe de que el «pico picapinos» se encuentre catalogado en el tan repetido catálogo por razones que no sean las contempladas por la ley de su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad, y tampoco de que se trate de una especie amenazada como ocurre con las otras tres categorías legalmente previstas. Entiende esta Sala que la mera inclusión formal en un determinado catálogo no es suficiente para declarar conformado el ilícito penal si no concurre la debida constatación de que el animal de que se trate forma parte de una especie efectiva y objetivamente amenazada. De lo contrario, como con algunas gotas de sorna destaca la doctrina, nos encontraríamos con que cazar algún ejemplar de las cinco especies de sapos, diez especies de lagartijas, nueve de culebras, veintiuno de murciélagos o cinco de ranas, serían constitutivos de un delito sancionable con hasta dos años de prisión.

(Sentencia de 19 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 364.1.º

Administración de clembuterol a ganado destinado a consumo humano: delito de peligro abstracto. Aplicación del llamado principio de precaución previsto en el ordenamiento comunitario

Segundo.—Los motivos tercero y cuarto tienen, a pesar del distinto apoyo legal que en ellos se invoca, una materia común, pues, ambos se refieren a la tipicidad de la conducta. En primer término alega la defensa la inaplicabilidad del artículo 364.1 CP, pues dicha disposición «requiere que la conducta sancionada sea susceptible de crear un riesgo o peligro concreto, no siendo suficiente para la aparición (sic) del delito la mera realización de la conducta descrita». Sostiene el recurrente que el tipo penal requiere que las acciones «generen riesgo para la salud de las personas», citando jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del Código Penal de 1995. No obstante reconoce que «la norma cuya aplicación se considera indebida es un precepto penal de reciente inclusión en nuestra normativa penal, sin antecedentes en anteriores normas punitivas y sobre la que, salvo error, no existen precedentes jurisprudenciales».

El motivo tercero se basa en el artículo 24.2 CE, aunque, en realidad, no es sino la reiteración, desde el punto de vista de la realización de la acción, de los argumentos de la tipicidad, pues se sostiene que ninguna de las acciones realizadas por los recurrentes se subsumen bajo el tipo del artículo 364 CP. En particular este punto de vista se apoya en la tesis sostenida por el perito don Miguel T. M., que sostuvo que las cantidades de clembuterol halladas en los análisis no alcanza al 0,04 mg/día y en la consideración de que la sustancia está «autorizada con efectos terapéuticos» en dosis que no han sido superadas en este caso.

Ambos motivos deben ser desestimados.

a) El artículo 364 CP establece de una manera clara que la conducta peligrosa que en la primera alternativa típica consiste en «administrar a los animales cuyas car-

nes o productos se destinan al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas». Se trata, como se ve, de un supuesto de peligro abstracto, dado que lo incriminado es la realización de una acción que, por sí misma, es peligrosa, toda vez que el clenbuterol es una sustancia prohibida por el RD 1262/1989, de 20 de octubre. El artículo 364 CP es en este punto una ley penal en blanco referida a las normas que no permiten la administración de determinadas sustancias, precisamente por su carácter perjudicial para la salud humana.

La circunstancia de que el clenbuterol esté autorizado en dosis terapéuticas no tiene en este caso ninguna relevancia, dado que en el supuesto que juzgamos se deberían dar los presupuestos de una causa de justificación (RD 1373/1997, art. 3) que, en el caso, no concurren. En efecto, sería necesario que se hubiera acreditado la necesidad terapéutica de la administración de la sustancia, cosa que el hecho probado ha excluido: la Audiencia, por el contrario, ha comprobado que tales fines terapéuticos no existían, porque desaparecieron súbitamente después de las primeras inspecciones y porque los inculpados carecían de la receta veterinaria establecida por los artículos 80 y 82 del RD 109/1995, de 27 de enero.

En suma: los acusados administraron al ganado destinado al consumo humano una sustancia no autorizada, que genera riesgo para la salud de las personas.

En la STS 1397/1999, esta Sala ya sostuvo que es suficiente con la comprobación de un peligro hipotético y que, en consecuencia, «la perfección (del delito) se alcanza por el mero hecho de administrar a los animales destinados al consumo humano esas sustancias que hipotéticamente generan riesgo para la salud de las personas».

Esta interpretación del artículo 364.1.º CP tiene su fundamento, ante todo, en el texto de dicha disposición, dado que la ley distingue entre administrar sustancias no permitidas y hacerlo en dosis superiores. Por lo tanto, no es el exceso en la dosis lo único que se prohíbe, pues si así fuera, en el texto del artículo 364.1.º CP se superpondrían dos de las tres alternativas típicas de la acción.

La decisión en favor de la interpretación que aquí se propone tiene también un adecuado fundamento teleológico, dado que la protección a la salud pública constituye una de las materias de política social especialmente reguladas en el TCEE (Título XIII), en el que el artículo 152.1 (de los Tratados consolidados; antiguo artículo 129), establece que «se garantizará un alto nivel de protección de la salud pública». El Tribunal de Justicia de la CEE ha elaborado una jurisprudencia comunitaria de la que es preciso extraer conclusiones también para la interpretación del derecho interno en esta materia. En efecto, en su reciente Sentencia de 5-5-1998 («Reino Unido/Comisión», C-180/1996) el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto la posibilidad de aplicar en materia alimentaria el llamado principio de precaución, que el TCEE prevé expresamente en el artículo 174 (tratados consolidados, antiguo art. 130R) en relación al medio ambiente. En dicho precedente el Tribunal de Justicia ha señalado que las medidas legislativas (en sentido amplio) en esta materia pueden ser fundamentadas en criterios de precaución, según los que aun «cuando subsista una incertidumbre respecto de la existencia y la importancia de los riesgos para la salud de las personas, las instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar que la realidad y la gravedad de los riesgos estén plenamente demostrados» (núm. 100).

b) Dicho lo anterior se presenta una segunda cuestión concerniente a si la cantidad comprobada es suficiente para generar el riesgo propio del delito. La Audiencia ha considerado los puntos de vista de los peritos oficiales y del perito de parte inclinándose por el de los primeros, en razón de la prohibición reglamentaria total del clenbuterol. Este punto de vista es correcto atendiendo al carácter de delito de peligro abstracto del tipo que hemos expuesto en el apartado a): lo decisivo es el carácter peligroso de la sustancia administrada y no el peligro real creado con ella para la salud

pública. Pero, sin perjuicio de ello, lo cierto es que el problema planteado tiene una notoria similitud con la cuestión referente a si el veneno –contemplado como una circunstancia del asesinato en el artículo 406 CP/1973– requería conceptualmente que la cantidad administrada fuera mortal. Esta problemática fue tratada en la STS 1094/1977, de 5 de noviembre, a propósito de un hecho en el que la autora había dado a la víctima una cantidad de veneno inocua para producirle la muerte. En dicha Sentencia se citan antiguos precedentes de esta Sala de 21-11-1876, 26-11-1879, 7-11-1890 y 9-12-1895 en los que se sostuvo una tesis negativa y asimismo, otros de 29-7-1874, 16-4-1877, 11-8-1925, 2-10-1931, 1-2-1943 y 15-1-1947 en los que se estimó que la dosis no letal de veneno no excluía la exigencia típica del mismo en el asesinato. *Mutatis mutandis*, es decir, teniendo en consideración que el tipo del artículo 364 CP es un delito de peligro abstracto que, por lo tanto, no requiere la producción de ningún resultado, el criterio de la STS 1094/1977, es aplicable a estos casos. En consecuencia, parece obvio que el peligro abstracto no puede depender del peligro concreto generado, sino de la realización de la acción peligrosa en sí misma.

(Sentencia de 6 de noviembre de 1999)

ARTÍCULO 368

Tráfico de drogas. MDA y MDMA: Sustancias que causan grave daño; irrelevancia como error de tipo del desconocimiento de este criterio jurisprudencial

Tercero.–(.) A este respecto, la doctrina de esta Sala Segunda (véanse, entre otras las SSTS de 21 de febrero y 18 de marzo de 1997), establece que el tráfico ilícito de drogas de diseño como la MDA constituye la acción típica del delito, significándose que el MDA es más tóxico y potente que el MDMA, pues sus derivados presentan propiedades comunes a las anfetaminas y al alucinógeno mexcalina.

Por último, hemos de recordar la STS de 21 de noviembre de 1995, que, al abordar una supuesta infracción del principio de legalidad por condenar por la tenencia de unas pastillas que contenían como principio activo metilendioxietilamfetamina (MDEA) que, según el entonces recurrente, no se encontraba en las Listas del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971, esta Sala rechazaba la censura «porque en noviembre de 1994, cuando ocurrieron los hechos de autos, sí estaba tal sustancia (MDEA) incluida en la Lista I del Convenio de Viena de 1971 sobre sustancias psicotrópicas, como lo acredita el contenido de la Orden Ministerial española de 19 de octubre de 1990, publicada en el BOE del 29 de dicho mes y año en sus páginas 31830 y siguientes, concretamente la sustancia de autos es la 2.ª de las 3 que aparece en tal disposición administrativa, N-etil MDA o MDE, de fórmula (+)-N-etil-alfa-metil-3,4 (metilenedioxi) fenetilamina».

Cuarto.–El último motivo de este recurso se formula también por la vía procesal del artículo 849.1.º LECrim, y en él se censura la inaplicación por el Tribunal *a quo* del artículo 6 bis a) CP de 1973. Sostiene el recurrente que en el acusado concurría error de tipo, concretamente sobre que las drogas que le fueron intervenidas son de las que causan grave daño a la salud, dado que el acusado «no tenía posibilidad de conocer la orientación de la jurisprudencia» sobre la nocividad de las anfetaminas, que se estableció definitivamente en la STS de 1 de junio de 1994. El motivo debe ser rechazado.

En primer término, porque como insistentemente se ha dejado dicho por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, la alegación de existencia de error esencial, tiene que estar seriamente fundada y demostrada para que sea eficaz, no

siendo suficiente el mero y simple alegato, sino que se hace necesaria la acreditación de los elementos precisos de los que pueda deducirse la realidad del error invocado que, por otra parte, deberán estar incluidos en el *factum* de la sentencia, pues de otro modo se trataría de una alegación meramente retórica y huérfana de todo sustento objetivo que la avale. En nuestro caso, la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada no recoge ningún elemento que permita ni siquiera considerar la concurrencia de ninguna clase de error, y por ello, y por el absoluto respeto al relato histórico que exige el cauce procesal elegido, se hace del todo inviable la aceptación del motivo.

En segundo lugar, y con independencia de lo expuesto, esta Sala no puede admitir el error que se dice padecido sobre que el acusado desconociera que los productos anfetamínicos con los que traficaba fueran susceptibles de perjudicar gravemente a la salud de los consumidores. En el mundo de la droga es de notorio conocimiento que sólo las «drogas blandas», causan a la salud de las personas unos daños limitados, pero que todo lo que no sea el hachís y los derivados del cáñamo índico (heroína, cocaína, anfetaminas, psicótrpos, drogas de diseño...) ocasionan nocivos efectos, y no puede admitirse que el acusado, activo narcotraficante, desconociera esta realidad a no ser que lo hubiera demostrado, lo que, como hemos visto, no ha hecho. Por lo demás, resulta irrelevante que aquél estuviera o no al tanto de la jurisprudencia de esta Sala respecto a las sustancias con componente MDMA o MDA y su calificación como drogas gravemente perjudiciales, porque, como decía la STS de 21 de noviembre de 1995, «para la exigencia de responsabilidad penal no es necesario que el reo conozca que la sustancia se halla incluida en alguna de las Listas del Convenio de Viena correspondiente. Si así fuera, sólo podría delinquir quien tuviera estos particulares conocimientos, sólo concurrentes ordinariamente en personas que, por su profesión, jurídica o técnica, tienen relación con esta clase de materias...».

En todo caso, todavía resta un argumento para rechazar el motivo, que no es otro que el del dolo eventual trasladado al ámbito del error de tipo que analizamos, porque es de todo punto inasumible que el acusado, en posesión de casi tres mil comprimidos del derivado anfetamínico MDA dispuestos para su distribución, no hubiera previsto la contingencia de que los destinatarios de los mismos, o algunos de ellos, sufrieran graves perturbaciones en la salud que su consumo provoca, y que, a pesar de tal real probabilidad persistiera en su actuación ilícita. En este sentido, la STS de 11 de septiembre de 1996 recoge la de 28 de marzo de 1994 en la que se afirma que tanto el error de tipo como el error de prohibición «son estados de la mente que directamente afectan a la responsabilidad criminal en distinta medida, según que la motivación sea creencia errónea vencible o invencible», que «el error ha de demostrarse indubitada y palpablemente, bien entendido que cuando la ilicitud del acto sea evidente, el amparo legal no puede sostenerse ni defenderse... a no ser que el supuesto error esté probado, prueba que sólo a quien lo alega incumbe». Y finaliza la STS primeramente citada recordando que esta Sala Segunda «ha admitido reiteradamente la virtualidad del dolo eventual en el campo del delito sanitario (SSTS de 14 de diciembre de 1985, 10 de abril de 1986, 20 de noviembre de 1990, 23 de septiembre de 1993 y 16 de marzo y 30 de junio de 1994, entre otras)».

(Sentencia de 27 de enero de 1999)

La no ocupación de la droga en poder del acusado no es obstáculo para la existencia del delito; dolo eventual en el error de la edad del comprador

Cuarto.—(...) En el caso ya enjuiciado y traído ahora a la censura casacional por el recurso del acusado, ciertamente no fue encontrada droga en su poder. Mas la no ocu-

pación en poder del acusado o acusados no supone obstáculo para apreciar la existencia del delito. La Sentencia 26/1997, de 21 de enero, incardina la actividad de cobrar el precio convenido a los compradores de la droga que se acercaban al encausado en la autoría del núm. 1.º del artículo 14 del Código Penal de 1973 –hoy artículo 28– que conceptúa autores materiales de un hecho punible a quienes concurren en su realización (en este caso venta de estupefacientes) con actos directos conducentes a su consumación, como son los que desarrolló el recurrente.

La no ocupación de sustancias en poder de los acusados –dice la Sentencia 28/1997, de 22 de enero no es obstáculo para apreciar la existencia de la conducta delictiva cuando existen declaraciones de los testigos que el recurrente les suministraba hachís.

La actividad de vender las sustancias prohibidas se ha estimado incardinada siempre en la tipicidad del artículo 344 (hoy 368) –ver por todas, Sentencias de 19 y 25 de mayo, 26 y 27 de junio de 1981, 1 y 4 de febrero, 25 de abril, 22 de junio, 6 de julio, 20 de septiembre, 11 de noviembre y 3 de diciembre de 1983, 20 de marzo, 7 de junio y 20 de septiembre de 1984, 28 de enero, 31 de mayo, 18 de octubre y 6 de diciembre de 1985, 14 de marzo, 22 de mayo y 28 de noviembre de 1986, 28 de mayo y 21 de julio de 1987, 22 de febrero, 27 de junio y 15 de julio de 1988, 28 de enero, 3 de febrero y 16 de octubre de 1989... y un largo etcétera.

En cuanto a la facilitación a un menor que el *factum* describe, la Sentencia de 5 de noviembre de 1986 señaló que cuando el traficante vende droga a quienes por su juventud pueden encontrarse en la línea fronteriza entre la mayoría y minoría de edad, asume el riesgo de difundir la droga entre menores e incurre en la modalidad agravada, utilizando el dolo eventual en el error de la edad del comprador –Sentencia de 5 de abril de 1993–. En cualquier caso, el Tribunal de instancia ha declarado con carácter de dato fáctico en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia, que el acusado conocía la minoridad de uno de los compradores y ha tomado en cuenta el aspecto del adquirente un año y medio después de los hechos y que revela su minoridad y además que no se trataba de un comprador ocasional, sino amigo del acusado y que compartían ambos, amigos y ocios comunes. Esta Sala ante tal utilización de datos indiciarios y del impecable razonamiento tiene que estimar acreditado que se suministró hachís conociendo su minoridad.

(Sentencia de 2 de febrero de 1999)

Consumación del delito de tráfico de drogas: infracción de resultado cortado: intentar introducir droga en centro penitenciario, siendo sorprendidos por los funcionarios del mismo

Tercero.–Como dice la Sentencia de 5 de diciembre de 1994, el delito contra la salud pública, como fiel exponente de una figura de riesgo o de peligro abstracto, se consume por la ejecución de cualesquiera de las conductas especificadas en el precepto sin necesidad de resultados lesivos concretos y muy especialmente sin necesidad de que se haya llevado a efecto la transmisión del alucinógeno. Se trata de infracciones de resultado cortado en las que basta un tráfico potencial, pues el tráfico real se sitúa más allá de la propia consumación (Sentencias de 26 de septiembre y 23 de febrero de 1994, 5 de julio, 14 de mayo, 4 de marzo y 19 de febrero de 1993). La punibilidad nace de la mera disponibilidad de la droga o del hecho de quedar ésta sometida a la voluntad del destinatario a través del artículo 438 del Código Civil cuando reconoce el denominado dominio funcional si los objetos están «sujetos a la acción de nuestra voluntad», aunque no haya existido tráfico ni posesión, siempre que

la preordenación al tráfico fuere patente, habida cuenta en último caso que la entrega de la cosa ofrece plurales formas muchas veces simbólica. Por consiguiente cualquier actividad tendente a promover, favorecer o facilitar, plasmada de manera concreta, supone la conclusión del delito que por ser de mera actividad se consuma anticipadamente.

Lo que realmente ha querido el legislador ha sido remarcar los dos momentos fundamentales de todo el círculo económico que va ínsito en la comercialización de la droga. De un lado, la producción agrícola o industrial (cultivo o elaboración), de otro la distribución a medio de múltiples maneras que van desde la transmisión por cualquier título o causa, como actividad ya exteriorizada *erga omnes*, hasta la mera posesión para tal fin, como proyecto ideado con intención de consumir la transmisión de la droga en general, lo que lejos de ser un acto preparatorio o impune, entra igualmente en la descripción legal. Queda así reflejada la característica más esencial, diríamos que diferenciadora, de estas infracciones como delitos que son de consumación anticipada.

Cualquier acto pues de tráfico, en sentido amplio (desde el cultivo a la donación al tercero), es suficiente para el delito. Es el tráfico en sentido vulgar, lo que significa incluir en su definición incluso los actos aislados, fuera del concepto estricto de la comercialización o de la mercantilización, siempre y cuando se favorezca, promueva o facilite el consumo ilegal que se persigue (Sentencias de 29 y 3 de mayo de 1991).

(Sentencia de 3 de febrero de 1999)

Delito provocado: delimitación conceptual; inaplicable a policías que compran droga a tercero que se la ofrece

Primero.—La teoría del delito provocado como enervador de efectos condenatorios está suficiente y reiteradamente consolidada en la doctrina de esta Sala Segunda que es la única que, al margen de la presunción de inocencia, puede y debe en legalidad ordinaria señalar los presupuestos, los requisitos, el ámbito y los efectos de tan controvertida figura jurídica (ver, entre las más recientes, las Sentencias de 13 de julio y 20 de enero de 1995, 11 de mayo de 1994, 22 de diciembre, 3 de noviembre, 14 de junio, 22 y 18 de mayo de 1993, 22 de diciembre, 17 de noviembre y 10 de julio de 1992).

Por delito provocado se entiende aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las Fuerzas de Seguridad que, deseando la detención de sospechosos, incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal en supuesto concreto, delito que de no ser por tal provocación no se hubiere producido aunque de otro lado su compleja ejecución resulte prácticamente imposible por la prevista intervención *ab initio* de la fuerza policial.

Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado democrático y de Derecho y desde luego desconoce el principio de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la Constitución. Mas ha de diferenciarse esta figura de lo que se denomina «actuación de agente provocador».

Una cosa es el delito provocado que ha de ser enérgicamente rechazado porque, no existiendo culpabilidad ni habiendo tipicidad propiamente dicha, se llega a la lógica conclusión de que el sujeto no hubiera actuado de la manera que lo hizo si no hubiere sido por la provocación previa y eficaz del agente incitador. La impunidad es entonces

absoluta. No hay dolo criminal independiente y autónomo, como tampoco hay verdadera infracción penal, sólo el esbozo de un delito imposible.

Es distinta la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento de delitos ya cometidos, generalmente de tracto sucesivo como suelen ser los de tráfico de drogas, porque en tales casos los agentes no buscan la comisión del delito sino los medios, las formas o los canales por los que ese tráfico ilícito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas.

En el primer caso no se da en los acusados una soberana y libre decisión para cometer el delito. En el segundo supuesto la decisión criminal es libre y nace espontáneamente. La proposición en este supuesto parte del autor y sujeto activo del delito de que se trate, aunque lo haga en la creencia errónea de que otras personas estarían en disposición también de cometerlos de una u otra forma.

Segundo.—Tal doctrina (ver además, las Sentencias de 3 de marzo de 1998, 21 de enero de 1997, 14 de noviembre y 13 de febrero de 1996) sirve ahora para aclarar el supuesto enjuiciado ya que de todas formas se trataría aquí de quien está cometiendo el delito contra la salud pública del artículo 368 del Código Penal, porque en la vía pública se está dedicando a la venta de papelinas de cocaína y heroína. Las características del tipo penal, como delito de resultado cortado o de consumación anticipada, evidencian que la intervención de quienes son policías como supuestos o posibles adquirentes de la droga, no implica la provocación de un delito inexistente hasta ese momento, sino la aportación en todo caso de pruebas que ayudan a probar una infracción precedente.

Mas si se examina el relato histórico de la Audiencia se observa que, como hecho probado, no se dice ni siquiera que los Agentes de la Autoridad preconcebidamente se hubieran prestado a esa intervención probatoria, en tanto que ese *factum* únicamente nos indica que el acusado «ofreció en venta» tres papelinas a aquellos como podía habérselas ofrecido a otras personas distintas.

(Sentencia de 3 de febrero de 1999)

Donación a consumidores: entrega por familiar o allegado de pequeña cantidad para ayudar a la deshabitación o impedir el síndrome de abstinencia versus entrega entre amigos para consumo compartido

Primero.—En el caso de ahora el lacónico relato fáctico de la instancia, lacónico y escueto, habla de la entrega de dos envoltorios conteniendo, cada uno, 194 miligramos netos de heroína, acetilcodeína y monoacetilmorfina. En un caso para compartir el consumo tanto la acusada como el receptor, sin indicarse a cambio ninguna contraprestación económica. En otro el *factum* es aún más impreciso porque únicamente se dice que la acusada recibió, del receptor de la mercancía, encargo para que se la comprara. Plantéase así, una vez más, el problema de la donación entre adictos y consumidores de droga, en tanto que en algunos supuestos no existe tipicidad alguna, según la más reciente doctrina jurisprudencial.

No se trata, pues, del supuesto en el que el familiar o persona allegada suministra la droga gratuitamente a quien es ya drogadicto, con la única idea de ayudarlo en la deshabitación o para impedir los riesgos de un posible síndrome de abstinencia. De tal tema ya se trató, entre otras, en las Sentencias de 20 de julio de 1998 y 16 de septiembre de 1996. Conforme a las cuales, en los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabitación, o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia ori-

gina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o los verbos contenidos en el artículo 344 del Código (hoy 368).

En esos casos falta evidentemente el sustrato de antijuridicidad, pues no existe entonces posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia del peligro más arriba dicho. No obstante la excepcionalidad que esta tesis representa obliga a señalar las exigencias necesarias: a) que no se produzca difusión de la droga respecto de terceros; b) que no exista contraprestación alguna como consecuencia de esa donación; c) que esta donación lo sea para un consumo más o menos inmediato, a presencia o no de quien hace la entrega; d) que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al donatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia, ya que ha de tratarse siempre de un drogodependiente; y e) que se trate igualmente de cantidades mínimas, aunque en estos topes cuantitativos no quepa establecer reglas rígidas que puedan degenerar en soluciones o agravios totalmente injustos.

Segundo.—Mas, como se ha dicho, se trata ahora de una entrega de droga entre amigos para consumo compartido de pequeñas cantidades entre quienes son adictos al alucinógeno. A este respecto el motivo primero del recurrente, con base en el artículo 849.1 procesal, denuncia la indebida aplicación del antiguo artículo 344 del Código porque se cumplían los requisitos y exigencias acabadas de señalar, independientemente de que también se alega el principio *in dubio pro reo*. En conclusión se recurre porque se considera que la conducta enjuiciada es atípica en tanto ni existe difusión de la droga en estrictos términos penales ni, en consecuencia, riesgo o peligro para la salud.

Es cierto que respecto de la donación del estupefaciente ha variado sustancialmente la doctrina del Tribunal Supremo. Porque la antigua doctrina (ver las Sentencias de 28 de septiembre y 11 de junio de 1992) entendía que la reducción del tráfico ilegal a sólo aquellos supuestos en los que el autor recibiera un precio, carecía de sentido porque éste no constituye una condición esencial del bien jurídico lesionado que ha de protegerse, ni tampoco del reproche jurídico y penal de la conducta, razón por la cual la cesión gratuita de la droga era una de las modalidades del precepto legal.

En cambio, la doctrina ya vigente y unánime establece que la invitación gratuita al consumo es en principio delictiva, pues el bien jurídico protegido se ve afectado cuando se facilita y se favorece el ilícito consumo, sobre todo teniendo en cuenta que el reproche legal nada tiene que ver con el ánimo de lucro. Pero excepcionalmente, sin embargo, el consumo compartido entre adictos a la droga (igual si se trata de adictos que aportan lo necesario para formar un frente común destinado a la adquisición y consumo inmediato del estupefaciente) puede ser impune por la insignificancia penal de tal conducta y porque en estos casos se trata en realidad de una modalidad del autoconsumo no punible, aun a pesar de que fuere uno de los consumidores el donante de la droga (ver entre otras la Sentencia de 28 de marzo de 1995).

Tercero.—Se impone en consecuencia la mayor cautela y prudencia a la hora de enjuiciar estos casos para evitar la impunidad de hechos que claramente conculquen el Código (ver la Sentencia de 22 de diciembre de 1998).

La cautela lleva a la necesidad de remarcar rigurosamente los requisitos necesarios para tan excepcional conclusión, parecidos pero diferentes a los más arriba reseñados en el caso de donación entre parientes.

Estos son los siguientes, según la Sentencia de 31 de marzo de 1998): 1.º Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo y habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 344 del antiguo Código Penal ante un acto tan patente de promoción o favoreci-

miento. A esta exigencia hacen referencia Sentencias tales como las de 25 de junio de 1993, 3 de marzo, 3 de junio y 25 de noviembre de 1994, 27 de enero y 3 de marzo de 1995. 2.º El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo. Aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a «lugar cerrado» es frecuente en la jurisprudencia, así Sentencias de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995. 3.º La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser «insignificante» (ver Sentencias de 25 de junio y 10 de noviembre de 1993, 21 de noviembre de 1994 y 28 de noviembre de 1995). 4.º La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes (ver Sentencia de 3 de marzo de 1995), como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social. 5.º Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales. 6.º Ha de tratarse de un consumo «inmediato» de las sustancias adquiridas. Al «consumo normal e inmediato» alude la jurisprudencia en las Sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995.

Es por lo expuesto por lo que el motivo se ha de estimar, lo que hace innecesario tratar del segundo motivo que por el mismo cauce procesal del artículo 849.1, denunciaba la inaplicación indebida de artículo 8.1 en relación con el artículo 9 del mismo Código de 1973. Es decir se habla de la eximente completa y de la atenuante muy calificada, al estimarse que la acusada padecía, cuando los hechos, síndrome de abstinencia, circunstancia que por cierto en ningún caso aparece en los hechos probados asumidos por los Jueces de la Audiencia.

Y se ha de estimar el primer motivo porque, quíerase que no, concurren los requisitos antes expuestos, siquiera en el segundo supuesto del *factum* es más confuso el supuesto porque se refiere a un caso en el que, al parecer, la acusada actuó de intermediaria en una compra de droga. Pero el supuesto es tan lacónico y tan inexpresivo que se hace difícil, con base en el mismo, llegar a la importante condena acogida en el fallo aquí impugnado.

Por otra parte no se trata en este segundo supuesto de la actuación de un auténtico intermediario. Es cierto que como entre otras dice la Sentencia de 24 de marzo de 1995, todas las actividades de intermediación en el tráfico son conductas facilitadoras del consumo de drogas, incluso la compra de las mismas por encargo, y por tanto punibles. Pero también lo es que, en el contexto de un relato tan impreciso, el ambiente y las circunstancias concurrentes cuando los hechos acaecieron (que este Tribunal puede conocer tras examinar las actuaciones con la autorización que proclama el artículo 899 procedimental) no permiten afirmar, fuera de toda duda racional, que se hubiera dado una actividad de verdadera intermediación.

Mas, sobre todo, es el relato el que lleva al *in dubio pro reo*, como principio, ya alegado en la instancia, en virtud del cual debe absolverse cuando no sea dable subscribir el hecho probado en el pertinente artículo penal.

(Sentencia de 3 de febrero de 1999)

Donación a consumidores: conductas típicas y atípicas

Segundo.—En primer lugar, hemos de decir que los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida no reproducen los supuestos, rigurosamente excepcionales, en que la donación de una pequeña cantidad de droga ha sido considerada atípica por la doctrina jurisprudencial en razón de la inexistencia de riesgo para la salud

pública. Estos supuestos son básicamente dos: los casos en que un familiar o persona allegada al adicto le proporciona pequeñas dosis de droga con la exclusiva y altruista finalidad de ayudarlo a la deshabituación –aunque es evidente que no es ésa la mejor manera de ayudarlo– o impedir las alteraciones propias de un síndrome de abstinencia, siempre en condiciones tales que no se cree peligro de difusión entre terceros –SS. entre otras, de 12-12-1994 y 12-1-1995– y aquellos otros en que dos o más adictos aportan lo necesario para formar un fondo común destinado a la adquisición y consumo inmediato de la droga, casos que se han considerado equiparables al del autoconsumo no punible puesto que en ellos se confunden los papeles de consumidor y donante –SS. entre otras, de 28-3-1995 y 23-5-1995–. Ninguno de estos dos supuestos, como hemos dicho, aparece reflejado en el *factum* de la sentencia recurrida que nos describe, pura y simplemente, un acto de donación de cocaína a una persona adicta al consumo del citado estupefaciente; una donación, debe añadirse, en cantidad no determinada –la bolsa intervenida por la Guardia Civil cuando la acusada intentaba transmitir la cocaína al donatario, de parte del donante, contenía 4,920 gramos de dicha sustancia con una pureza del 43 por 100– realizada en la calle y para que el adicto la consumiese en otro lugar naturalmente, lo que no eliminaba la posibilidad de una cierta difusión. Se trata, pues, de un hecho típico y subsumible en el artículo 368 CP toda vez que la ausencia de contraprestación no convierte la transmisión de la droga en un acto lícito –S. de 26-12-1996– ni lo es tampoco –S. de 14-10-1994– la entrega de la misma, desinteresada o no, al que la necesita más o menos imperiosamente por ser adicto. En la ocasión de autos, el acusado salió de su casa portando una cantidad indeterminada de cocaína de la que consumió parte en los diversos establecimientos en que estuvo durante la noche, accediendo, ya en la mañana del día siguiente, a invitar a un amigo que se lo pidió, sirviéndose para ello de la acusada que fue sorprendida cuando, en la vía pública, manipulaba en la bolsa que el primero le había entregado. En modo alguno dicha conducta puede ser considerada consumo compartido sino simple acto favorecedor del consumo ajeno, ciertamente en pequeña cantidad y referido a una persona dependiente del producto que recibió, pero tales circunstancias no pueden impedir, habida cuenta del carácter gravemente perjudicial de la co-caína y de ser el acusado reincidente en este delito, que su acción sea reputada típica y que la pena que le ha sido impuesta sea la mínima legalmente posible.

(Sentencia de 19 de febrero de 1999)

El Rohipnol es sustancia que no causa grave daño a la salud

Segundo.–(...) El Rohipnol, es una sustancia médica llamada flunitrazepam, con eficacia terapéutica beneficiosa, que como otras benzodiacepinas, permite reducir las manifestaciones psicósomáticas de la angustia y ansiedad. Sólo un uso abusivo de dicho fármaco, puede resultar nocivo para quien lo consume. Un uso ordinario no tiene otro efecto que el de producir adicción, parecido al que produce la nicotina. El abuso, dependerá ya del propio comportamiento de quien lo consume, y no debe ser atribuible al sujeto que lo vende o lo entrega. La cualidad, pues, de gravemente dañosa para la salud, debe deducirse de los efectos que necesariamente produce la sustancia, y no del modo o manera, en que el receptor de ella decida consumirla. En todo caso, la entrega de una cantidad moderada, y así lo es en el caso que se examina, era insuficiente para un consumo abusivo, que es lo que produce efectos nocivos para la salud.

Este criterio es el mantenido por el Pleno de esta Sala de 23 de marzo de 1998, para unificar las posturas divergentes de la jurisprudencia, y el seguido ya por las recientes Sentencias de 27 de abril y 4 noviembre de 1998. Dicha resolución ahon-

dando en lo expuesto, afirma que: La literatura mundial apenas sí recoge casos de fallecimientos tras la ingesta o administración por cualquier vía de benzodiazepinas, si bien es frecuente encontrarlas asociadas a muertes en las que se produjo una ingesta de otros fármacos depresores del sistema nervioso central. En el caso del flunitrazepam existe la posibilidad de muerte debido a la ingesta de flunitrazepam solo, no acompañado de otras sustancias, estando descrito un fallecimiento con una dosis de 28 mg equivalente a catorce comprimidos.

Habitualmente no se producen efectos cardiovasculares ni respiratorios graves, a menos que se haya ingerido concomitantemente alcohol o fármacos depresores centrales (antidepresivos, neurolépticos, barbitúricos, etc.).

Los síntomas asociados al consumo crónico de benzodiazepinas son, hasta cierto punto, parecidos a los que pueden presentarse en idénticas circunstancias con los barbitúricos o el alcohol etílico, aunque existen ciertas diferencias que los individualizan. Así se ha podido comprobar un ligero efecto euforizante que no suele aparecer con el abuso de barbitúricos o etanol. La dependencia que provocan las benzodiazepinas es, sin embargo, parecida a la que produce la nicotina.

En un estudio comparativo entre pacientes dependientes a las benzodiazepinas y un grupo de pacientes con síntomas de ansiedad aguda, se comprobó que no existía diferencia significativa en los tests de función psicomotora entre los dos grupos, pero que los dependientes presentaban, sin embargo, una mayor sensación de tranquilidad.

Puede, pues, llegarse a la conclusión de que el fármaco Rohipnol, consumido en la fórmula autorizada por las autoridades sanitarias es un psicotrópico, que no causa grave daño a la salud.

(Sentencia de 25 de febrero de 1999)

Desembarco de droga que no llega a producirse por intervención policial: delito consumado para quien transporta la droga en la barca y tentado para quienes esperan en la playa para realizar un desembarco que no se produce

Quinto.—En el motivo 2.º del recurso de C. (el 1.º fue renunciado) y en el 4.º de los formulados por Práxedes, Salvador y Alfonso, también por la vía del núm. 1.º del artículo 849 LECrim, se alega que para ellos cuatro el delito no debió considerarse consumado, sino sólo en grado de tentativa con aplicación de lo dispuesto en los artículos 3 y 52 CP/1973. Sobre esta materia ya hay una abundante jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 14-11-1984, 4-2-1985, 3-6-1986, 27-2-1990, 4-6-1990, 27-6-1991, 16-10-1991, 21-10-1993, 23-11-1994, 27-2-1995, y 4-11-1997, entre otras), cuyo contenido exponemos a continuación.

Dada la forma (consumación anticipada) en que se encuentran definidas las conductas de los artículos 344CP/1973 y 368 CP/1995, es difícil que puedan existir formas imperfectas de ejecución.

No obstante, en los casos en que se castiga por la tenencia de la droga con ánimo de destinarla al consumo ajeno, es posible que, antes de iniciarse esa tenencia, en todo el período de tiempo que transcurre desde que se acuerda la adquisición de la droga hasta la entrega de la misma, pueden existir conductas de estos adquirentes respecto de los cuales haya de entenderse que el delito no se ha consumado.

Si sólo ha habido un acuerdo para la transmisión de la mercancía ilícita sin iniciarse la ejecución de la actividad destinada a la toma de posesión, puede haber responsabilidad penal por conspiración, como ocurrió en el caso de la citada STS de 14 de noviembre de 1984.

Si ya hubiera comenzado la ejecución por medio de actos dirigidos a la mencionada adquisición, a través de una actividad unívoca y próxima que habría de conducir a la tenencia de la droga de continuar hasta su final sin interrupción, nos hallaríamos ante una tentativa inacabada, por ejemplo cuando ya se ha iniciado el traslado de los adquirentes al lugar donde la droga habría de entregarse y ello no se consuma porque la Policía detiene a los vendedores de la mercancía que así queda ocupada.

Y si toda esa ejecución se hubiera terminado y, pese a ello, la posesión no hubiera llegado a adquirirse, nos encontraríamos ante un caso de frustración del Código anterior o de tentativa acabada en el nuevo.

La consumación se produciría en el momento en que ya se tiene la posesión de la cosa de modo pacífico, es decir, con una posibilidad de disposición de la misma. Por ejemplo, la citada STS de 4 de noviembre de 1997 consideró frustrado el delito en un caso de droga controlada por la Policía (entrega vigilada del art. 263 bis LECrim) cuando ya la destinataria del paquete postal la había recogido de la oficina de Correos e inmediatamente después fue detenida por los agentes que allí se encontraban.

Son varias las resoluciones de esta Sala que han apreciado la tentativa en los casos en que ya se había concertado la operación e iniciado el traslado al lugar donde habría de realizarse la entrega: SS. 4-2-1985, 3-6-1986, 27-2-1990, 4-6-1990, 27-6-1991, 16-10-1991 y 23-11-1994.

Hay una en concreto, la de 27-2-1995, que contempla un caso muy semejante al presente, espera en una playa de una embarcación con droga, en el que se aprecia tentativa.

A la vista de tal jurisprudencia, en un caso como el que aquí examinamos en el que las personas, que iban a ayudar al desembarco de las mercancía y ya se encontraban en las proximidades del lugar donde luego llegó la barca que esperaban con 527 kilogramos de hachís, al ver a la Policía intentaron huir sin ni siquiera haber iniciado la referida maniobra de desembarco, hemos de entender que la ejecución se había iniciado y que ya estaba cerca el momento de la consumación cuando fue interrumpida. Es decir, hubo una tentativa casi acabada, lo que aconseja bajar un grado y no dos la pena señalada en el artículo 344, conforme a lo previsto en el 52 en relación con el 3, todos del CP anterior.

Sin que esta apreciación pueda beneficiar al otro condenado Francisco R., pues éste ya había consumado la actividad delictiva por la que fue condenado: había transportado (y, por consiguiente, había tenido en su poder, aunque fuera destinada a que otros la comercializaran) en su barca el hachís hasta su llegada a la playa donde la Policía lo aprehendió.

En estos hechos de tracto sucesivo, aunque todos se refieran a un mismo alijo de droga, pueden existir delitos diversos, cada uno con su propia dinámica y la consiguiente responsabilidad penal individualizada. Por ello han de ser castigados como autores de delitos distintos los directores y jefes máximos de la operación (véase el art. 370 CP/1995 y art. 344 bis b CP/1973), los mandos intermedios de la organización y los meros subalternos, así como quienes, sin pertenecer a la organización, participaron con actividades concretas contratadas para el caso de que se trate, como ocurrió aquí, por un lado, con Francisco R. que intervino como transportista de la droga con la barca de su propiedad –delito consumado– y, por otro lado, con la actividad concertada con los otros cuatro que iban a ayudar a la descarga de la mercancía sin que pudieran comenzar esa operación –tentativa.

(Sentencia de 3 de marzo de 1999)

Cantidad necesaria para delimitar cuando la droga es para el autoconsumo y cuando para el tráfico: reglas de aproximación debiendo tenerse presente las circunstancias personales de cada caso

Primero.—El problema traído ahora a colación por el Fiscal, como parte recurrente en contra de la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial, se refiere al supuesto en que el consumidor habitual, en este caso de cocaína, puede poseer legítimamente una cantidad determinada de droga para su propio consumo, sin que se considere entonces que tal detentación estuviera destinada al tráfico con terceros. En relación con ello se encuentra el problema de los límites cuantitativos, en cierto modo también cualitativos, del estupefaciente poseído, para juzgar a partir del momento en que se puede inferir, en un racional juicio de valor, que la cantidad detentada lo es para el tráfico, según los hábitos de cada uno, según la frecuencia del consumo y, finalmente, según las ansias y las necesidades que alrededor del poseedor se producen.

Con lo dicho se está proclamando la dificultad de establecer criterios generales. Con lo dicho se está proclamando la posibilidad de agravios comparativos a la hora de juzgar los casos concretos. Como se dirá más adelante.

Segundo.—Efectivamente, y como recuerda el Ministerio Fiscal, la fijación de límites cuantitativos que sirvan para fundamentar el juicio de valor sobre la intención del acusado en orden a distinguir la tenencia para el consumo, la tenencia delictiva para traficar o la tenencia delictiva de notoria importancia, la fijación de tales límites, se repite, es una cuestión ciertamente irritante por los agravios comparativos que pueden originarse si se hace caso omiso de los supuestos de caso concreto (ver Sentencias de 5 de octubre de 1993, 15 de octubre de 1992 y 12 de junio de 1991). Siendo ello no obstante necesario para orientar la justa inferencia de los Jueces, se ha hablado, en cuanto a la cocaína, de unos ocho gramos como cantidad que en término medio podría estimarse propia para el consumo durante tres o cinco días. Siempre serán reglas discutibles, sólo orientativas.

Eso dice la Sentencia de 17 de enero de 1997. La abundante doctrina de esta Sala refuerza no solamente la peculiaridad de cada caso sino también el peligro de establecer unas reglas estáticas, rígidas e inamovibles.

Tercero.—Hemos pues de insistir en ello. La cantidad cualificadora de la notoriedad o, simplemente, de la posesión o disponibilidad para el tráfico a terceros, supone establecer reglas de dudosa eficacia si se quieren implantar de modo genérico. Cuando se está juzgando a quienes son a la vez consumidores, el problema adquiere mayor dificultad a la hora de discernir lo que es cantidad para el consumo de aquella otra que al tráfico se destina. La fijación de cantidades rígidas generará siempre irritantes desigualdades cuando no evidentes injusticias. Siempre serán conceptos necesariamente indeterminados porque la distinta potencia farmacodinámica de los estupefacientes en general, cuya relación nunca podría ser taxativa ni exhaustiva, obligaría a la Ley Penal a un contenido muy prolijo y también complejo, sin olvidar que, en el supuesto de traficante y consumidor, las necesidades de cada individuo/a son distintas en orden a lo que su organismo precisa para satisfacer la drogodependencia a la que está sujeto (ver la Sentencia de 19 de febrero de 1993).

Son «reglas por aproximación» las que servirán para cada supuesto de caso concreto. Tales apreciaciones (Sentencia de 5 de octubre de 1990) pertenecen a la libre valoración de los Jueces según el razonamiento indiciario que lógicamente, por las vías del artículo 1253 del Código Civil, conduce a la formación de lo que debe ser siempre un justo equilibrio judicial, sin quebranto alguno del principio de legalidad.

Cuarto.—No se olvide que nos movemos, subjetivamente, en el área de lo volitivo, intelectual o anímico a la hora de juzgar sobre los hábitos personales o sobre la drogodependencia. De ahí, insistimos, el peligro de las conclusiones inamovibles.

Piénsese sobre todo en que las posibilidades económicas del consumidor y las posibilidades de conservación de la droga sin detrimento de su calidad pueden dar lugar a juicios distintos que nunca serían por ello contradictorios.

Es cierto que algunas resoluciones de esta Sala (ver las Sentencias de 5 de octubre y 30 de abril de 1993, 7 de octubre de 1992 y 4 de mayo de 1990) hablaron de cantidades y días concretos. Se dijo así que podía admitirse la guarda de droga para el autoconsumo durante un período de tres a cinco días, como podía hablarse, dentro de la relatividad de la cuestión, de unos ocho gramos de cocaína como cantidad máxima a guardar para ese consumo en ese período de tiempo.

El problema es difícil. Ahora se trata de poco más de veintiséis gramos de cocaína, con una pureza media del 70 por 100, poseída para el autoconsumo de los dos acusados absueltos, los cuales son consumidores habituales en los fines de semana, en la ciudad en la que pacífica y laboralmente conviven, ciudad tan alejada de la capital del Estado como para justificar el viaje realizado a ésta para hacer acopio del alucinógeno. De otro lado no existen indicios de clase alguna que de alguna manera señalen cualquier clase de actividad delictiva, en el mundo de la droga, por parte de los acusados.

La resolución de la cuestión debatida estaría en el análisis del razonamiento llevado a cabo por los jueces de la Audiencia que vieron y oyeron lo que otros ojos y oídos no van a percibir después. Ese razonamiento, lógico, racional, completo y sensato, lleva a una conclusión absolutoria que, en base a lo expuesto y atendiendo al supuesto de caso concreto, lejos de la rigidez y de la inmovilidad, este Tribunal no considera justo su rectificación.

(Sentencia de 26 de marzo de 1999)

Delito provocado: concepto. Diferencias con conductas de descubrimiento del delito

Primero.—En el primer motivo del recurso interpuesto por la representación procesal de Enrique G. N., que está residenciado en el artículo 5.4 LOPJ, se denuncia una vulneración del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 CE, por haber sido obtenidas ilegítimamente las pruebas en las que se ha basado su condena toda vez que el delito, según se alega en este motivo de impugnación, fue provocado por la actuación de la Policía. El delito provocado es aquel que llega a realizarse como consecuencia de la inducción engañosa, generalmente de miembros de la Policía, que hace nacer el propósito de perpetrar la infracción en quien anteriormente no lo abrigaba, originando así un comportamiento aparentemente criminal que de otra forma no hubiese tenido realidad y que, en rigor, no llega a tenerla porque, estando controlada la operación en todo su desarrollo por quien la ha puesto en marcha, el delito es desde un principio de imposible comisión. Tal forma de proceder, se ha dicho reiteradas veces por la jurisprudencia de esta Sala —véase, por todas, la Sentencia de 13-2-1996— desconoce los principios del Estado democrático de Derecho y lesiona tanto el principio de legalidad consagrado por el artículo 25.2 CE como el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que garantiza el artículo 9.3 de la misma Norma. El delito provocado, pues, no debe ser punible, pero no exactamente porque en su descubrimiento se haya utilizado pruebas ilegítimas, sino porque es delito sólo en apariencia. Una cosa, sin embargo, es el delito provocado, en el que no existe culpabilidad y sólo cabe apreciar una sombra de tipicidad, por lo que la acción

que lo sustenta debe quedar impune, y otra muy distinta –aunque el deslinde entre ambas plantee a veces problemas de no fácil solución– es la conducta encaminada al descubrimiento de delitos ya cometidos, o que se están cometiendo por ser de tracto sucesivo, porque en estos casos los agentes buscan sólo las pruebas de un delito del que tienen sospechas y en cuyo desenvolvimiento pretenden irrumpir para impedir que se continúe cometiendo. En este segundo supuesto, la actuación de la Policía no tiene la finalidad de «inventar» un delito para incorporar su falso descubrimiento a la lista de sus éxitos profesionales, sino la de descubrir un delito real y romper el tracto de su comisión, forma de proceder de todo punto legítima de la que, lógicamente, no puede pretenderse derivar la impunidad de la infracción descubierta e interrumpida. Si en un caso como el que ahora se somete a nuestra censura, en que se realizó una acción de apariencia inequívocamente típica, cual es la posesión y el ofrecimiento en venta de una importante cantidad de cocaína, pretende el autor que su acción fue producto exclusivo de la provocación de otro u otros, debe probar que así aconteció en efecto puesto que la provocación alegada sería, en su caso, un hecho impeditivo. Así como a la acusación incumbe la prueba del hecho punible y de la participación en el mismo del acusado, a éste corresponde probar los hechos con los que aspira a desvirtuar, por ejemplo, el significado antijurídico de los que la acusación ha probado, como sería en el caso presente la inducción falaz de los agentes de la Policía. La defensa de este recurrente alegó ante el Tribunal de instancia la existencia de indicios en los que se basó para sostener que el delito que se imputaba a su defendido había sido provocado por la Policía. En el acto del juicio oral se celebró una amplia prueba testifical que versó, entre otros extremos, sobre la forma como actuaron los agentes de la Policía en el seguimiento de la operación investigada hasta la detención de Enrique G. N. y la intervención en su poder de la droga que, sin lugar a dudas, se proponía vender. El Tribunal vio y oyó tanto a los procesados como a los funcionarios y pudo ponderar la credibilidad que merecían las declaraciones de unos y otros. La presunta provocación, en consecuencia, como hecho impeditivo que es, fue objeto de prueba y debate a cuyo término el Tribunal obtuvo una convicción sobre la misma que expresó y razonó en la sentencia recurrida. Dicha convicción, que fue la contraria a la pretendida por la defensa, no puede ser combatida ante esta Sala por la sencilla razón de que nosotros no hemos presenciado, con la imprescindible inmediatez, la práctica de la prueba en la que aquella convicción se asentó. Lo único que se nos puede pedir, en el limitado contexto de este recurso, es que analicemos el razonamiento que llevó al Tribunal de instancia a rechazar que los indicios alegados por la defensa constituyesen, en verdad, una prueba de que la acción de este recurrente fue sólo el producto de una provocación policial. Sobre dicho punto hemos de decir que el razonamiento, al que el Tribunal dedica buena parte del fundamento jurídico primero de su resolución, no es ilógico ni arbitrario. Hemos de concluir, por ende, que no estamos en condiciones de rectificar la afirmación con que concluye dicho fundamento jurídico, a cuyo tenor «no existe prueba alguna que permita afirmar o de la que se pueda deducir inequívocamente que existió delito provocado sino, por contra, una satisfactoria y correcta actuación de los agentes de la Autoridad». Todo lo cual conduce necesariamente a la desestimación de este primer motivo.

(Sentencia de 16 de abril de 1999)

Delito provocado: delimitación frente a simple supuesto de investigación policial

Primero.–(...) El examen de las actuaciones revela que las diligencias policiales se inician por denuncia de un comprador de sustancia tóxica que pone en conocimiento

de la Policía un acto de tráfico realizado por dos personas. Las sucesivas investigaciones conducen, primero a dos personas y a la hoy recurrente, quien suministraba a los otros dos sustancia tóxica por dinero. Se averigua cómo contactaba con los otros acusados y la forma empleada para realizar actos de tráfico. Después de estas investigaciones, que consistieron en vigilancias de domicilios, detenciones y declaraciones, la instrucción policial, como quiera que se desconocía el domicilio de la imputada en el tráfico que hoy recurre, decide llamarla al teléfono móvil que los otros habían participado y requiere de la acusada la entrega de sustancia tóxica para lo que concierta una cita en la que es detenida.

3. No estamos en presencia de lo que jurisprudencialmente ha sido denominado delito provocado. La jurisprudencia de esa Sala (SSTS 27-6-1967, 18-4-1972 y 18-4-1975) lo definió como «el que surge por obra y estímulos de un agente provocador» quien toma la iniciativa a consecuencia de la que el provocado se decide a delinquir. La distinción entre el delito provocado y una intervención policial dirigida a descubrir un delito, se manifiesta en que la actuación policial se realice sobre personas que, en principio, no tenían intención de delinquir o, por el contrario, el descubrimiento de una situación o actividad preexistente y hasta entonces oculta. Así cuando «la intervención policial sólo vino a poner de manifiesto un hecho, cortando su continuidad, de manera que, al producirse tal intervención, el delito ya existía» o cuando «la interferencia de los funcionarios de policía no fue una inicial tentación criminógena, aunque sí de descubrimiento» (STS 18-4-1972), nos encontramos ante una actividad de investigación.

La línea divisoria ante el agente provocador y la investigación de un hecho delictivo radica en la existencia, o no, de una actuación inductora que juegue al margen de la ley procesal penal, o de las actuaciones de persecución que vulneran los límites legales y constitucionales. Mientras en el delito provocado se induce a un tercero a la realización de un delito que de otro modo no realizaría, en la actividad policial dirigida al descubrimiento de un hecho delictivo, el agente policial levanta una situación delictiva preexistente y se persigue un delito ya cometido (cfr. STS 4-3-1992).

«Delito provocado, en términos de la STS 30-9-1998 citando la de 9-10-1987, es sólo aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho criminal, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera simulando primero allanar y desembarazar el *iter criminis*, y obstruyéndolo finalmente, en el momento decisivo, con lo cual se consigue por el provocador no sólo la casi segura detención del incluido, sino la obtención de pruebas que se suponen directas e inequívocas.»

En este breve repaso jurisprudencial destacamos cómo la impunidad del delito provocado se fundamenta tanto en criterios propios de la dogmática penal, ausencia de dolo y, consecuentemente, de tipicidad, como en criterios nacidos del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y de los límites de actuación de los aparatos represivos en un Estado democrático.

4. La dedicación a una ilícita actividad, concretamente al tráfico de drogas, por la acusada que hoy recurre, existió con anterioridad a la actuación policial y era objeto de investigación. Así se conocía su actividad, hubo una denuncia, unos seguimientos y unas declaraciones con un sentido indudable de cargo dirigido a la acreditación de una conducta típica. El hecho de llamar al número de teléfono para concertar una entrega de droga y proceder a la detención, no supuso al nacimiento en la acusada de una voluntad de delinquir traficando con sustancias tóxicas, sino que permitió, una vez

investigada la existencia de una actividad delictiva, su detención y la localización de su domicilio.

(Sentencia de 13 de mayo de 1999)

Requisitos para atipicidad de donación a consumidores. Constituye en todo caso delito la actuación de una madre que intenta introducir pequeña cantidad de droga para sus hijos que están en prisión: ni el consumo se produce ante quien es donante y consumidor ni menos aún consta que no haya difusión de droga a otros internos

Segundo.—La doctrina que a continuación se consigna es de aplicación al supuesto de ahora, aunque en este caso no se trate exactamente de una donación para evitar un mal en la persona del donatario. Es verdad, sin embargo, que la expresión del *factum* recurrido en el sentido de que los destinatarios de la heroína la precisaban para su consumo, deja la puerta abierta para toda suerte de consideraciones.

La cuestión que aquí se plantea, con las matizaciones dichas, gira alrededor de la donación desinteresada, desde el punto de vista económico, realizada en favor de un drogadicto por sus allegados, con una loable finalidad de ayuda humanitaria en su favor. En tal problema la doctrina de la Sala Segunda ha venido acogiendo un supuesto de excepción a la regla general que conforma la amplia autoría acogida en el artículo 368 del vigente Código. El bien jurídico protegido por dicho precepto es la salud pública como bien colectivo, razón por la cual se sancionan los distintos supuestos que el mismo reseña en cuanto a la difusión del consumo ilegal de las drogas en general, por promoción, por favorecimiento o por facilitación, porque así se hace frente a un peligro común. Ello quiere decir, según la última corriente jurisprudencial, que no se afecta al bien jurídico protegido, es decir, la salud colectiva, cuando el riesgo o peligro a la salud de terceros no concurre.

Pero la cuestión, eminentemente de técnica jurídica, requiere determinadas puntualizaciones. De un lado es necesario distinguir entre la donación o entrega desinteresada de droga sin participar en su posterior consumo, que sería el supuesto de ahora, de aquella otra donación que se hace para compartir de algún modo su posterior y también inmediato consumo (ver la Sentencia de 25 de mayo de 1993). Ambas posibilidades son distintas aún con numerosas connotaciones comunes. Ambas han originado distintas resoluciones judiciales de esta Sala Segunda.

De otra parte, en referencia sólo al primero de los aspectos indicados, tampoco es unánime el criterio jurisprudencial. La entrega del estupefaciente, la droga tóxica o la sustancia psicotrópica, según la Sentencia de 16 de marzo de 1995, aun sin contraprestación, es delito porque una reducción de la figura penal sólo a aquellos casos en los que el autor percibiera un precio carecería de sentido si éste no es una condición esencial de la lesión del bien jurídico ni del reproche jurídico penal de la conducta.

Pero concretando más la cuestión y pormenorizando al detalle el debate, fuera pues de ese planteamiento genérico, otras resoluciones (ver las Sentencias de 14 de octubre y 23 de junio de 1994) afirman categóricamente que la entrega de sustancias de esa naturaleza a persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la presida, incluso la de ayudarla para calmar su estado de carencia, constituye el ilícito penal definido en el Código en cuanto denota una conducta favorecedora del consumo, pues no se auxilia a quien vive momentos de anormalidad por drogadicción, aunque sean previos al síndrome de abstinencia, haciéndole entrega de la droga, sino sometiéndola al correspondiente tratamiento médico, ya que lo primero representa un

aumento de la drogodependencia, un aumento del consumo ilegal y un aumento del deterioro de la personalidad de aquel a quien se quiere ayudar.

Tercero.—Mas el criterio contrario, como dice la Sentencia de 16 de septiembre de 1996, proclive a la admisión de los supuestos excepcionales al principio referidos, es manifiestamente mayoritario (Sentencias de 28 de marzo de 1995, 20 y 12 de septiembre, 17 de junio y 27 de mayo de 1994 y 27 y 16 de septiembre de 1993, entre otras). La Sala Segunda ha evolucionado en esta cuestión por la obligación legal que a la casación corresponde para perfeccionar conceptos, amoldándolos a la evolución de la doctrina y a las ideas que el sentido lógico y la Justicia más eficaz y efectiva imponen.

La terminología utilizada en la postura adversa a la doctrina de la Audiencia no se ajusta a la realidad a pesar de su encomiable construcción jurídica. Porque el supuesto concreto en el que el toxicómano se ve inmerso, pronto para la explosión mental que el síndrome de abstinencia representa, no se soluciona de inmediato con tratamientos médicos ni, por el contrario, se agrava la dependencia porque se busquen remedios urgentes e inmediatos. Otra cosa es que agotada esta vía excepcional, facilitando un «consumo curativo o paliativo del mal», no se aborden después los medios que la medicina ofrece al respecto.

En consecuencia, en los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabitación, o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o los verbos contenidos en el artículo 344 del Código.

En esos casos falta evidentemente el sustrato de antijuridicidad, pues no existe entonces posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia de peligro más arriba dicha. No obstante la excepcionalidad que esta tesis representa obliga a señalar las exigencias necesarias: *a)* que no se produzca difusión de la droga respecto de terceros; *b)* que no exista contraprestación alguna como consecuencia de esa donación; *c)* que esta donación lo sea para un consumo más o menos inmediato, a presencia o no de quien hace la entrega; *d)* que se persiga únicamente una finalidad altruista y humanitaria para defender al donatario de las consecuencias del síndrome de abstinencia, ya que ha de tratarse siempre de un drogodependiente; y *e)* que se trate igualmente de cantidades mínimas, aunque en estos topes cuantitativos no quepa establecer reglas rígidas que puedan degenerar en soluciones o agravios totalmente injustos.

Cuarto.—El presente supuesto se presta al análisis, ciertamente peculiar, del caso concreto. En primer lugar es de indicar, dentro de la atenuante asumida por la instancia, que la Audiencia impuso el mínimo de la mitad inferior de la pena privativa de libertad, de acuerdo con los artículos 368 y 66.2 del Código Penal, soslayando la gravedad que el subtipo penal del artículo 369.1 de igual Ley pudiera haber representado, si se tiene en cuenta que la infracción se materializó en el Departamento de comunicaciones y paquetes, del Centro Penitenciario que se indica.

Hecha tal matización, y aun reconociendo se trata de situaciones límite, resulta altamente difícil aplicar a este supuesto de ahora la tesis exculpatoria proclamada en la doctrina precedente. Los presuntos destinatarios se sabía habían sido condenados precisamente por traficar con droga, como se sabía, según el dictamen pericial, que con la heroína intervenida cabrían hacerse veintitrés dosis. Si a ello se une la ausencia de datos concretos que, desde la excepcionalidad, acrediten los datos o requisitos fácticos necesarios para llegar a la eliminación de la antijuridicidad, fácil es colegir la responsabilidad del acusado. Los datos propios para asumir la tesis condenatoria están

suficientemente acreditados, en tanto que, de contrario, sólo las suposiciones o presunciones atrevidas podrían en su caso justificar una conducta que, por lo probado, está lejos de las exigencias exculpatorias indicadas.

El motivo se ha de desestimar. Se trata de una conclusión difícil pero aquí necesaria. Los matices y peculiaridades del supuesto de caso concreto, tan sutiles pero significativas, son ciertamente elocuentes.

No estamos hablando de una donación, sin contraprestación económica, entre un grupo, para compartir su consumo (ver la Sentencia de 28 de marzo de 1995). De entre los requisitos que la doctrina de esta Sala declara precisos para estimar impune la donación hecha con el fin de facilitar el consumo de un grupo determinado de personas, figuran dos exigencias ahora no concurrentes. Ni el consumo se produce a presencia de quien a su vez es donante y consumidor, ni menos aún consta que no haya difusión de la droga entre algún sector de público. Razones que evidencian, desde esta segunda perspectiva, la razón del criterio condenatorio asumido por los Jueces de la Audiencia.

(Sentencia de 14 de mayo de 1999)

Reducido ámbito de la complicidad en delitos de tráfico de droga: quien guarda la droga tiene consideración de autor

Segundo.—Se alega en el segundo motivo casacional, al amparo del artículo 849.1 LECrim, la inaplicación del artículo 29 CP, entendiendo que la actividad desarrollada —guardar la droga del otro acusado— se describe como de carácter auxiliar.

Existe, en el caso, no sólo el acuerdo previo o *pactum scaeleris* entre los coacusados, sino asimismo la propia posesión o tenencia de la droga, en cuanto a la disponibilidad para la entrega, aunque se realice en ejecución de lo previamente acordado. La posesión del recurrente se patentiza y proclama al tener en su casa la droga intervenida, con el propósito de efectuar su entrega al otro de los partícipes para su posterior tráfico y distribución. También habría que adicionar que la acusada poseía el dominio finalista del hecho, sin que quepa duda que con su conducta y actuación voluntaria facilitó el consumo potencial de las drogas intervenidas. Se ha producido, pues, una aportación no reemplazable en el sentido de la moderna dogmática, y ello convierte a la acusada en coautora o cooperadora necesaria —distinción irrelevante a efectos punitivos.

En efecto, una constante jurisprudencia (vid., por todas, S. 28 de febrero de 1998 [RJ 1998\1746]) ha puesto de manifiesto (SS. 18 de septiembre y 24 de junio de 1996 [RJ 1996\4728], entre otras) la dificultad de estimar la figura de la «complicidad» en los delitos de tráfico de drogas, por la amplitud de los términos en que está redactado el artículo 344 CP (cfr. TS 2.ª SS. 24 de junio y 18 de septiembre de 1996), y sólo se ha aplicado en casos de colaboración mínima de «favorecimiento al favorecedor» del tráfico, tales como la mera indicación y el acompañamiento hasta el lugar donde se vendía la droga (cfr. TS 2.ª S. 9 de julio de 1987 [RJ 1987\5301]), pero no cuando existe un previo acuerdo para delinquir, que convierte en autores a todos los concertados para la actividad de tráfico, cualquiera que sea su rol concreto, siempre que su colaboración contribuya, como establece el citado precepto, a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (cfr. TS 2.ª SS. 15 de julio, 8 y 11 de noviembre y 3 de diciembre de 1994 [RJ 1994\6451], RJ 1994\8797, RJ 1994\8915 y RJ 1994\9365] y 16 y 24 de junio de 1995 [RJ 1995\4577 y RJ 1995\4849]).

En el caso, partiendo de la narración fáctica en la que se recoge que la acusada guardaba la sustancia estupefaciente anteriormente mencionada, no puede apreciarse

su participación en la categoría de complicidad y sí en la de autoría, por cuanto «...todos los que se conciertan en una operación de esta naturaleza, cualquiera que sea la actividad desplegada, son autores, esto es, toda persona que colabora en el tráfico —la expresión tiene una proyección amplísima, no coincidente con el afán de lucro—, con conocimiento de dicha conducta, finalísticamente contemplada, se convierte en coautor (cfr. TS 2.ª SS. 9 y 19 de febrero de 1993 [RJ 1993\950 y RJ 1993\1370])» (TS 2.ª S. 13 de julio de 1994).

Por lo expuesto, de conformidad con el artículo 885.1.º y 2.º LECrim, procede acordar la inadmisión del motivo casacional alegado.

(Auto de 19 de mayo de 1999)

Diferencias entre cómplice y cooperador necesario (autor): Es cooperador necesario quien realiza la función esencial de poner en contacto a compradores y vendedores

Primero.—(...) Se defiende en el motivo que el recurrente no es cooperador necesario sino cómplice del delito contra la salud pública que se le imputa al considerar que su intervención fue prescindible.

El motivo no puede ser estimado.

La teoría de la participación en sentido estricto —excluida la autoría— se materializa en dos posibilidades según la importancia de la contribución, de tal manera que se distingue entre la realización de papeles accesorios o secundarios para la realización del hecho típico de aquella otra en que la aportación resulta esencial y necesaria para la ejecución del delito.

Esta Sala viene declarando que la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice como secundaria, accesoria o auxiliar a la acción del autor principal, frente a la condición de necesidad a la producción del resultado del cooperador necesario. Para que esa conducta sea tenida como necesaria se ha acudido a distintas teorías que fundamentan esa diferenciación. De una parte, la de la *conditio sine qua non*, para la que será necesaria la cooperación sin la cual el delito no se habría cometido, es decir, si suprimida mentalmente la aportación del sujeto el resultado no se hubiera producido; la teoría de los bienes escasos, cuando el objeto aportado a la realización del delito es escaso, entendido según las condiciones del lugar y tiempo de la comisión del delito; y la teoría del dominio del hecho, para la que será cooperación necesaria la realizada por una persona que tuvo la posibilidad de impedir la infracción realizada retirando su concurso, si bien un importante sector doctrinal emplaza las situaciones de dominio funcional del hecho dentro del marco de la coautoría.

En la complicidad, por el contrario, se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, pero sin el cual el hecho criminal también era posible (Cfr. Sentencia de 17 de marzo de 1992).

En el supuesto objeto de nuestro examen, ceñido a la situación que se describe en el relato histórico, del que el cauce procesal esgrimido en el motivo no nos permite salir, se aprecia un aporte trascendente, difícilmente reemplazable y, por ende, necesario para la realización de los dos hechos básicos que conforman el delito realizado por el coacusado.

El recurrente se encarga de poner en contacto a los acusados Mateo y Francisco H. D. así como a otros que les acompañaban, que habían llegado a Algeciras procedentes de Barcelona con el propósito de adquirir una importante partida de hachís, con la persona que estaba en condiciones de venderles la sustancia estupefaciente como

así ocurrió, y ese aporte realizado por el recurrente a dicho tráfico de drogas indudablemente resulta trascendente y difícilmente reemplazable, dada la naturaleza de la sustancia y cantidad que pensaban adquirir.

El Tribunal de instancia, razona con acierto, que la conducta desarrollada por el recurrente ha contribuido eficazmente, calificando su cooperación como necesaria, en cuanto además de poner en contacto a compradores con vendedor, como se recoge en el fundamento jurídico decimotercero de la sentencia impugnada, acompaña a los compradores cuando fueron a contactar con el coacusado R. así como durante todo el tiempo en que se desarrolla la operación, participando activamente en las negociaciones con el mencionado R., siendo precisamente en el vehículo del recurrente en el que huyeron algunos de los compradores después de producirse el pago con dinero falso y efectuarse los disparos.

La calificación jurídica realizada por el Tribunal de instancia ha sido correcta y el motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 11 de junio de 1999)

Consumo compartido entre adictos: requisitos para la atipicidad de la conducta

Tercero.—(...) Es cierto que existe una corriente jurisprudencial consolidada —*ad exemplum*, Sentencias de 2 de noviembre y 18 de diciembre de 1992, 335/1993, de 22 de febrero, 1339/1993, de 3 de junio, 1345/1993, de 7 de junio, 1627/1993, de 25 de junio, etc.— que ha entendido que el bien colectivo de la salud pública no padece cuando el riesgo o peligro para la salud de terceros, que constituye el sustrato de la antijuricidad del delito, no concurre, que es el caso del consumo entre adictos, pero —para considerar impunes determinados supuestos de consumo compartido— se cuida de añadir presupuestos muy precisos que resume la Sentencia de 31-3-1998:

a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera el grave riesgo de impulsarles al consumo y habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 344 del CP ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia Sentencias tales como las de 25 de junio de 1993, 3 de marzo, 3 de junio y 25 de noviembre de 1994, 27 de enero y 3 de marzo de 1995.

b) El proyectado consumo compartido ha de realizarse en «lugar cerrado», y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo. Aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a «lugar cerrado» es frecuente en la jurisprudencia, así Sentencias de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995.

c) La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser «insignificante» (cfr. Sentencias de 25 de junio y 10 de noviembre de 1993, 21 de noviembre de 1994 y 28 de noviembre de 1995).

d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes (cfr. Sentencia de 3 de marzo de 1995), como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social.

e) Los consumidores deben ser personas «ciertas y determinadas», único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.

f) Ha de tratarse de un consumo «inmediato» de las sustancias adquiridas. A «consumo normal e inmediato» alude la jurisprudencia. Así Sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995.

(Sentencia de 20 de julio de 1999)

El acusado que está de acuerdo con remitente de la droga para recibirla aunque no llegue a tener la posesión material de la misma consuma el delito

Segundo.—El único motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, con sede procesal en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia aplicación indebida de los artículos 16.1 y 62 del Código Penal.

Entiende el Ministerio Fiscal que la Sentencia de instancia ha infringido tales preceptos penales porque «la estimación de tentativa en el tipo que la Sentencia aprecia no es conforme con la doctrina de esta Excm. Sala», según la cual «quien se concierta con otros para recibir el ilegal producto ya tiene la disposición sobre la droga y el delito es consumado», pues «hay consumación cuando el acusado se pone de acuerdo con el remitente, con lo que adquiere la posesión remota desde que la droga sale de la disponibilidad del remitente».

La Sala de instancia, por su parte, ha estimado que el delito de tráfico de drogas únicamente debía apreciarse «en grado de tentativa», «porque los inculpados en ningún momento tuvieron la posibilidad aun remota de tener la más mínima posesión de la sustancia intervenida porque la misma era controlada por las autoridades desde mucho antes que los procesados la pudieran recibir, ..., nunca tuvieron la posibilidad de detentar físicamente la sustancia que (se) les remitía por causas independientes de su propia actuación voluntaria...».

La Jurisprudencia de esta Sala ha reconocido reiteradamente que el delito de tráfico de drogas, por lo general, sólo admite formas consumadas, por tratarse de un delito de mera actividad que, por ello, no requiere un resultado que supere la conducta típica, definida en términos sumamente amplios en el artículo 368 del Código Penal; de tal modo que solamente en casos excepcionales se han admitido la formas imperfectas de ejecución de este delito, pero exigiendo en todo caso que el acusado «no le fuera achacable cualquier forma de disponibilidad». A este respecto, debe destacarse que en los supuestos de «envíos de droga», tiene declarado también esta Sala que el delito se consuma siempre que exista un pacto o convenio entre los implicados para llevar a efecto la operación, «en cuanto que la droga —en virtud del acuerdo— quedó sujeta a la voluntad de los destinatarios, siendo indiferente que no se hubiera materializado una detentación física del producto, si es patente su preordenación al tráfico» (v. SS. de 12 de septiembre de 1994 y de 4 de noviembre de 1997, entre otras). «El tráfico —se dice en la Sentencia de 21 de junio de 1997— existe desde el momento en que una de las partes pone en marcha los mecanismos de transporte de la droga que el receptor había previamente convenido». Por todo ello, es patente que el tráfico real y efectivo queda situado más allá del área de la consumación, que se produce con el simple peligro eventual que nace de cualquiera de las conductas descritas en el tipo penal. En cualquier caso, es indudable que se comete este tipo delictivo mediante acciones de facilitación y favorecimiento, y, desde este punto de vista, no ofrece dudas —como se pone de manifiesto en la Sentencia de 12 de febrero de 1997— «que haber proporcionado un domicilio y un destinatario del envío de la droga al autor... para la introducción de la misma, implica una colaboración que facilita la comisión del delito y, a través de éste, el consumo de drogas tóxicas». En suma, como se ha dicho repetidas veces, no es preciso la detentación material de la droga para que se entienda consumado este delito, pues con tal exigencia podrían eludir el peso de la ley los grandes traficantes de la droga, que suelen serlo sin estar en contacto físico con ella.

Es evidente que la participación de los acusados, en la presente causa, era necesaria, desde el comienzo de la operación abortada por haberse descubierto en el desarrollo de la misma el contenido de los paquetes remitidos a los mismos, para poder introducir la droga en España.

En conclusión, es menester reconocer la razón que asiste al Ministerio Fiscal y en consecuencia apreciar la consumación del delito de tráfico de drogas por el que han sido condenados los acusados.

(Sentencia de 11 de noviembre de 1999)

ARTÍCULO 369.2

Carácter personal de esta agravación: su fundamento no está en el lugar donde se realiza la acción sino el que la misma la realicen empleados o responsables del establecimiento

Quinto.—Los dos motivos de error de derecho, del núm. 1.º del artículo 849 de la Ordenanza Procesal Penal, tercero y quinto y último, aducen la aplicación indebida de los artículos 368 y 369.2 del Código Penal. El primero de ellos, el tercero, es subsidiario de los precedentes, por tanto, al quedar intangibles los hechos declarados probados, el motivo tiene que perecer inexcusablemente porque los hechos declarados probados por la resolución de instancia son subsumibles en dicha tipología. No merece más ocupación por esta Sala porque el propio recurrente condiciona el motivo al acogimiento de los precedentes.

También con carácter subsidiario se formula el quinto motivo, si bien se añade en él que algunos efectos intervenidos lo fueron en la cocina y la agravación de «establecimiento público» debe entenderse por lugar en que indiscriminadamente puede estar cualquier persona y cita al respecto la Sentencia de esta Sala de casación de 28 de septiembre de 1996.

El motivo tiene que perecer. En base al intangible relato de hechos probados, consta que en el local «Parrillada Pardo», sito en la localidad de Lamera-Silleda, se encontró en el registro acordado por el Juzgado de Instrucción de Lalín, «en una alacena, próxima a la cocina de dicho establecimiento, una bolsa plástica, conteniendo en su interior 10 bolsitas pequeñas y otras tres bolsitas en una caja de cartón (conteniendo todas ellas una sustancia blanca, una bolsa de aluminio de pequeño tamaño conteniendo un trozo de una sustancia harinosa, así como una balanza de precisión...).». Tal sustancia resultó contener 7,656 gramos de cocaína con una riqueza del 77,40 por 100 y 18,019 gramos de cocaína con una riqueza del 75,8 por 100.

Como señaló la sentencia de este Tribunal, con referencia al artículo 344 bis a).2.º del Código Penal de 1973, «si los hechos descritos en el artículo 344 fuesen realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos, requiere, como su propia dicción indica, tres requisitos fundamentales: 1.º) La ejecución del hecho típico de cultivar, elaborar, traficar, promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o poseerlas con dichos fines; 2.º) Que la realización de tal hecho tenga lugar en establecimiento abierto al público, esto es, aquellos en que pueda entrar libremente cualquier persona sin impedimento alguno, y 3.º) Que sean los responsables o los empleados de los mismos quienes participen o intervengan en las acciones ilegales reprimidas en el precepto mencionado».

La doctrina jurisprudencial excluyó tal agravación porque del relato de hechos probados no se desprendía que la acusada haya vendido el hachís a clientes o personas que acudían al bar con tal finalidad y además la mayor parte de la droga la tenía la recurrente en un almacén o bar no abierto al público, circunstancia esta última que no lleva el subtipo agravado —Sentencia de 27 de julio de 1992—, añadiendo que tal agravación se produce en «establecimiento abierto al público», esto es, aquellos en que

indiscriminadamente puede entrar cualquier persona y que sean los responsables o los empleados de los mismos quienes participen o intervengan en las acciones legales –Sentencia de 30 de octubre de 1992.

La circunstancia agravante prevista en el artículo 344 bis a).2.º del anterior Código Penal no se fundamenta exclusivamente en el lugar en el que se realiza la acción, sino esencialmente en el carácter de «responsables» o «empleados» del mismo. Ello demuestra que para su aplicación no es necesario que se demuestre la realización de actos de difusión en el lugar público. Por el contrario, cualquiera de las acciones prohibidas, incluida la tenencia, resulta más punible, si ha sido realizada por quienes tienen la responsabilidad de un establecimiento público o son empleados del mismo, dado que tales personas tienen mayores posibilidades de difundir la droga y ello, en la medida en la que aumenta el peligro de difusión derivado de su posición, justifica un aumento de la intensidad de la prohibición y de la pena.

Por lo tanto, el artículo 344 bis a).2.º CP se debe entender como una circunstancia de carácter personal y no, como parece sostenerlo la defensa, como una agravante que tiene su fundamento exclusivo en el lugar en el que se realiza la acción –Sentencia 840/1994, de 5 de mayo.

Resulta paradigmática la Sentencia 118/1996, de 12 de febrero, pues recoge un supuesto muy parecido al traído ahora a la censura casacional: «La narración fáctica expresa que “practicando el registro del establecimiento y sus dependencias, se encontró lo siguiente: En la cocina, 10 bolsitas con cocaína, con un peso de 13,85 gramos, dos botes de latón conteniendo 314.000 ptas. en distintos billetes, y recortes de plástico para la confección de papelinas. En el patio exterior del local y en el interior de una bolsa de basura, recortes de plástico para la confección de papelinas, pinzas, pesos y medidas y una balanza de precisión y junto a unas cajas de cerveza, también en el patio exterior, dos bolsas conteniendo 23,10 y 48,67 gramos de cocaína respectivamente”; y de estas afirmaciones fácticas es obvio que el acusado hoy recurrente tenía dentro del establecimiento y preparada para su difusión a terceros la sustancia tóxica, lo que integra el subtipo especialmente agravado previsto en el precepto penal que se dice vulnerado, al ser la disponibilidad la esencia de tal agravación, como expresan, entre otras, las Sentencias de 15 de abril y 19 de diciembre de 1991; y al ser el delito contra la salud pública un delito de resultado cortado o consumación anticipada es obvio que carecen de relieve las alegaciones del recurso en orden a la no constancia concreta de operaciones de tráfico realizadas dentro del establecimiento, ya que para la existencia del tipo complementado basta con la tenencia de la sustancia preordenada al tráfico ulterior».

Por tales razones debe ser desestimado el motivo y con él el recurso.

(Sentencia de 12 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 369.3

Notoria importancia de hachís: criterio flexible sin que haya de tenerse en cuenta el contenido de THC (Tetrahidrocannabinol): para su determinación ha de restarse la cantidad que fuera para el autoconsumo

Primero.—(...) Ciertamente que en relación al hachís, la doctrina jurisprudencial no suele tener en cuenta el contenido de THC (Tetrahidrocannabinol) en orden a determinar la cantidad de sustancia estupefaciente, y en base a ese «neto» determinar el peso de droga sin adulterantes para determinar la concurrencia del subtipo agravado

de notoria importancia como se hace con las drogas vulgarmente llamadas «duras» y en la terminología legal como aquellas que causan grave daño a la salud.

En relación al hachís, o a las formas más pobres de consumo indico como la griffa o la marihuana se tiene en cuenta el peso total perdido interés el dato de la concentración, que con frecuencia no viene determinada en el examen del laboratorio, aunque de alguna forma la mera expresión en que se encuentre el producto ocupado ya es indicativo del contenido del THC, que en hachís suele situarse en el 4 por 100 y el 12 por 100 y porcentajes más bajos para la griffa o marihuana —alrededor del 2 por 100—, sin que tan baja calidad de sustancia activa les prive de su condición de drogas incluidas en las listas I y IV de la Convención Única de Ginebra. STS de 9 de mayo de 1994, 19 de enero de 1995, 16 de marzo de 1995, 29 de marzo de 1995. El peso total sólo es relevante para la determinación del subtipo de notoria importancia que como ya se ha dicho se sitúa a partir del kilo en hachís, cinco veces más en griffa o marihuana —sobre 5 kilos—; o alrededor de los 200 gramos, en el aceite de hachís en atención a que su concentración suele ser cinco veces superior al hachís —STS 29 de marzo de 1995 y la jurisprudencia en ella citada y Sentencia núm. 1135/1997, de 12 de septiembre.

En el presente caso, se trata, como ya se ha dicho de 1.634 gramos de hachís, con una concentración en THC que puede situarse como alta, si bien se mantiene dentro de los parámetros usuales situados entre el 4 por 100 y el 12 por 100 —en el caso de autos se está alrededor del 13 por 100, folio 199, informe analítico.

La Sala de instancia no aprecia el subtipo de notoria importancia por estimar que parte del hachís aprehendido lo era para el consumo de ambos recurrentes, estando acreditado tal consumo —en relación a Miguel Ángel M. A. se confirma un consumo repetido de hachís a lo largo de los tres meses anteriores al corte de mechón de cabello examinado habiéndose llevado a cabo dicho corte con su consentimiento como se acredita al folio 72—. La Sala sentenciadora, calcula cuando menos que cincuenta gramos estaban destinados al autoconsumo por cada recurrente, estimando que en todo caso, la cantidad aprehendida no excede de los dos kilos, cantidad que ha venido a sustituir en algunos casos el tope del kilo de hachís antes indicado.

Tiene razón el Tribunal sentenciador cuando se refiere a la flexibilización que en relación al hachís ha venido confirmándose en recientes resoluciones. Es evidente que lo relevante son las concretas circunstancias de cada caso, ya que todo enjuiciamiento es, por definición, un concepto individualizado, pero del análisis de recientes sentencias, puede extraerse que en casos de hachís destinado parte al autoconsumo atípico, y parte a la venta, si la cantidad estimada a la venta se sitúa entre el kilo sin rebasar los dos kilos, no debe aplicarse el subtipo agravado.

De análoga manera, cuando la droga es ocupada a dos personas, salvo que se acredite otra cosa, y en virtud del principio «favor rei», puede estimarse que la droga aprehendida debe ser dividida entre ambas, y será en atención al cociente resultante, que se podrá determinar si procede o no la aplicación del subtipo agravado.

En tal sentido, las Sentencias de 17 de mayo de 1994 y de 5 de diciembre de 1996 —929/1996— rechazan la aplicación del subtipo agravado en una aprehensión de 1.300 gramos de hachís, estando destinada parte de ella al autoconsumo del inculpado.

Y las Sentencias núm. 890/1997, de 20 de junio y la núm. 461/1997, de 12 de abril con una aprehensión de 1.240 gramos de hachís y 2.506 gramos, respectivamente, ambas sentencias con dos condenados cada uno, rechazan la aplicación del subtipo agravado de notoria importancia en base a que parte de la droga estaba destinada al autoconsumo, y que tratándose de dos condenados, puede estimarse que cada uno era propietario de la mitad al no constar otra cosa de los autos.

Desde esta flexibilización de los límites máximos a partir de los cuales debe operar la agravante de notoria importancia, siempre justificada a la vista de las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, en el presente recurso aparecen los siguientes datos:

a) Los adquirentes son dos personas, que según sus propias declaraciones, cada uno con dinero propio, compraron hachís, Michael P. adquirió 800 gramos –declara en el folio 67–, y el resto Miguel Ángel M. Cada uno reconoce haber pagado 75.000 pesetas, sin que existan datos que contradigan tal versión.

b) Ambos son consumidores de hachís, estando destinados al consumo atípico una parte no precisada de la droga.

De estos dos datos, puede colegirse que además del argumento relativo al autoconsumo de ambos recurrentes, al que se refiere la sentencia de instancia y que la Sala comparte, se constata, de forma acumulativa otra línea argumental que lleva a la misma conclusión, y que es la relativa a la propiedad compartida de toda la droga, o a la fijación de cuotas entre ambos condenados. En el presente caso, lejos de hablarse de una propiedad compartida de la totalidad del hachís, cada uno era propietario de una parte, pudiéndose afirmar la existencia de actos de compra separados, y así lo reconocieron ambos en sus declaraciones sumariales y se deriva de la diligencia de entrada y registro, así a Miguel Ángel M. le pertenecía la droga ocupada en el interior de una bolsa rubricada «farmacia Lda. Natividad Combarro» en la que habían diversos óvulos con hachís, en tanto que la droga ocupada en una bolsa de «El Corte Inglés» pertenecía a Michael, reconociendo que él compró un total de 800 gramos, folio 67. Ello permite afirmar que prácticamente, la mitad del hachís pertenece a cada condenado, lo que sitúa su propiedad alrededor de los ochocientos gramos, si a ello descontamos la cantidad destinada para el autoconsumo atípico, se podrá concluir que en el presente caso, no se supera el kilo de hachís por cada condenado, ni menos se aproxima a los dos kilos que también en ocasiones ha sido fijado como tope a partir del cual operaría el subtipo agravado –en tal sentido STS núm. 775/1997 de 31 de mayo.

(Sentencia de 11 de marzo de 1999)

Primero.–(...) Numerosos precedentes jurisprudenciales de esta Sala tienen señalado que la cantidad de notoria importancia de la droga está en proporción a la mayor o menor concentración dentro del producto o sustancia que la contenga y a su pureza o calidad, que, en el caso de los derivados cannábicos, es el principio alucinógeno tetrahidrocannabinol (THC), que varía en su concentración según se trate de hachís, con un porcentaje que oscila entre un 4 y un 12 por 100, asciende en el caso del aceite de hachís, y se reduce alcanzando entre el 0,5 y el 4 por 100 en la marihuana y sus equivalentes la griffa y el kiff marroquí, producidos a partir de las hojas y sumidades florales del cannabis (STS de 28 de abril de 1995 y las que en ésta se citan); y, en el mismo sentido, la STS de 17 de octubre de 1996, que reitera el criterio de que para la determinación de la «notoria importancia» en los derivados cannábicos, no importa la pureza, sino el grado de concentración del principio activo THC, que no depende de manipulaciones o adulteraciones debidas a la obra humana, sino de causas naturales como la calidad de la planta en función de la zona de cultivo o de la selección de las partes componentes de la misma –tallo, hojas, flores...– (ver STS de 1 de marzo de 1996), de manera que para la marihuana y griffa, la concentración oscila entre el 0,30 y el 2 por 100. Y para estas sustancias la notoria importancia comienza a partir de los cinco kilogramos, reiterando una corriente doctrinal de la que es exponente, entre

otras, la STS de 13 de febrero de 1996, puesto que surgiendo el subtipo agravado para el hachís a partir de un kilogramo de esta sustancia, cuando se trata de marihuana —que tiene de ordinario un componente activo de THC cinco veces menor que aquél— la agravación se establece cuando su peso exceda cinco veces aquella cantidad.

Ya en fecha más reciente, la Sentencia de esta Sala, de 20 de noviembre de 1997 evocando las de 6 de noviembre de 1995 y 30 de octubre del mismo año, nos recuerda que, «a diferencia de lo que ocurre con la cocaína y la heroína, que son sustancias que se consiguen en estado de pureza por procedimientos químicos, los derivados del cáñamo índico o “cannabis sativa”, son productos vegetales que se obtienen de la propia planta sin proceso químico alguno, por lo que la sustancia activa tetrahidrocannabinol en estado puro nunca se contienen en su totalidad en las plantas o derivados. La concentración es diversa en cada una de las modalidades de presentación (marihuana, hachís y aceite) y por ello esta Sala ha optado por establecer el límite mínimo para la apreciación de la agravante específica, no en consideración a la sustancia activa, sino en relación con las diversas modalidades ya mencionadas. En cualquier caso, no es el porcentaje de THC el que hay que tomar como base para determinar si alcanza o no el kilogramo que marca la línea divisoria [se refiere al hachís], sino el peso bruto de la sustancia aprehendida, cualquiera que fuese su grado de concentración». En el mismo sentido, las SSTS de 22 de diciembre, 20 de junio, 13 de febrero, 17 de febrero de 1997, en las que también se coincide en la cifra de cinco kilogramos en el caso de marihuana o griffa, para la apreciación de la agravante específica de «notoria importancia», junto a las SSTS de 23 de julio y 12 de septiembre de 1997 respecto a este último dato cuantitativo.

(Sentencia de 17 de marzo de 1999)

Mantenimiento por el Tribunal Supremo tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995 de los criterios para determinar la cantidad de notoria importancia

Cuarto.—Resulta indudable que, por razones de seguridad jurídica y por la propia naturaleza de la función casacional, el cambio de criterio interesado exigía una resolución adoptada en reunión plenaria de la Sala para unificación de criterios, como previene el artículo 264.1 de la LOPJ, y como ya anunciaba la Sentencia núm. 1524/1998, de 4 de diciembre, dictada en relación con esta misma cuestión.

Celebrada esta Sala General con fecha 5 de febrero de 1999, se estimó mayoritariamente que debía mantenerse subsistente la doctrina jurisprudencial sostenida hasta la fecha sobre esta materia, por no apreciarse razones suficientes para su modificación. Este criterio ha sido ya recogido en diversas Sentencias de esta Sala como las de 18 de febrero de 1999 (núm. 212/1999), 3 de marzo (núm. 371/1999) o 17 de marzo (núm. 149/1999) de este mismo año, que aplican el acuerdo mayoritariamente adoptado por el referido pleno, estimando deben mantenerse los criterios establecidos en la doctrina jurisprudencial consolidada, por subsistir las razones fundamentadoras de dicha doctrina.

El motivo, en consecuencia, debe ser estimado, pues, conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada (SSTS 4-12-1998, 20-11-1998, 29-12-1997, etc.), la cantidad de cocaína ocupada, más de ochocientos gramos de una pureza aproximada del 80 por 100, tiene necesariamente que ser considerada como de notoria importancia.

(Sentencia de 18 de mayo de 1999)

Posibilidad de sumar las cantidades de drogas diferentes ocupadas a un acusado

Segundo.—La cuestión es ciertamente interesante porque se plantea un supuesto singular, en tanto los distintos estupefacientes o drogas tóxicas intervenidos, individualmente considerados no superan los límites establecidos por la doctrina jurisprudencial para constituir el repetido subtipo agravado, sin perjuicio de lo cual una consideración conjunta, según el Fiscal, supondría ya un porcentaje incurso en las cantidades estimadas por la Sala Segunda como de «notoria importancia».

Las cantidades intervenidas fueron 41,05 gramos de heroína pura y 63,37 gramos de cocaína pura, adquiridas que fueron, para su venta, por la acusada, no consumidora.

Se trata de un supuesto en el que, más que en ningún otro caso, ha de ponderarse con extrema cautela y prudencia el problema jurídico traído a colación. Y no ya por las encomiables reservas con que los Jueces en general hacen frente a los límites cuantitativos, también cualitativos, que configuran la tenencia simple para el tráfico o la tenencia cualificada por la notoria importancia, sino por la peculiaridad de este problema de ahora en el que la acusada, que hay que suponer se aquietó con la resolución condenatoria, se limita a rebatir las argumentaciones de la parte recurrente para evitar lo que podría ser una pena privativa de libertad de hasta doce años de prisión mayor, que sería el máximo del grado medio [artículos 61.4 en relación con el 344 bis a).3].

Tercero.—La Sentencia de 12 de febrero de 1993, número 288/1993, afirma que sería injusto y carente de sentido no agravar la conducta de tan ilícito y perjudicial comercio, en el traficante que poseyera pluralidad de sustancias prohibidas por el artículo 344 del Código Penal y los Acuerdos Internacionales, porque cada una de ellas no alcanzara el *quantum* señalado por esta Sala para cada concreta droga, y «haría de peor condición al que poseyera 60,05 gramos de heroína que al que en tal sustancia no alcanzara los 60 gramos pero tuviera 100 de cocaína y unas dosis de LSD», en referencia al supuesto concreto que se examinaba.

Tal doctrina es evidentemente expresiva, viniendo a señalar, en ese caso concreto, la irritante desigualdad que podría generarse con grandes dosis de injusticia.

Cuarto.—No se trata pues del caso en el que, desde otra perspectiva jurídica, se discute si se pueden sumar las distintas cantidades de droga intervenida en un mismo acto a diversos acusados, para calificar el delito teniendo en cuenta esa cantidad total. Problema en el que, según acoge la Sentencia de 18 de junio de 1994 (número 1242/1994), no es posible esa consideración global del *quantum*, a no ser que previamente hubiera existido entre los distintos acusados un acuerdo previo o *pactum sceleris* (en igual sentido la Sentencia de 20 de junio de 1997). Las Sentencias de 22 de enero de 1997 y 16 de mayo de 1994 llegan sustancialmente a la misma conclusión.

Ahora se trata, como se ha dicho, de sumar las diversas drogas poseídas por un mismo acusado. Doctrina, la acogida en la citada Sentencia de 12 de febrero de 1993, acorde con los más elementales principios de justicia material, siempre que se asuman, como hay que asumir, todo cuanto sobre las denominadas «reglas de aproximación» está dicho por esta Sala Segunda. De no seguirse esta tesis se provocaría una simulación jurídica y una impunidad parcial ficticia e irreal.

Quinto.—Mas, entonces y una vez recogida la doctrina defendida por el Fiscal, el problema estriba en determinar si la misma ha de ser ahora aplicable en este supuesto. Por de pronto hay que recordar que los límites cuantitativos de la notoria importancia vienen reiteradamente fijados por la doctrina de la Sala a través de innumerables resoluciones, cuya cita resulta aquí innecesaria. Son sesenta u ochenta gramos para la heroína, y ciento veinte gramos para la cocaína, límites cuantitativos que la Sentencia de 7 de junio de 1999, entre otras, siguiendo el Acuerdo de la Sala General de esta

Sala Segunda de 5 de febrero de 1999, declaró deben continuar incluso dentro de los parámetros jurídicos del nuevo Código de 1995.

Sentado lo anterior, y meditada con la serenidad necesaria el problema, estimamos que el recurso debe ser desestimado. Y debe ser desestimado porque esa doctrina ahora no tendría un exacto encaje, salvo que se quisiera llegar a una dura interpretación en claro perjuicio de la acusada, sin un firme asentamiento técnico.

Efectivamente. Cualquier criterio que se adopte para estimar superados los límites antes dichos, supondría una más que dudosa argumentación. Es difícil afirmar que se posea más de sesenta u ochenta gramos de heroína cuando en la realidad se había sobrepasado ligeramente los cuarenta y un gramos, como lo sería el decir que la cocaína detentada excedía de ciento veinte gramos si únicamente se había llegado a poco menos de sesenta y cuatro gramos. La cantidad de cocaína, por su menor toxicidad, no puede servir para completar el límite de la heroína, aunque, por el contrario, ésta sí podría producir ese efecto en cuanto a la cocaína, siempre y cuando la suma total en este caso excediera de ciento veinte gramos, y ahora acontece que esa suma total es sólo de ciento cuatro gramos con cuarenta y dos centigramos. Evidentemente es una cantidad importante pero, de acuerdo con la más estricta legalidad, sin llegar a los límites fijados judicialmente.

(Sentencia de 22 de junio de 1999)

ARTÍCULO 369.6

Organización delictiva para difusión de droga: requisitos

Tercero.—El correlativo tiene su sede adjetiva en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su base sustantiva en haberse aplicado indebidamente el artículo 344 del Código Penal (De 1973) en lo relativo a la agravante específica de «organización».

Como señalan diversas Sentencias de este Tribunal Supremo, entre las que cabe destacar las de 3 de mayo de 1994, 14 de febrero de 1995 y 2 de abril, y 12 de noviembre de 1996, para que se pueda apreciar la existencia de la agravación específica derivada de la organización es necesario la concurrencia de una pluralidad de personas que, aunque no constituyan una organización formalizada, dispongan de medios idóneos para desarrollar un plan de actuación con finalidad de difundir la droga, en el que los asociados han repartido las tareas a realizar, precisándose, además, una cierta continuidad temporal o durabilidad que sobrepase un simple y ocasional consorcio para delinquir, o, lo que es lo mismo, la organización a estos efectos agravatorios requiere la actuación a través de una determinada estructura caracterizada por la existencia de una especie de agrupación jerarquizada respecto a las funciones a desarrollar por cada uno de sus miembros. En cambio, esta figura jurídica no depende del mayor o menor núm. de personas que la integren, ni tampoco de reglas estatutarias preestablecidas, ni de siglas o nominaciones expresas, ni de cualquier otro formalismo constituyente. Es decir, y según indica la Sentencia de 2-4-1996, «la doctrina jurisprudencial contiene en este sentido un amplio concepto definidor que abarca una serie amplia de posibilidades dentro de un gran abanico en el que caben todos los supuestos en los que dos o más personas programen el propósito de desarrollar una idea criminal aceptada y consentida fuera desde luego del mero concierto ocasional, pues no puede confundirse la organización con la coautoría o con la coparticipación».

En el caso concreto que nos ocupa entendemos que se dan los requisitos que este subtipo agravado requiere, ya que: a) dentro de una organización perfectamente lícita

cual es la Unidad Central de Investigación Fiscal Antidroga de la Guardia Civil (UCIFA) se creó un grupo organizado del que formaban parte alguno de los mandos de esa Unidad, entre los que se encontraba el recurrente en su calidad de Teniente Coronel, con la idea, no de investigar el tráfico de drogas en sí mismo considerado y el descubrimiento de sus autores, sino de importar grandes cantidades de ese producto estupefaciente empleando para ello colaboradores previamente contratados y a quienes se pagaba sus servicios, también previo acuerdo, no en metálico, sino con parte de la droga así obtenida, parte de cuya droga entraba inmediatamente en el comercio ilícito; b) aunque no se alcance a comprender con verdadera exactitud cuál fuera el móvil de ese grupo o subgrupo ilícito, a no ser, como se dijo en el acto de la vista, el afán de conseguir méritos ante los superiores, la realidad es que los medios empleados para conseguir su fin estaban previamente acordados y tenían un carácter puramente delictivo cual era el tráfico de drogas a través de un método indirecto (el pago con drogas) pero igualmente tipificado en el artículo 344 del Código Penal (de 1973); c) a ello debemos añadir que ese grupo estaba, no sólo organizado, sino también jerarquizado, con previo reparto de papeles entre sus integrantes y cuyas actividades tuvieron una dilatada duración temporal.

(Sentencia de 11 de enero de 1999)

Requisitos para apreciar la existencia de organización para la difusión: jerarquía, medios y permanencia de la actividad

Tercero.—En el cuarto de los motivos, nuevamente por error de derecho, denuncia la indebida aplicación del artículo 369.6 del Código Penal, agravación derivada de la existencia de una organización dedicada al tráfico de drogas.

La conducta típica del delito de tráfico de drogas, sanciona la conducta de quienes ejecutan actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o los posea con aquellos fines, aparece agravada cuando, el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviera como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional (art. 369.6 Código Penal).

Para evitar una desnaturalización de lo que se ha de ser entendido como organización —dado el carácter ocasional y transitorio que se requieren para la agravación— esta Sala ha procurado buscar criterios que integren su contenido evitando que la misma pueda ser de aplicación tanto al famoso cártel que opera internacionalmente como grupo que opera en un barrio y se dedica al tráfico, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad. Por ello, se ha dicho por esta Sala, debe ser interpretada restrictivamente para guardar la debida proporcionalidad ante los hechos a los que se aplica.

Ha de partirse de la acepción que proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Organización significa «establecer o reformar una cosa, sujeto a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que lo componen o han de componerlo».

La jurisprudencia en interpretación de esta agravación, ha distinguido entre participación plural de personas, encuadrable en el ámbito de la coautoría, y aquella otra que se integra en la modalidad agravada. En su virtud ha afirmado que la mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autores o partícipes en el hecho delictivo pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización.

Así la STS de 12 de julio de 1991 (siguiendo el criterio de otras precedentes) nos dice que: «Como ha dicho reiteradamente esta Sala (SS. 16-21988, 20-10-1988, 6-7-1990 y otras) no basta que haya una codefincuencia, es decir, varias personas responsables de este delito por su acción conjunta, para que tenga que aplicarse esta agravación. Es necesario que esta pluralidad de personas previamente puestas de acuerdo para difundir la drogas se encuentren coordinadas entre sí (normalmente con una estructura jerárquica que determina la existencia de unos jefes, administradores o encargados cuya mayor responsabilidad penal está prevista en la legislación ahora vigente (LO 1/1988, de 243 en el nuevo art. 344 bis]) con distintas tareas encomendadas a cada uno de los partícipes que no tienen porqué ser siempre las mismas para cada persona, todo ello con una cierta duración o permanencia en el tiempo, pues no basta una o muy pocas actuaciones esporádicas, requisito este último atenuado en la norma penal actual que trata de ampliar el ámbito de aplicación de esta agravación específica al haber añadido las expresiones “incluso de carácter transitorio” y “aun de modo casacional”».

Debe añadirse que aunque por desgracia sea frecuente y ello constituya la forma más grave en esta modalidad de delito, no es necesario que la banda se mueva en un amplio espacio geográfico, a veces con conexiones a nivel internacional o mundial, ni tampoco que tenga un organigrama complejo tipo “mafia”, ni menos aún que se adopte una determinada forma jurídica que sirva de fachada para tapar estas actividades que necesitan de la clandestinidad para poder ser más eficaces y burlar así mejor la vigilancia de los distintos Estados, así como que tampoco se excluye esta especial figura delictiva por el hecho de que la misma organización se dedique, además, a otras actividades lícitas. Pero, precisamente por la clandestinidad con que normalmente se actúa en estos casos, el problema fundamental no radica en la fijación de unos criterios, más o menos amplios y flexibles, necesarios para precisar este concepto, por su propia naturaleza indeterminado, sino en lo concerniente a su prueba, para cuya solución obviamente habrá de estarse a las particularidades de cada caso, si bien teniendo en cuenta que, desde luego, no puede exigirse que quede acreditada la forma concreta en que aparece cada uno de los elementos que, conforme antes se ha dicho, delimitan este concepto.

Ha de considerarse bastante con que quede de manifiesto por los medios de prueba utilizados la realidad de cada uno de tales elementos definidores (pluralidad de personas, coordinación ente ellas y una cierta duración o permanencia), aunque su concreción en el supuesto específico de que se trate no sea posible precisamente por el cuidado de todos los partícipes en no dejar huellas de su actividad delictiva».

En este repaso a los pronunciamientos jurisprudenciales destaca la Sentencia 864/1996, de 18 de diciembre, al señalar:

«La organización implica todos aquellos supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto, un plan o un propósito para desarrollar la idea criminal, mas no precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente, incluso ha de añadirse que no es de apreciar tal agravante por la sola circunstancia de que exista una simple coordinación entre varios partícipes para la ejecución del hecho, tampoco, obviamente, puede confundirse con la autoría o con la participación.

El amplio concepto con que se configura el supuesto supone que en el mismo se acoja a cuantos intervienen en ella, cualquiera que fuera el momento en el que se insertan en la organización o la forma de participación, directa o indirecta, en los actos delictivos. Lo único exigible para la supervivencia del subtipo es que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional “consorciabilidad para el delito”. Entonces la organización lleva

consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización».

Finalmente, la 867/1996 de 12 de noviembre, entiende «que el concepto de organización implica un programa de actuación, con cierta permanencia y estructura jerárquica, que a su vez permita la distribución de las tareas a realizar, mediante el reparto de papeles a desempeñar, con lo que se prevén cambios o sustituciones entre todos los componentes del grupo, mas en cambio no depende esa figura delictiva del mayor o menor número de personas que las integren, de reglas o estatutos preestablecidos, de siglas, o normaciones expresas, ni de cualquier otro formalismo constituyente».

A la vista de dicha doctrina resulta obligada la desestimación del motivo. El hecho probado proclama una planificación, reparto de papeles y cometidos y una cierta supervisión de las actuaciones personales, así como la nota de permanencia a través de varias operaciones que se recogen en la sentencia de instancia que esta Sala acepta por su razonable criterio y sintonía con la doctrina casacional al respecto.

A tenor de lo anteriormente expuesto, es llano afirmar que entre los acusados existió una estructura organizativa, con una jerarquía y disposición de medios para la realización del hecho delictivo para lo cual todos los intervinientes dirigen su actuación a la consecución del fin de la organización.

(Sentencia de 10 de junio de 1999)

ARTÍCULO 370

Necesidad de no confundir conductas de «extrema gravedad» con «extrema cantidad»

Único.—El Ministerio Fiscal alega un solo motivo de casación al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haberse aplicado el artículo 344 bis b) del Código Penal de 1973 (hoy 370 CP 1995), es decir, porque en los hechos existan datos que demuestren la «extrema gravedad» del tráfico de drogas enjuiciado.

Aunque la aprehensión de algo más de 34 kilos de heroína supone una cantidad importante de droga no hay que confundir «extrema cantidad» con «extrema gravedad», pues como señalan, entre otras, las Sentencias de 17 de julio de 1993, 30 de noviembre de 1994, 29 de diciembre de 1995 y la más reciente de 16 de octubre de 1998, el legislador, tanto en el Código de 1973 como en el vigente de 1995, ya ha previsto una agravación importante de la pena por la llamada agravación de primer grado, es decir, «la notoria importancia», y la agravación de segundo grado sólo puede referirse a casos extremos en que nos encontremos ante una cantidad de droga enormemente elevada, «ciertamente extrema o absolutamente excepcional». Incluso esta hiperagravación no puede basarse únicamente en la cantidad objeto de tráfico, sino que requiere otros elementos cualitativos que acentúen al límite la gravedad de la conducta examinada en su globalidad, o lo que es lo mismo, hay que fijarse en «el conjunto de elementos objetivos y subjetivos que conforman el concreto comportamiento enjuiciado».

También, y en segundo lugar, puede añadirse que la doctrina jurisprudencial expresada en las referidas sentencias insiste en que la propia indeterminación del concepto «extrema gravedad» exige una interpretación restrictiva y de minucioso examen en cada caso concreto. Así, en la Sentencia de 19 de junio de 1995, cuya doctrina se repite en la ya mencionada de 16 de octubre de 1998, se señala que el carácter «sumamente indeterminado» del concepto suscita dificultades en relación a las exigencias

propias del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa* por lo que sin llegar a plantear su inconstitucionalidad (según ha propugnado un sector doctrinal) sí se puede afirmar «que las debidas garantías del ciudadano exigen una aplicación muy cuidadosa mediante una interpretación restrictiva de la mencionada expresión legal». En esta línea restrictiva la jurisprudencia señala como elementos que han de tomarse en consideración los siguientes: el criterio de la cantidad como ineludible aunque no único; la concurrencia simultánea de varias de las agravaciones que se recogen en el precepto; y el uso de grandes elementos de transporte especialmente preparados para el tráfico ilícito (fletaje de barcos, camiones de un cierto tonelaje, etc.).

En tercer lugar, y según esa línea jurisprudencial, dada la exacerbación de penalidad que conlleva esta hiperagravante y el propio sentido gramatical de la expresión utilizada por el legislador, determinan que la «extrema gravedad» debe situarse «en un punto más o menos próximo a aquel en que se encuentra el extremo de los comportamientos posibles en este tipo de conductas».

En el supuesto que nos ocupa, si bien la cantidad de droga aprehendida y objeto de tráfico no es nada despreciable, la verdad es que ese dato por sí solo no sirve para medir una conducta excesivamente grave de los inculpados, ya que ese dato objetivo de la cuantía no va acompañado de otros que hacen o pudieran hacer más peligrosa su actividad. Así tenemos que no existe ningún tipo de organización, esa actividad ha de entenderse, al menos en el hecho enjuiciado, como totalmente esporádica, y el medio de transporte es un simple automóvil que, a pesar de lo manifestado en el escrito de formalización del recurso, no parecía estar especialmente preparado para el evento, pues el hecho de estar la droga escondida en uno de los depósitos de carburante no hace deducir esa especial preparación, sino que supone simplemente un escondrijo más de los múltiples que los traficantes emplean siempre para evitar su descubrimiento. Tampoco puede llegarse a esa exacerbación de la peligrosidad de los encausados por el dato de que hubieran alquilado un chalet para sus operaciones y que estuvieran en posesión de cantidades de dinero de una cierta, pero no excesiva, importancia.

(Sentencia de 20 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 380

Delitos contra la seguridad del tráfico. Delimitación frente a la mera infracción administrativa: negativa a prueba de alcoholemia sin presentar signos de hallarse bajo la influencia de bebidas alcohólicas

Segundo.—En trance de calificar jurídicamente la conducta descrita en el anterior relato fáctico, parece oportuno poner de manifiesto que el tipo penal que el Ministerio Fiscal imputa al acusado —un delito de desobediencia grave del artículo 380 del Código Penal— constituye una polémica figura penal introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el vigente Código Penal, la cual ha sido objeto de fundadas críticas desde que se inició la andadura parlamentaria de dicho Código, habiendo dado lugar a intensos debates en el Parlamento, donde distintos Grupos Parlamentarios formularon distintas enmiendas, tales —entre otras— como la número 88 del Grupo Parlamentario Vasco (por entender que la negativa a someterse a la prueba del alcohol en sangre debe reputarse acto de autoencubrimiento impune), la número 195 del Grupo Parlamentario Mixto-ERC (por estimar que, al reunir los requisitos del delito de desobediencia grave, la remisión es innecesaria, y que, en todo caso, la regulación administrativa de estas situaciones es suficientemente satisfactoria, ya que, de lo contrario,

se castigaría más gravemente la negativa a efectuar una comprobación de una conducta peligrosa que la propia conducta), la número 414 del Grupo Parlamentario Popular (por entender que no resulta lógico considerar este supuesto como desobediencia grave, porque además podría vulnerar el derecho a la defensa y a no declararse culpable), y la número 795 del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-IC (por entender que estas conductas no deben sancionarse penalmente, siendo suficiente la sanción administrativa).

Tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal, el citado precepto dio lugar al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, en referencia fundamentalmente a los derechos de todo acusado a no declarar y a no confesarse culpable, y más en general al derecho de defensa y a la presunción de inocencia y al principio de la proporcionalidad de la pena; cuestiones que han sido rechazadas por el Tribunal Constitucional (v. Sentencia del Pleno, de 2 de octubre de 1997).

En el campo doctrinal, se han mantenido igualmente encontradas posiciones. Se destaca así la inadecuada ubicación del precepto examinado entre los delitos contra la seguridad del tráfico, por no ser éste el bien jurídico protegido. Se habla también de autoencubrimiento impune e incluso del carácter superfluo de este precepto penal, dada la existencia en el propio Código del delito de desobediencia; y también de atentado al principio de proporcionalidad, al castigarse con pena más grave el acto de desobediencia que el mismo delito cuya comisión se trata de prevenir con dicho precepto, e incluso al de igualdad, por el diferente trato dispensado a los conductores embriagados frente a los drogados.

Llegados a este punto, importa destacar también que la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, establece –en relación con esta materia– que «todos los conductores de vehículos quedan obligados a someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol», y que «dichas pruebas que se establecerán reglamentariamente y consistirán normalmente en la verificación del aire espirado mediante alcoholímetros autorizados, se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico» (art. 12.2); considerándose infracción «muy grave» –entre otras conductas– «incumplir la obligación de todos los conductores de vehículos de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de posibles intoxicaciones de alcohol, estupefacientes, psicotrópicos, estimulantes y otras sustancias análogas...» [art. 65.5.2 b)]; por lo que dichas conductas pueden ser sancionadas con multa de hasta 100.000 pesetas y suspensión del permiso de conducción hasta tres meses (art. 67.1). Por su parte, el artículo 21 del Reglamento General de Circulación (RD 13/1992, de 17 de enero), dispone que «los agentes de la autoridad encargados de la vigilancia del tráfico, podrán someter a dichas pruebas a: 1. Cualquier usuario de la vía o conductor de vehículo, implicado directamente como posible responsable en un accidente de circulación. 2. Quienes conduzcan cualquier vehículo con síntomas evidentes, manifestaciones que denoten o hechos que permitan razonablemente presumir que lo hacen bajo la influencia de bebidas alcohólicas. 3. Los conductores que sean denunciados por la comisión de alguna de las infracciones a las normas contenidas en el presente Reglamento. 4. Los que con ocasión de conducir un vehículo, sean requeridos al efecto por la autoridad o sus agentes dentro de los programas de controles preventivos de alcoholemia ordenados por dicha autoridad».

A la vista de esta dualidad de preceptos sancionadores –penales y administrativos– parece obligado deslindar ambos campos, lo que habrá de llevarse a cabo desde la perspectiva de la obligada interpretación estricta y rigurosa de la norma penal (art. 4.2 del Código Civil) y del principio de intervención mínima, inherente al Estado social y democrático de derecho (art. 1.1 CE).

La simple lectura del artículo 380 del Código Penal permite constatar la directa relación del mismo con el precedente, en cuanto habla de «someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior», es decir, los supuestos de conducción de vehículo a motor o de ciclomotor «bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas»; debiendo significarse al respecto que, para la comisión del delito previsto en el artículo 379 del Código Penal, no basta conducir con una determinada tasa de alcoholemia, sino que es menester que el conductor lo haga «bajo la influencia» del alcohol, o de cualquiera otra de las sustancias legalmente previstas en el citado artículo, ya que el mismo no es una norma penal en blanco y, por tanto, debe entenderse que el solo dato del nivel de alcoholemia, sin otras connotaciones, solamente es suficiente, en principio, para motivar una sanción administrativa. No basta, pues, para que deba entenderse cometido el delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379 del Código Penal, que el conductor del vehículo rebase las tasas establecidas (v. art. 20.1 del Reglamento General de Circulación), sino que es preciso —como se desprende del tenor literal del precepto— que conduzca «bajo la influencia» del alcohol, o de las otras sustancias legalmente previstas, en su caso, de modo que lo haga con indudable alteración de sus facultades psíquicas y físicas, en relación con sus niveles de percepción y de reacción. De ahí la relevancia que, junto al resultado de las pruebas de alcoholemia, deba reconocerse a otros elementos de prueba, tales como el testimonio de las personas que hayan observado la forma de conducir o de comportarse el conductor de que se trate, particularmente el de los agentes de la autoridad que hayan practicado la correspondiente prueba. Para que exista el delito de conducción de vehículo de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas es menester que la conducta enjuiciada haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (la vida, la integridad de las personas, la seguridad del tráfico, etc.).

La dependencia del artículo 380 respecto del 379 del Código Penal permite establecer, en orden a fijar los límites entre la sanción penal y la administrativa, los siguientes criterios orientativos: *a)* la negativa a someterse al control de alcoholemia, en cualquiera de los supuestos previstos en los números 1 y 2 del artículo 21 del Reglamento General de Circulación, debe incardinarse dentro del tipo penal del artículo 380 del Código Penal; y *b)* dicha negativa, en los supuestos de los números 3 y 4 del mismo precepto del Reglamento de Circulación, precisa la siguiente distinción: *b.1)* si los agentes que pretendan llevar a cabo la prueba advierten en el requerido síntomas de estar conduciendo bajo los efectos de bebidas alcohólicas, y se lo hacen saber así al requerido, la negativa de éste debe incardinarse también en el delito de desobediencia del citado artículo 380 del Código Penal; y *b.2)* cuando no se adviertan tales síntomas, la negativa del requerido no rebasa los límites de la sanción administrativa [arts. 65.5.2 b) y 67.1 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial].

En el presente caso —de acuerdo con los anteriores principios— procede destacar: *a)* que la detención del vehículo conducido por el acusado para la práctica de la prueba de alcoholemia tuvo lugar en el curso de un control preventivo, de modo que la elección del mismo fue puramente aleatoria; y, *b)* que, tras la reiterada negativa del interesado a someterse a dicha prueba, el jefe de la patrulla de la Guardia Civil que se hallaba realizando dicho servicio, tras consultar el caso con el Juez de Instrucción de Guardia, advirtió al señor B. que se le instruirían diligencias por presunto delito de desobediencia y le dejó continuar viaje, al no haber observado en él síntomas de embriaguez. Por tanto, de acuerdo con aquellos principios, debe considerarse que la conducta enjuiciada no ha rebasado el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Consiguientemente, procede la libre absolucón del acusado y la remisión de los

antecedentes precisos al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Andalucía, a los efectos legalmente procedentes (v. art. 68.1 del Real Decreto Legislativo 339/1990, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, y disposición adicional 4.ª de la Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado); debiendo darse cuenta de la presente resolución al Congreso de los Diputados (v. art. 14.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados).

(Sentencia de 9 de diciembre de 1999)

ARTÍCULO 381

Conducción con temeridad manifiesta: requisitos

Noveno.—En el motivo 2.º, al amparo del artículo 849.1.º, se alega infracción de ley por haberse aplicado indebidamente al caso el artículo 381 Código Penal.

Nos encontramos ante un delito que exige la concurrencia de dos elementos objetivos:

1. La conducción de un vehículo a motor o de un ciclomotor con temeridad manifiesta.
2. Que con tal modo de conducir se ponga en peligro concreto la vida o la integridad de las personas.

Para ver si concurren aquí estos dos requisitos hemos de partir del relato de hechos probados que nos hace la sentencia recurrida, sin que podamos tener en cuenta las alegaciones que hace el recurrente en cuanto se aparten de tal relato, porque, como antes se ha dicho, así lo exige el artículo 884.3.º LECrim.

Es claro que concurrió el primer elemento. Ha de calificarse como una temeridad el conducir a gran velocidad un coche por las calles de una ciudad populosa como Valencia e introducirse en una calle peatonal en marcha rápida, tanto que una persona que llevaba a su nieta en un cochecito, al ver cómo el vehículo se acercaba, sacó a la niña, y pudo ver instantes después que el vehículo que conducía José Luis J. golpeaba ese cochecito.

Pocos casos pueden presentarse en la práctica en que con mayor claridad pueda concurrir el segundo elemento antes referido. Hubo un concreto peligro de causar la muerte o lesiones graves a la niña que iba en el cochecito luego atropellado, tan próximo y cierto que muy probablemente se hubiera producido uno u otro resultado si el abuelo que la guardaba no hubiera actuado con tanta diligencia.

(Sentencia de 2 de junio de 1999)

ARTÍCULO 386. 2.º

Falsificación de moneda. Requisitos: elemento subjetivo de tener conocimiento de la falsedad de la moneda que se adquiere: criterios

Quinto.—(...) En efecto, después de la modalidad típica constituida por la acción de expender o distribuir moneda falsa en connivencia con los falsificadores o introductores (art. 381, párrafo primero, número 3.º), el legislador adelanta en su párrafo

segundo la barrera penal incriminando lo que serían, respecto a la expedición y distribución, actos de imperfecta ejecución y actos preparatorios: la tenencia, y la adquisición de moneda falsa con el propósito de expendirla o distribuirla. Y lo hace mediante dos tipos penales, muy semejantes, equiparados en la penalidad, con la exigencia, en el de tenencia para expendir o distribuir, de una connivencia con falsificadores o introductores, que no se precisa en el segundo, integrado éste por la acción de adquirir moneda que se sabe falsa con el fin de ponerla en circulación (inciso segundo).

3. Son exigencias de este último tipo penal del artículo 386 párrafo segundo, inciso segundo, los siguientes:

A) Como elemento negativo la falta de connivencia por parte del sujeto activo con los autores mencionados en el párrafo primero (falsificador, introductor, y expendedor o distribuidor).

B) En lo objetivo, la adquisición de moneda falsa, acción comprensiva de cualquier actividad que lleve a alcanzar su posesión, sea a título oneroso o lucrativo, o incluso por medio de conducta delictiva como la receptación (Sentencia de 25 de febrero de 1993).

C) Como elemento subjetivo del tipo, el propósito de ponerla en circulación, que se exige como ánimo tendencial del adquirente sin necesidad de que la puesta en circulación de la moneda se haga efectiva.

D) El dolo precisa conciencia de la falsedad de la moneda adquirida, que en todo caso ha de ser una conciencia concurrente al tiempo de la adquisición. En efecto, de ser una conciencia sobrevenida, que surgiera durante la tenencia subsiguiente a una adquisición de buena fe, la barrera penal se retrasa a los actos efectivos de expedición o distribución conociendo ya la falsedad de la moneda adquirida. Modalidad típica que como delito recoge el párrafo tercero del referido artículo 386, si la cantidad supera las 50.000 pesetas; y como falta el artículo 629 cuando no se supera ese valor.

Sexto.-1. Del relato fáctico de la sentencia de instancia de obligado respeto en este cauce casacional, no resulta la concurrencia de todas las exigencias típicas del delito apreciado. Se afirma el porte de las monedas falsas «constándole la falsedad». Pero en cuanto al momento en que surgió en los acusados esa conciencia, la sentencia de instancia utiliza un juicio de inferencia, incorrecto: En efecto, dice el fundamento de derecho primero que «el requisito de la buena fe resulta palmario que no concurre en el supuesto examinado», rechazando por ello el tipo penal del párrafo tercero del artículo 386 y la falta del artículo 629. Ahora bien: tal negación de la buena fe al adquirir la moneda se sustenta en una deducción expresada de la siguiente manera: la ausencia de buena fe al adquirir «se deduce —dice la sentencia de instancia— de que en ningún momento ha sido alegado ni probado por los interesados, que se han limitado a negar que conocieran la existencia de los billetes falsos, el que los billetes los hubiesen recibido de buena fe de manos de un tercero».

2. Sabido es que los juicios de inferencia sobre elementos subjetivos del tipo son casacionalmente revisables por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es precisamente el cauce impugnatorio empleado por el recurrente; facultad revisora en cuyo ejercicio el juicio de inferencia referido no puede aceptarse: no se hace derivar la conclusión —negación de la buena fe al adquirir que es lo mismo que afirmar la mala fe en ese momento— de datos objetivos o materiales pertenecientes al relato histórico de lo acontecido, sino de dos incorrectas premisas procesales:

A) En primer lugar porque si, como la sentencia expresamente reconoce, los acusados negaron que conociesen la falsedad de los billetes que poseían, es obvio que

en tal alegato está necesariamente implícita la afirmación de que los adquirieron de buena fe. No puede decirse, pues, que los acusados no alegaron esto último.

B) Porque siendo la mala fe en el momento mismo de adquirir un elemento del tipo penal imputado, no es a los acusados a quienes corresponde probar la ausencia de tal requisito subjetivo y cronológico demostrando positivamente su buena fe al adquirir. Entender lo contrario como hace la Audiencia supone inferir que un elemento subjetivo del tipo concurre (la mala fe al adquirir) del hecho de no demostrarse lo contrario, pues en definitiva la buena fe al adquirir no es otra cosa que lo contrario de la conciencia de la falsedad de la moneda al recibirla. Tampoco, pues, es correcta la segunda premisa del juicio de inferencia.

3. Siendo falsos los presupuestos procesales de la deducción, mal puede calificarse de racional y lógica la conclusión finalmente obtenida, cuando ésta no tiene más asiento que aquéllos y carece de apoyatura en otros datos objetivos y materiales bien del hecho sucedido o bien del comportamiento observado según el *factum* de la sentencia.

4. Rechazada por lo expuesto la inferencia sobre el momento o tiempo en que los acusados supieron, conocieron, fueron conscientes de la falsedad de los billetes que portaban, sólo queda la realidad objetiva de la falsedad de los billetes, y su posesión por los acusados; y la subjetiva de su conciencia sobre la inautenticidad de lo que poseían. En tales condiciones no cabe estimar el delito por el que han sido condenados, cuyos elementos y requisitos quedaron ya expuestos. Es decir, no es delictiva su adquisición ni su posesión, en cuanto tenencia, ni siquiera tras saber la falsedad de la moneda y de decidir expendirla. Y no lo es porque falta la exigencia típica de la conciencia de la falsedad precisamente en el momento inicial de su adquisición. Otra cosa es que la infracción se cometiera después con el hecho de expendirla sabiendo ya que era falsa. Comportamiento expendedor que queda reflejado en el relato histórico: en efecto, además de afirmar que ambos acusados así lo acordaron «mediante el sistema de compra de escaso valor y su posterior cambio», se declara probado que «en el hecho intervinieron personas cuya identidad no ha podido concretarse»; lo que se complementa con la afirmación fáctica del fundamento de derecho segundo de que dos jóvenes, con dinero falso entregado por los acusados, compraron tabaco y revistas en diversos establecimientos mientras aquéllos les esperaban en el interior de un automóvil. Tales compras en este caso representan actos de efectiva puesta en circulación de moneda conociendo su falsedad. Pero no se dice que superara la moneda expendida las cincuenta mil pesetas (50.000). De ahí que los hechos probados integren la falta prevista y penada en el artículo 629 del Código Penal como postula el recurrente. Y no el delito apreciado en la instancia.

(Sentencia de 27 de enero de 1999)

ARTÍCULO 390

Falsedad documental. Consideración del bien jurídico protegido

Sexto.—(...) Según doctrina jurisprudencial que expone la Sentencia de 21-11-1995, tenida en cuenta, entre otras, en las Sentencias de 15-3-1955, 21-1-1960, 8-4-1968, 21-5-1974, 28-6-1988, 17-12-1990, 12-12-1991, 21-1-1994, 22-4-1994 y 18-5-1994, basada en el brocardo *non punitar quae non solum non nocet, sed non erat apta nocere*, los tipos de falsedad son de restrictiva hermenéutica y exigen que a la simple descripción típica se sobreañada un plus constituido por la consideración de los bienes

jurídicamente protegidos y subyacentes al documento protegido por la fe pública, estimándose por ello carentes de antijuricidad material, pese a su adecuación típica, aquellos comportamientos no incidentes en la vida jurídica en forma de lesión o al menos de peligro para aquéllos.

Esta doctrina, también recogida en la Sentencia 247/1996, de 3 de abril y en la 242/1998, de 20-2, es aplicable al supuesto de la manipulación de la firma del Secretario en el mandamiento 61 de 30 de septiembre de 1989, en cuanto tal falseamiento no supuso incidencia en la vida jurídica en forma de lesión o de peligro para los bienes protegidos y subyacentes al documento.

(Sentencia de 11 de febrero de 1999)

Documento mercantil: concepto

Segundo.—(...) La Sentencia de esta Sala de 8 de noviembre de 1990, hace una enumeración enunciativa —con base a las declaraciones jurisprudenciales anteriores—, estimando como documentos mercantiles:

a) Los que, dotados de *nomen iuris*, se encuentran regulados en el Código de Comercio o en leyes especiales, tales como letras de cambio, cheques, pagarés, cartas-orden de crédito, acciones y obligaciones emitidas por sociedades de responsabilidad limitada, libretas de ahorro, pólizas bancarias de crédito, tarjetas de crédito, cartas de porte, pólizas de fletamento, conocimientos de embargo, pólizas de seguro.

b) Todas las representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito y su papel, que, con fines de preconstitución probatoria, plasmen o acrediten la celebración de contratos o la asunción de obligaciones de naturaleza mercantil o comercial, aunque carezcan de denominación conocida en derecho; y

c) Finalmente, aquellos que se refieren a la fase de ejecución o de consumación de contratos u operaciones mercantiles, tales como albaranes de entrega, facturas o recibos, libros de contabilidad.

Con arreglo a esta doctrina, aceptado mayoritariamente por la jurisprudencia de esta Sala, el motivo debe desestimarse, ya que tanto el contrato de 4 julio de 1996, como el de 23 de octubre de 1996 deben estimarse mercantiles.

El documento de 4 de julio de 1996 debe reputarse mercantil, en cuanto, además del contrato privado de venta del ciclomotor, recoge también una relación de crédito de naturaleza bancaria, nacida formalmente de la cesión por el vendedor a la Caja de Ahorros del crédito sobre el precio de la venta y por la asunción por el comprador de las obligaciones derivadas de tal cesión. Tal relación crediticia bancaria integra indudablemente una operación mercantil, según la jurisprudencia antes citada y dota de tal carácter al documento en que la operación se crea y refleja.

El documento de 23 de octubre de 1996, también debe reputarse mercantil, en cuanto refleja un contrato de depósito en el que concurren las condiciones para caracterizarle de mercantil, según lo dispuesto en el artículo 303 del Código de Comercio, ya que la depositante —la titular del estanco— y el depositario —el acusado, que explotaba el negocio de cafetería— eran comerciantes, las cosas depositadas —labores de tabaco destinadas a la venta— eran objetos de comercio, y el depósito estaba constituido en función y para facilitar la operación mercantil de venta de tales labores de tabaco.

(Sentencia de 10 de marzo de 1999)

No es delito de propia mano: Supuestos de coautoría

Cuarto.—(...) La autoría en el delito de falsedad —como recoge la Sentencia de este Tribunal 609/1993, de 16 de marzo— no se limita a la persona concreta que realice la materialidad de la imitación de la firma u otro elemento mendaz, en que tal falsedad consista, sino que cabe la coautoría del artículo 14.1.º del Código Penal (anterior) en todos aquellos supuestos en que, previamente concertados, tomen parte directa en la falsedad, repartiéndose los papeles, proporcionando unos los medios y practicando otros, en función de su mayor habilidad, la actividad material de alteración, imitación y simulación. Como cabe también la autoría extensiva de carácter moral del artículo 14.2.º, cuando alguien induzca eficazmente a otro a cometer la falsedad y la del núm. 3.º del propio artículo a quien, proporcionando los documentos en los que la falsedad va a realizarse, coopera eficazmente a su ejecución.

En la misma línea la Sentencia 1245/1994, de 15 de junio añade «La falsedad documental no es necesariamente un tipo de propia mano, de modo que pueden participar en el delito varias personas, ya realizando en forma colaboradora la acción descrita por el verbo rector del tipo, ya tomando alguna parte en la ejecución, ya participando idealmente en la misma, ya auxiliando a su comisión con actos necesarios o accesorios. En definitiva, la participación criminal es admisible en el delito de falsedad en cualquiera de las formas propias del concurso de delincuentes —Sentencias de 16 de marzo y 29 de mayo de 1993, por ejemplo—».

(Sentencia de 7 de abril de 1999)

El dictamen de arquitectos sobre la ruina de un edificio es una valoración técnica, no una constatación de hechos, por lo que no constituye falsedad la incorrección de la valoración

Tercero.—(...) Sin perjuicio de lo anterior, sin embargo, es preciso poner de manifiesto que los informes de los arquitectos que obran a los folios 2 y 25 del expediente de ruina —Antigua Ciudad Juvenil— parque recreativo (que la Sala ha podido ver con apoyo en el artículo 899 LECrim) no contienen una descripción de hechos, sino una valoración del estado del inmueble. Por lo tanto, mal pueden faltar a la verdad en la narración de los hechos las declaraciones de un funcionario que no describen hecho alguno, pues éstas surgen de las fotografías que se encuentran en el expediente y que no forman parte del dictamen. Si la valoración no fuera adecuada ello no podría dar lugar a ninguna de las hipótesis de falsedad documental, pues los delitos de falsedad documental protegen los documentos como medio de prueba de hechos. Los documentos en los que se expresen dictámenes, aunque tengan otro tipo de relevancia jurídica, por el contrario, no son objeto de protección de los tipos de los artículos 390 y ss. CP, sino de otros tipos penales (por ejemplo art. 320.1 CP). Es erróneo suponer que el bien jurídico protegido por los delitos de falsedad documental estaría determinado por el concepto de documento del artículo 26 CP y considerar que al referirse éste a «cualquier otra relevancia jurídica» junto a la eficacia probatoria, los delitos de falsedad documental tienen por objeto proteger la corrección de las valoraciones técnicas documentadas. En realidad, lo cierto es que en el Código Penal no sólo se protegen los documentos como objetos de los delitos de falsedad documental, sino también en otros ámbitos que nada tienen que ver con su falsedad; por ejemplo: en el artículo 413 (infidelidad en la custodia de documentos) o en el citado artículo 320.1 en los que el bien jurídico protegido es bien diferente del de los artículos 390 y ss. y en el que los documentos protegidos no tienen por qué tener eficacia probatoria. No es una casuali-

dad que el artículo 26 CP se encuentre en la parte general y no entre los artículos de la falsedad documental. El legislador era consciente de que en la parte especial existía más de un concepto de documento.

Sentado lo anterior, es claro que los informes de los arquitectos en los que se hace una calificación valorativa sobre el estado ruinoso de un inmueble no implican una constatación de hechos sino, una valoración de los mismos. Como consecuencia de ello, no tienen eficacia ni para probar el estado ruinoso del inmueble, que no es un hecho, sino una valoración, ni para determinar el significado jurídico de tal valoración que está fuera de la competencia de los arquitectos. Por lo tanto, no es posible afirmar que los arquitectos han faltado a la verdad en la narración de los hechos (arts. 302.4.º CP 1973 y 390.1.4º CP), toda vez que en este caso concreto, como se ha dicho, sus dictámenes sólo contienen una valoración de hechos pero no contienen una narración de los hechos como tales.

(Sentencia de 20 de abril de 1999)

ARTÍCULO 390.1

Falsedad documental: la firma es elemento esencial del documento

Primero.—El inicial motivo de casación se ampara procesalmente en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción del artículo 302.1.º, 2.º y 7º del Código Penal, (390.1 CP 1995) ya que, la falsedad sólo puede existir cuando la simulación concurra sobre «elementos esenciales» del documento, requisito que según su tesis no concurre en el supuesto de autos.

En el desarrollo de este motivo lo primero que se aprecia es que no se aceptan los hechos que la sentencia recurrida declara como probados, tratando de modificarlos o alterarlos en su propio beneficio, circunstancia ésta que debió determinar en su día una resolución inadmisoria *a limine*, con arreglo a lo establecido en el artículo 884.3.º de la indicada Ley procesal.

Con independencia de ello, y con sede fundamental en la Ley 7/1985 reguladora de las Bases del Régimen Local, trata de demostrarse que el encausado obró correctamente, tanto en la redacción de las correspondientes actas, como en su trámite y el posterior envío al Gobierno Civil de la provincia. Ello indiscutiblemente es cierto, pero tal obrar correcto desde el punto de vista administrativo y del procedimiento seguido, no evita que cometiera una acción falsaria al simular en unos casos las firmas de los concejales y en otros las firmas del propio Alcalde, según se desprende de la narración fáctica de la sentencia, de las pruebas practicadas en autos e incluso del propio reconocimiento del imputado.

Por otra parte, entender que esa falsedad no incide sobre elementos principales de los respectivos documentos es totalmente inaceptable, pues de todos es sabido que uno de los requisitos más importantes de todo documento (quizás el más importante) es el de su firma o firmas por ser el que le refrenda y da validez de su autenticidad. Si faltan las firmas el documento carece de validez y si son falsas deviene también inocuo por simulado. Y esto es lo que ocurrió en el caso enjuiciado por mucho que se quiera aparentar la legalidad de las actas con apoyo en la citada Ley de Bases y en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto de 28 de noviembre de 1986. Esa legalidad, insistimos, puede referirse al trámite adecuado pero no evita la existencia de la falsedad o falsedades denunciadas.

(Sentencia de 8 de febrero de 1999)

ARTÍCULO 390.4

Falsedad ideológica: requisitos; criterios jurisprudenciales

Quinto.—La falsedad ideológica del artículo 302.4, que se corresponde con el artículo 390.4 del vigente Código de 1995, ha venido de siempre planteando toda clase de problemas y, lo que es más importante, la desconfianza de la doctrina y de la jurisprudencia. Ya se decía en la Sentencia de 30 de enero de 1993 que tal falsedad, cometida mediante la aseveración falaz de ser ciertos unos determinados hechos, tiene como orientación finalista producir un determinado efecto en el tráfico jurídico al que va destinado el documento artificialmente creado, hasta conseguir una serie de derechos y obligaciones.

Ahora bien, es indudable que para que exista esa falsedad ideológica, quien ha de faltar a la verdad en la narración de los hechos es el emisor del documento que como tal es el responsable de su veracidad. Al pretender extender esta modalidad falsaria a los terceros que comparecen ante el funcionario, para narrar hechos o hacer manifestaciones jurídicas de voluntad, lo que se hace es no sólo trasladar a ese tercero el deber de veracidad que sólo incumbe a quien lo emite, sino también atribuir la falsedad a lo que únicamente sería un falso testimonio caso de producirse ésta ante un Juez y en determinadas circunstancias. La no extensión del tipo delictivo a esos particulares venía siendo excepcionalmente rectificado, para su inclusión en el artículo 303, cuando las manifestaciones de voluntad tenían por sí mismas eficacia probatoria y a la vez eran creadoras de situaciones o estados de derecho porque la falsedad, apartándose de la verdad, afectaba a elementos esenciales de lo documentado.

En la tipología penal del Código de 1995 tiene encaje la falsedad ideológica no sólo en el artículo 390.4, como ha sido dicho, sino en el 390.3 según algunos. Si la falsedad ideológica es «aquella manifestación destinada a constar en un documento en la que quien la hace es consciente de que no se corresponde no ya con la verdad absoluta sino con su propia conciencia y convicción sobre la realidad del hecho», es también indudable el grave problema probatorio que tal cuestión encierra. Desde el punto de vista jurídico la importancia de la falsedad ideológica se impone a las demás falsedades materiales en cuanto que éstas ofrecen menos riesgos para el tráfico jurídico porque pueden ser técnicamente detectadas. En cualquier caso, y en base a las consideraciones que fueron procedentes, el legislador del Código de 1995 decidió que la falsedad del artículo 302.4, ahora 390.4, sólo fuere típica cuando se realizare en documentos públicos, oficiales o mercantiles, por parte del funcionario público, mas no en la redacción de documentos privados o en cuanto a la intervención de particulares en aquéllos. Las faltas a la verdad, insistiendo en lo dicho más arriba, sólo son punibles cuando exista un deber de veracidad, únicamente concurrente en los documentos acabados de referir. (Ver a estos efectos las Sentencias de 1 de abril de 1997 y 17 de noviembre de 1995.)

(Sentencia de 25 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 392

La alteración del bastidor y la limadura del número de motor así como de la certificación de matriculación son constitutivos de delitos de falsificación de documento oficial

Tercero.—(...) 3. La alteración del bastidor y la limadura del número del motor así como de la certificación de matriculación, son acciones que se imputan directa e ine-

quívocamente al acusado, por lo que no existe inconveniente alguno para considerarle como autor de un delito de falsedad en documento oficial.

Tradicionalmente nuestros Códigos no han desarrollado, como es lógico, un catálogo de documentos oficiales, habiendo sido la jurisprudencia la que ha completado este elemento normativo del tipo, comprendiendo en su concepto todos los expedidos por autoridades o funcionarios públicos, en relación con las actividades o funciones que le están específicamente atribuidas. No existe inconveniente alguno para considerar como documento oficial, el certificado de matriculación que corresponde expedir a las Jefaturas de Tráfico. También ostentan esta condición, los troqueles en los que se insertan en el motor de los automóviles los números de motor y bastidor porque se trata de verdaderos soportes materiales que incorporan datos para la identificación del vehículo y cuya autenticación corresponde a los organismos oficiales, no autorizándose la circulación de un vehículo sin que los servicios oficiales correspondientes incorporen en facsímil dichos números a las tarjetas en los que figuran estos datos. La falsedad se comete tanto si se falsea el bloque metálico como si se manipulan los certificados correspondientes.

Como ya se ha dicho la imputación de estas manipulaciones y alteraciones se realiza respecto de los dos acusados por lo que la autoría aparece incuestionablemente delimitada por la Sentencia recurrida.

(Sentencia de 8 de noviembre de 1999)

Suponer en un impreso de Correos que una persona autoriza a otra a recoger paquete, simulando la firma del autorizante: no es un documento oficial, sino privado que no se oficializa por la llamada «doctrina de la incorporación». Inexistencia de lesión a bien jurídico alguno

Sexto.—En el segundo motivo, también formalizado al amparo del artículo 849.1.º LECrim, se denuncia una nueva infracción de ley, esta vez por aplicación indebida a los hechos declarados probados de los artículos 392 y 390.1.º y 3.º CP. También este motivo ha sido apoyado por el Ministerio Fiscal y también, de acuerdo con su criterio y por otras razones complementarias, debe ser acogido. En la Sentencia de instancia se ha considerado subsumible en los mencionados preceptos penales el hecho de que Antonio O. escribiese, en el impreso de autorización expedido por la oficina de Correos que tenía en su poder, el nombre del supuesto destinatario del paquete postal Alfredo S. R. y simulase su firma como si efectivamente el mismo hubiese autorizado a Antonio O. a retirarlo, entendiendo el Tribunal *a quo* que, con dicha manipulación, un particular cometió en un documento oficial las alteraciones de la verdad previstas en los números 1.º y 3.º del artículo 390 CP. Varias objeciones han de oponerse a la tesis sustentada por la Sentencia recurrida. En primer lugar, debe decirse que el escrito en que consta la supuesta autorización de un particular a otro para que se haga cargo de una mercancía consignada a nombre del primero es, en principio, un documento privado cuya falsificación sólo es típica, según lo que dispone el artículo 395 CP, cuando la finalidad del falsificador es «perjudicar a otro», ánimo que en el presente caso indiscutiblemente no concurre. El hecho de que la simulación, tanto de la firma del que aparece como destinatario, como de la intervención de éste en el acto de la autorización, se produzcan en un impreso del servicio oficial de Correos no convierte el documento en oficial puesto que la finalidad de tal impreso —que podría ser sustituido por un papel cualquiera— no es otra que facilitar a los particulares la correcta expresión de la autorización. Otra cosa sería que la conceptualización de la autorización de referencia como documento oficial tuviese su origen en la conocida doctrina de la

«oficialización del documento privado por incorporación», es decir, por producir efectos en un expediente oficial que en este caso sería el instruido por la recepción y entrega a su legítimo destinatario del paquete transportado por el servicio oficial de Correos. Aunque así fuese, habría que tener en cuenta la más reciente Jurisprudencia de esta Sala, emitida a partir de las SS. de 11 y 25 de octubre de 1990, a cuyo tenor lo determinante para distinguir entre un documento privado y uno oficial al efecto de tipificar su falsificación, es la naturaleza del documento en el momento de soportar las manipulaciones o acoger un contenido inveraz. Aunque se aceptase que el documento privado se transmuta en oficial al ingresar en una oficina pública, lo que no cambiaría nunca es la realidad de que lo falsificado fue, en el momento de la consumación de la alteración o mendacidad, un documento privado. Con independencia de lo anterior, el obstáculo mayor con que tropieza la incardinación en el delito de falsedad —en cualquiera de sus tipos— de las manipulaciones realizadas por Antonio O. en el impreso de autorización para la recógida del paquete, es la inexistencia, en el caso, de lesión alguna para el bien jurídico protegido mediante este delito. Como es sobradamente sabido, la antijuricidad de las acciones tipificadas como infracciones falsarias está constituida por el ataque a la confianza de la sociedad en el valor probatorio de los documentos, una de cuyas dimensiones es acreditar la identidad de las personas que intervienen en el acto documentado. En el supuesto relatado en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida, la simulación de que el aparente destinatario del paquete postal autorizaba a Antonio O. para retirarlo y el fingimiento de su firma no podían engañar al funcionario de Correos que accedió a entregarle el paquete, por la sencilla razón de que ya estaba advertido por la Policía de que el verdadero destinatario del mismo no era la persona consignada como tal y de que el paquete había de ser entregado, sin oponer dificultades, a quien presentase cumplimentado el impreso de autorización, pues de lo que se trataba ya era de controlar e interceptar la recepción de la droga. Puede decirse, en consecuencia, que el documento falsificado no era idóneo para quebrantar la confianza depositada en su contenido, porque *a priori* dicha confianza era radicalmente inexistente. No se cometió, pues, por este recurrente el delito de falsificación de documento oficial por el que ha sido condenado, debiendo ser estimado el segundo motivo de su recurso.

(Sentencia de 15 de noviembre de 1999)

ARTÍCULO 400

Tenencia de útiles destinados a la falsificación: el vigente CP exige que estén específicamente destinados a la falsificación, requisito que ya se exigía antes jurisprudencialmente

Segundo.—El primer motivo del recurso de la representación de Jesús G. C., por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim, interesa que se declare la destipificación en el nuevo Código de la conducta objeto de sanción en la sentencia revisada (tenencia de útiles destinados a la falsificación), y en consecuencia se dicte sentencia absolutoria. Alega el recurrente que si bien la pena establecida para dicha conducta en el artículo 400 del nuevo Código Penal es más grave que la que se derivaba de los artículos 314 y 315 del Código Penal anterior, sin embargo debe estimarse que supone una despenalización de los hechos realizados por el acusado ya que el tipo actual exige que los útiles estén «específicamente destinados» a la falsificación, lo que no se establecía anteriormente.

El nuevo Texto no despenaliza las conductas de tenencia de útiles destinados a la falsificación, que es por lo que fue condenado el recurrente, sino que se limita a utilizar una técnica más depurada para su tipificación, pero, en cualquier caso, ya con anterioridad al nuevo Código el precepto anterior debía ser interpretado conforme a la Constitución, lo que exigía poner en relación los artículos 314 y 315 del Código Penal anterior, entendiéndose que solamente la tenencia de útiles «destinados conocida o exclusivamente» a la falsificación (art. 314) pudiesen ser objeto de condena. En definitiva si la conducta del recurrente fue objeto de sanción, con posterioridad a la Constitución, y en dicha sanción no se señaló vicio alguno en trámite de recurso, ha de estimarse que era conforme a la Constitución, es decir que el Tribunal sentenciador ya estimó que los útiles ocupados no sólo eran hábiles para la falsificación sino que estaban destinados a ella.

(Sentencia de 26 de julio de 1999)

ARTÍCULO 404

Prevaricación. Doctrina general

Decimocuarto.—(...) Como ha señalado la Sentencia 2607/1993, de 22 de noviembre, «El delito de prevaricación descrito en el artículo 358 del Código Penal es un delito especial en cuanto sólo puede ser cometido por quien sea funcionario público en el sentido amplio que, a efectos penales, establece el artículo 119 del Código Penal, debiendo además tener el funcionario funciones decisorias. Como requisitos objetivos del delito se precisan la existencia de una actuación positiva consistente en una resolución o declaración de voluntad de carácter decisorio, dictada en asunto administrativo, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, y que esa resolución sea injusta por falta absoluta de competencia del sujeto agente para adoptar la resolución, carencia de elementos formales absolutamente indispensables, o contenido sustancialmente injusto, para lo que es preciso que exista una contradicción patente, notoria, e incuestionable con el ordenamiento jurídico, sin que baste la mera ilegalidad que pueda remediarse y depurarse en otra vía distinta de la penal y, como requisito subjetivo del delito, se requiere que la resolución se dicte “a sabiendas” de ser injusta, con conciencia de dolo y con malévola intención de torcimiento del Derecho, elemento doloso que ha de deducirse existente cuando entre la resolución dictada y la que procedería dictar exista tal diferencia que cualquiera pueda apreciar que su única explicación es deberse a motivaciones torticeras—Sentencias de 26 de marzo, 25 de mayo y 10 de diciembre de 1992, y 8 de febrero y 10 de mayo de 1993—. Ha de tenerse en cuenta para que sea procedente apreciar la existencia de este delito que la necesidad de defensa social mediante el ejercicio del *ius puniendi* es una *ultima ratio* a la que hay que acudir sólo subsidiariamente cuando no basten los remedios administrativos, según criterios que señalan el principio de intervención mínima—Sentencia de 18 de junio de 1992—».

En la misma línea, la 2635/1993, de 23 de noviembre, recoge que «La sola y pura ilegalidad de un acto administrativo no entraña por sí mismo un ilícito penal o infracción punible, como ya decíamos al inicio de nuestro fundamento de derecho segundo, pues no toda infracción de las normas legales, bien en la decisión o en la tramitación de un asunto, acarrea de inmediato la responsabilidad penal, teniendo en cuenta que el elemento normativo del tipo penal es la resolución injusta, no la simple resolución ilegal. Hay un concepto de justicia, cuya lesión es la esencia del delito de prevaricación, dice la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1992, más amplio que el de legalidad,

y al que se llega valorando la antijuridicidad material de la resolución adoptada de la que no se puede separar su aptitud para producir lesividad social, traducida en una situación de perjuicio. El reproche, pues, que la sanción penal entraña, no se manifiesta por la mera infracción de la ley, sino en la consciente aplicación torcida del Derecho, o en la negligencia inexcusable, que perjudica o beneficia a alguien. Por tanto, aunque los actos administrativos fuesen inválidos, por infringir el ordenamiento jurídico, y en este aspecto podrían haberse utilizado los correctivos que el propio ordenamiento confiere, si además concurren los requisitos exigidos por el Derecho penal, como presupuestos indispensables para la existencia del tipo penal, descrito en el Código punitivo, en este caso, los elementos subjetivo y objetivo del mismo, resoluciones manifiestamente injustas, dictadas, además, por negligencia o ignorancia inexcusable, la conducta del recurrente, como la del otro acusado, entran de lleno en el ámbito de aplicación del precepto penal».

También la 877/1995, de 14 de julio ha sostenido al respecto que «Por lo que se refiere al delito de “prevaricación” del párrafo 1.º del precepto antes reseñado, modalidad “dolosa”, objeto de enjuiciamiento y atención de la Sala, conviene resaltar y hacer las siguientes precisiones: 1.º), el “bien jurídico” protegido, recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurados en la Constitución, obliga a tener en consideración los artículos 103 y 106 de dicho Texto Fundamental, que sirven de plataforma esencial a toda actuación administrativa, estableciendo el primero la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad a los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo al mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación administrativa y de ésta a los fines que la justifican –Sentencia de 17 de septiembre de 1990–; 2.º), el tratarse de un “delito especial propio”, los elementos objetivos de la autoría quedan determinados por la cualidad de “funcionario público” del agente, cualidad ampliada en el supuesto a toda persona que participe en el ejercicio de funciones públicas, bien por disposición directa de la ley, bien por nombramiento de autoridad competente o por elección popular –último párrafo del artículo 119 del Código Penal– (Sentencia de 25 de abril de 1988); 3.º), a dicha cualidad de funcionario público se sobreañade la existencia de tener el mismo “facultades decisorias”; 4.º), la infracción sólo puede cometerse mediante una “actuación positiva”, no siendo posible la comisión por omisión, cual se deriva de la propia literalidad del precepto, que en su primer párrafo emplea la locución “dictare” –Sentencia precedentemente citada, de 25 de abril de 1988; 5.º), en cuanto a la “resolución” viene entendiéndose como tal un acto administrativo que supone una declaración de voluntad, de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, quedando excluidos los actos políticos o de gobierno; 6.º), respecto a la “injusticia” de la resolución (elemento fáctico y “normativo”) y que puede ser referido a la falta absoluta de “competencia” jurídica de decisión del sujeto activo, a la carencia de los “elementos formales” indispensables o a su propio “contenido” sustancial –Sentencias, entre otras, de 7 de noviembre de 1986, 25 de abril de 1988, antes citada, 17 de septiembre de 1990, 10 de abril y 10 de diciembre de 1992 y 21 y 15 de febrero de 1994–, para que se aprecie no basta con que la resolución no sea correcta en Derecho, sino que exige que vaya más allá de la simple ilegalidad –Sentencias de 18 de junio de 1992 y la ya referida de 21 de febrero de 1994–, entrando así en los términos de la injusticia, que existe siempre que se dé una patente, notoria e inquestionable contradicción con el ordenamiento jurídico, por lo que la infracción desborda la legalidad vigente, pues constituyendo el Derecho penal, en cuanto al *ius puniendi*, la última *ratio sancionadora*, en virtud del principio de “intervención mínima”, sólo debe actuar cuando en los otros ordenamientos jurídicos no existan remedios para corregir el error producido

en la resolución, o ésta sea de tal naturaleza evidente y grave, que ineludiblemente haya de apreciarse el “plus” de antijuridicidad que requiere y debe dar vida a todo precepto penal –Sentencia de 5 de abril de 1995–, quedando de tal forma excluidos del ámbito punitivo actuaciones político-administrativas –Sentencia de 8 de noviembre de 1994–, y 7.’), la resolución ha de dictarse por el funcionario “a sabiendas” de su injusticia, lo que ha de entenderse como “conciencia y voluntad” del acto, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado, o sea concurriendo los elementos propios del “dolo” –Sentencias de 29 de enero de 1883, 23 de marzo de 1896, 22 de noviembre de 1901, 16 de mayo de 1910, 17 de septiembre y 22 de noviembre de 1990 y 26 de marzo y 27 de mayo de 1992, citadas en la de 8 de febrero de 1993–».

Finalmente, la 148/1998, de 3 de febrero, expresa que «El vigente Texto Penal de 1995 utiliza el calificativo de “arbitraria” en su artículo 404, mientras que en el Código de 1973 empleaba el de “injusta” en el artículo 358, que fue interpretado por la doctrina de esta Sala como algo más que meramente ilegal. En definitiva, las meras ilegalidades administrativas se hacían desaparecer por la vía de los recursos administrativos o, en su caso, contencioso-administrativos, dejando el tema de la resolución injusta cuando fuere notoria, patente y manifiesta en su contradicción con el Derecho, presentando una completa, patente y absoluta contradicción con el ordenamiento jurídico y, en tal sentido se ha pronunciado la Sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1992, que señala como *ultima ratio* el Derecho penal y que la necesidad de defensa social no surge de la mera ilegalidad administrativa, siendo preciso que incida significativamente en los administrados o en la comunidad con perjuicio potencial o efectivo sobre los intereses del ciudadano o de la causa pública; existe entonces la resolución injusta, primero exigiría, que cuando se dicte “a sabiendas” provoca los efectos sancionadores del Derecho penal. En la misma línea la 2635/1993, de 23 de noviembre, mantiene y repite que la sola y pura ilegalidad del acto administrativo no entraña el ilícito penal, sino exige la consciente aplicación torcida del Derecho. Asimismo repite la 2715/1993, de 3 de diciembre que no puede ser equiparado a un abuso genérico de la autoridad. Si existiera alguna duda razonable de que la resolución fuera manifiestamente injusta desaparecería el aspecto penal de la infracción –Sentencia 2435/1993, de 28 de octubre.

En la actual tipicidad del artículo 404 del Código Penal de 1995 ha de mantenerse la misma hermenéutica, pues arbitrario en la actuación de la autoridad o del funcionamiento de la Administración es equivalente a contrario a la justicia.

(Sentencia de 9 de julio de 1999)

No todo dictado de resolución administrativa ilegal supone la comisión de un delito de prevaricación: la ilegalidad ha de ser evidente, patente, flagrante y clamorosa

Tercero.–En el segundo motivo del recurso se denuncia la infracción, por inaplicación indebida, del artículo 358 CP 1973, aunque también se menciona el artículo 404 CP vigente, por entender el recurrente que los hechos declarados probados debieron ser considerados constitutivos de un delito de prevaricación administrativa. El motivo no puede ser estimado aunque su desestimación requiere una detenida fundamentación. En todo Estado constitucional inspirado en el principio clásico de división de poderes se establece un sistema de controles y contrapesos mutuos para garantizar la limitación del poder, el sometimiento de su ejercicio al ordenamiento jurídico y los derechos y libertades de los ciudadanos. Una manifestación, entre otras, de esta carac-

terística del Estado constitucional es el artículo 106.1 CE en el que se dice que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican», precepto que reside en los Tribunales el control para que la actuación de la Administración Pública se realice «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» tal como lo exige el artículo 103.1 CE. Este control, sin embargo, no está atribuido a todos los Tribunales indistintamente sino de forma exclusiva a los del orden contencioso-administrativo, a los que el artículo 24 LOPJ declara competentes para conocer de las pretensiones que se deduzcan frente «a disposiciones de carácter general o a actos de las Administraciones Públicas españolas», así como «de las que se deduzcan en relación con actos de los poderes públicos españoles de acuerdo con lo que dispongan las Leyes». En consecuencia, el control de legalidad de los actos –concreción que ya es necesario realizar a los efectos de esta resolución referida al enjuiciamiento de un acto– de los órganos de la Administración Pública corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Este control no debe ser confundido con el enjuiciamiento, por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal, de las personas que, ocupando o desempeñando las funciones propias de órganos de la Administración, incurren en conductas que revisten caracteres de delito. Los Jueces y Tribunales penales están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecida en el artículo 106.1 CE, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los Jueces y Tribunales el artículo 117.3 CE, destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de igual sometimiento de ciudadanos y poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» que establece y proclama el artículo 9.º1 CE. Los Jueces y Tribunales penales no controlan, pues, a la Administración Pública sino que, sencillamente, declaran cuando procede ejercer el *ius puniendi* del Estado contra la persona –autoridad, funcionario o ciudadano no investido de autoridad alguna– que se ha desviado en su comportamiento de la legalidad realizando un hecho penalmente típico.

Cuarto.–La claridad teórica de la distinción que acaba de ser trazada –control de legalidad de la actuación administrativa por una parte, control de legalidad penal de la actuación de personas cualesquiera por otra– puede oscurecerse en la práctica cuando la ilegalidad de un acto administrativo supone, en quién o quiénes lo han realizado, es decir, en el titular o los titulares del órgano administrativo que ha producido el acto, la comisión de un hecho en apariencia penalmente típico. Y el problema es especialmente delicado cuando el delito de que puede ser constitutivo el acto es, precisamente, un delito de prevaricación que está legalmente definido, desde un punto de vista objetivo, como el hecho de dictar un funcionario público una resolución injusta. Si la resolución injusta se identifica con la resolución contraria a la legalidad vigente, sea la legalidad sustantiva, sea la adjetiva, es evidente el riesgo de que quede difuminada la línea fronteriza entre el control de legalidad que debe ejercer la jurisdicción contencioso-administrativa para que el ejercicio del poder ejecutivo y la actuación de la Administración se mantenga dentro del marco constitucionalmente establecido y el control de legalidad que, con respecto a todos los ciudadanos, debe ejercer la jurisdicción penal. Llevando a sus últimas consecuencias dicha identificación, podría llegar a sostenerse que detrás de todo órgano administrativo que hubiese dictado un acto contrario a derecho habría una autoridad o funcionario autor de una resolución injusta que, de haberse dictado a sabiendas, habría de ser calificada como un delito de prevaricación. A nadie puede ocultarse que es éste un resultado a que no debe llegarse por más de una razón. Entre otras, porque ni tendría sentido que en el sector administra-

tivo del ordenamiento jurídico el Derecho penal dejase de ser la última *ratio* para convertirse en la primera —dando al olvido en este ámbito el principio de «intervención mínima»—, ni es buena la judicialización de la vida política a que inevitablemente conduce la derivación hacia el orden jurisdiccional penal de cualquier enjuiciamiento que haya de hacerse en relación con la conducta observada por las autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus cargos. Un claro indicio de que no puede ser confundida la ilegalidad administrativa con el delito de prevaricación lo tenemos en la enumeración que se hace en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de los casos en que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho. Encontramos en dicho precepto, por ejemplo, junto a los actos «que lesionan el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional», junto a los «dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio» y junto a los «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados», a los «que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta», lo que parece indicar que para la ley es admisible la hipótesis de que un acto administrativo lesione el contenido esencial de un derecho fundamental, sea dictado por un órgano manifiestamente incompetente o producido prescindiendo por completo del procedimiento establecido —que son indudablemente supuestos de máxima ilegalidad— y que el acto en cuestión no sea, sin embargo, constitutivo de infracción penal.

Quinto.—De lo expuesto en el fundamento jurídico anterior se deduce con suficiente claridad que no basta que una resolución administrativa sea contraria a derecho para que constituya un delito de prevaricación. Una resolución ilegal no es, sólo por ser ilegal, una resolución injusta. La injusticia supone un «plus» de contradicción con la norma que es lo que justifica la intervención del derecho penal. La jurisprudencia de esta Sala ha repetido últimamente —SS. 20-4-1995, 1-4-1996, 23-4-1997 y 27-1-1998— que únicamente cabe reputar injusta una resolución administrativa, a efectos de incardinarla en el tipo de prevaricación, cuando la ilegalidad sea «evidente, patente, flagrante y clamorosa». Hay que reconocer que con ello se ha rectificado una doctrina anterior excesivamente extensiva en la conceptualización de lo injusto administrativo, pero acaso sea necesario dar un paso más. El Código Penal de 1995 se ha situado en la línea restrictiva que marcaron aquellas sentencias y ha asociado, en su artículo 404, la injusticia de la resolución con la arbitrariedad. Pero no es del todo exacto que, con esta matización, se haya limitado la nueva ley a ratificar la última doctrina elaborada por la jurisprudencia en torno al artículo 358 CP derogado. La identificación de la injusticia de una resolución con la mera evidencia de su ilegalidad puso el acento en el dato, sin duda importante, de la potencia y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto con el derecho. Pero el artículo 404 CP vigente ha puesto el acento en el elemento más objetivo y de fondo del «ejercicio arbitrario del poder» proscrito por el artículo 9.3 CE. Pues bien, se ejerce arbitrariamente el poder, dicen las recientes Sentencias de esta Sala de 23-5-1998 y 4-12-1998, «cuando el funcionario dicta una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico —a los que están sujetos tanto los poderes públicos como los ciudadanos según el artículo 9.1 CE— sino, pura y simplemente, de su capricho, de su voluntad convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión del mejor derecho —si la resolución ha de reconocerlo a uno u otro ciudadano— o del interés colectivo —si es éste el que está en juego— se “pone” el elemento objetivo de la prevaricación». Y como el elemento subjetivo viene legalmente expresado con la locución «a sabiendas», que elimina del

tipo tanto la comisión por culpa como por dolo eventual, se puede decir, en resumen, que se comete el delito de prevaricación previsto en el artículo 404 CP vigente cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración.

(Sentencia de 18 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 410

Delito de desobediencia. Requisitos: doctrina jurisprudencial

Tercero.—(...) En cuanto al delito de desobediencia, no se niegan los requerimientos de remoción que constan acreditados en el *factum*, pero sí el incumplimiento deliberado de tal mandato judicial, que en modo alguno pudo ser cumplido por carecer de toda disponibilidad sobre lo embargado y ello se recoge en el hecho probado y no puede alterarse aquí a capricho del recurrente, por prohibirlo el artículo 884.3.º de la LECrim. Y como no se ha producido la negativa abierta, el delito no puede reputarse cometido.

Como ha recogido la Sentencia de este Tribunal de casación 1203/1997, de 11 de octubre, «En la interpretación que de ese vocablo ha hecho la jurisprudencia, en relación naturalmente al artículo 369 del antiguo Código, que también la emplea, hemos de destacar las Sentencias de 9 de diciembre de 1964, 16 de marzo de 1993 y la muy reciente de 18 de abril de 1997. Todas ellas, en su conjunto, nos enseñan que la palabra “abiertamente” que emplea el precepto para calificar la negativa a obedecer órdenes recibidas, ha de interpretarse, no en el sentido literal de que haya de manifestarse de forma explícita y contundente, empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente del sujeto activo del delito, sino también puede existir cuando se adopte “una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a la referida orden”, es decir, aún sin oponerse o negar la misma, tampoco realiza la actividad mínima necesaria para llevarla a cabo (no se olvide que estamos en presencia de un verdadero delito de “omisión”), máxime cuando la obligación de su cumplimiento es reiteradamente solicitada por la autoridad competente para ello; es decir, cuando esa pertinaz postura de pasividad se traduzca lógicamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer».

Han señalado asimismo las Sentencias 578/1993, de 16 de marzo y 1322/1995, de 28 de diciembre que «los elementos estructurales del delito de desobediencia cometido por funcionario y tipificado en el artículo 369, párrafo primero del Código Penal son: a) Un elemento objetivo constituido por la negativa abierta a dar cumplimiento a un mandato judicial dictado dentro de su competencia *ratione materiae* y revestido por las formalidades legales. Negativa abierta, que tanto quiere decir como patente y categórica, desoyendo el funcionario los requerimientos que se le hicieron para el cumplimiento del mandato (judicial) —Sentencia de 5 de diciembre de 1990—, sin que al respecto pueda tacharse de contradictoria la jurisprudencia recaída en el tema, pues “el delito de desobediencia se caracteriza, no sólo porque aquella desobediencia adopte una forma abierta, terminante y clara, sino que también es punible la que resulta de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestren una voluntad rebelde” —Sentencia de 9-12-1964—. No se trata de confundir la desobediencia con meras omisiones que pueden proceder de error o mala inteligencia —Sentencia de 7 de noviembre de 1944—. En suma, la expresión “negativa abierta”,

como dice la doctrina científica, excluye la comisión culposa en delito esencialmente intencional –Sentencia de 15-2-1990–. Y lo cierto es que la oposición clara a un mandato, bien puede deducirse de la repetida no ejecución. *b)* Un elemento subjetivo que se deduce de lo anterior, y que no es otro que el incumplimiento del mandato, sea de una manera voluntaria e intencional, sin que lo supla un reiterado o negligente abandono, dado que por el contenido de la orden no hay lugar a confusión o mala inteligencia –Sentencia de 5 diciembre de 1990–, y asimismo la de esta misma Sala de 14 de octubre de 1992: Lo primero que destaca en la redacción del precepto es que el comportamiento del sujeto activo ha de consistir en una negativa abierta: “Se negaren abiertamente, dar el debido cumplimiento a sentencias, decisión u órdenes de la Autoridad Superior” dice el artículo 369 del Código Penal. Lo que el legislador quiere es separar aquellas situaciones de incumplimiento o inejecución expresas, claras y terminantes, de aquellas otras en las que, por la propia complejidad del problema, no se exterioriza esa voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o ejecución que trae el eco de la interpretación que al artículo 1124 del Código Civil ha hecho la Sala Primera de este Tribunal Supremo».

Ello con independencia de la posibilidad ya apuntada de la remoción forzosa, que no se realizó.

En cuanto al delito de malversación, al no existir en el hecho probado referencia alguna a la apropiación o disposición sobre los bienes embargados resulta estéril cualquier esfuerzo para encajar en tal tipicidad lo relatado en el *probatum*.

El recurrente, inasequible al desaliento, pretende que al desaparecer algún bien, por la negligente conducta de los acusados, se incurre en el delito con lo cual pretende un delito culposos de malversación, que no tiene cabida en el sistema del Código Penal de 1973, ni en el vigente.

(Sentencia de 22 de febrero de 1999)

Delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario: elementos. Delimitación con mera dilación irregular e indebida

Tercero.–(...) El delito de desobediencia cometido por autoridad o funcionario se integra por los siguientes elementos:

a) La emisión, pronunciamiento o dictado de una sentencia o resolución procesal por un órgano judicial, o de una orden por autoridad o funcionario administrativo, y que la sentencia, resolución u orden se haya dictado por órgano judicial o administrativo competente y con observancia de las normas procedimentales legales, y que la sentencia, resolución u orden conlleve una obligación de actuar de determinada forma o de no actuar, para ciertas autoridades y funcionarios, precisamente para que se logre la efectividad de la sentencia, resolución u orden. Este es el presupuesto jurídico extrapenal del delito de desobediencia.

b) Que la Autoridad o funcionario no desarrolle la actuación a que le obliga la sentencia u orden o despliegue la actividad que le prohíban tales resoluciones. El Código actual en el artículo 410, como el anterior en el 369, exige que la autoridad o el funcionario se nieguen abiertamente a dar cumplimiento al mandato obligatorio, y la jurisprudencia de esta Sala (SS. de 16-3-1993 que cita la de 9-12-1964 y 516/1997, de 18-4), ha equiparado a tal comportamiento la pasividad reiterada y la actuación insistentemente obstaculizadora; y

c) El elemento subjetivo, que requiere el conocimiento del presupuesto jurídico extrapenal, es decir de la obligación de actuar generada por la resolución del

Tribunal o del superior administrativo, y el propósito de incumplir, revelado ya por manifestaciones explícitas, o implícitamente, por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden; sin que admita la jurisprudencia (SS. 5-12-1990 y 16-3-1993 y 2813/1993, de 13-12) la posibilidad de comisión culposa del delito de desobediencia.

Con arreglo a la doctrina expuesta, los motivos tercero y cuarto deben ser desestimados, por no evidenciar los hechos probados que concurriera en el comportamiento de Fernando G. L. el elemento volitivo, consistente en el propósito de incumplir la Resolución del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25-10-1994, según se razonó en los Fundamentos Segundo y Tercero de la sentencia impugnada, y se informó por el Ministerio Fiscal en trámite de instrucción, puesto que el retraso de dos meses, desde el pronunciamiento del auto, o de un mes desde el requerimiento practicado por el Juzgado de Instrucción de Daroca, puede estimarse como dilación irregular e indebida, pero no como actitud de recalcitrante y obstinada resistencia al cumplimiento de la orden de reposición del secretario suspenso; habiendo además de ponderarse, según se argumentó en el precedente fundamento de derecho, que en la comunicación de la Delegación del Gobierno de 29-6-1994, se trasladó la información de que los Alcaldes de la Agrupación tenían un plazo de dos meses para hacer efectiva la suspensión judicial del acuerdo administrativo de suspensión del secretario recurrente, por aplicación del artículo 105.1 de la Ley de 27-12-1956.

(Sentencia de 9 de abril de 1999)

ARTÍCULO 413

No hay daño a tercero o a la causa pública en Policía que no da curso de parte médico de lesiones constitutivo de falta ante el deseo del perjudicado de no denunciar

Tercero.—Alega el Ministerio Fiscal que cabe apreciar un daño para la causa pública por el hecho de que cuando el lesionado decidió, seis meses más tarde, denunciar la falta, ésta ya se encontraba prescrita, lo que podía haber evitado el acusado desatendiendo las insistentes solicitudes del perjudicado y remitiendo al Juzgado el parte médico de lesiones (que debió haber sido remitido directamente desde el centro médico).

Dicho criterio no puede ser aceptado, desde una doble perspectiva. Desde la necesaria exigencia de culpabilidad (en sentido clásico) pues no es concebible que el dolo del autor, que debe abarcar el presumible resultado de daño para la causa pública, pudiese contemplar dicha remota posibilidad (que el lesionado cambiase de idea y decidiese denunciar la falta seis meses después, cuando ya se encontraba prescrita, pudiendo haberse evitado la prescripción desatendiendo su inicial manifestación de que no deseaba la incoación de procedimiento alguno por sus leves lesiones). Y desde la de la tipicidad pues ha de estimarse que el resultado de daño para la causa pública debe tener la relevancia proporcionada a la sanción de la conducta como infracción delictiva, no pudiendo estimarse que el hecho de que no sea penalmente perseguida una falta, por respeto a la voluntad del propio perjudicado, provoque un daño mínimamente relevante para la causa pública, suficiente y proporcionado para justificar la sanción delictiva de la conducta enjuiciada.

En definitiva y, sin perjuicio de reiterar que el deber del acusado era dar el curso debido al parte médico recibido, no cabe estimar que su decisión en el conflicto de

intereses planteado entre su deber funcional y la insistente solicitud del propio perjudicado, pueda revestir los caracteres de una infracción penal, dada la necesaria relativización del principio de persecución de oficio en las simples contravenciones o faltas.

(Sentencia de 5 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 426

Cohecho pasivo impropio: no incluye castigo de particulares que remuneran a funcionario para la realización de acto no prohibido por hallarse esta conducta incluida en el artículo 423.1

Séptimo.—El motivo cuarto del recurso de O. se articula al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim y denuncia la indebida aplicación del artículo 423.1 del CP de 1995 a la conducta del acusado descrita en el apartado 2 de la narración histórica, de entregar dinero a un funcionario público en contraprestación a una acción de éste no integrante de delito, ni de indebida abstención, ni injusta, ni prohibida legalmente.

Entiende el recurrente que ya fue cuestionada la aplicabilidad del cohecho activo, a los comportamientos de particulares de remuneración a funcionarios públicos por acciones propias del ejercicio de sus funciones, no antijurídicas, y fue controvertida jurisprudencial y doctrinalmente la posibilidad de extender la figura de corrupción por los particulares a los funcionarios, del artículo 391 del CP de 1973, a los supuestos del artículo 390, en que se remunera un acto del funcionario no prohibido legalmente.

En el nuevo Código la implicabilidad de la figura del cohecho activo a los supuestos de premio al funcionario por actos conformes al ordenamiento, se deduce, a juicio del impugnante, de la situación del precepto sancionador del cohecho activo dentro del Capítulo V del Título XIX del Libro II, regulador del cohecho, en cuanto que dicho tipo se contiene en el artículo 423, y hace referencia, desde el punto de vista activo, a los de cohecho pasivo definidos y sancionados en los artículos 419, 420 y 421 (referentes a la comisión de actos integrantes de delito, a la perpetración de actos injustos o a la indebida abstención del funcionario).

A juicio del recurrente, no es comprensible en la figura de cohecho activo del artículo 423, la remuneración para los fines tipificados en el artículo 426 —es decir, para premiar un acto del funcionario no prohibido legalmente—. Al haberle sido aplicado al funcionario público Luis Carlos G. T. la figura del cohecho pasivo impropio del artículo 426 CP de 1995, la conducta de los particulares que remuneran a tal funcionario resulta impune.

Con arreglo a los hechos declarados probados en la sentencia, el motivo no podría prosperar, ya que la jurisprudencia de esta Sala (SS. de 7-10-1993 y 115-1994 y acuerdo del Pleno de 10-5-1994) estimó que, tras la reforma introducida por la LO 9/1991, de 22-3, la figura del artículo 391 del CP comprendía tanto al cohecho activo propio, como el impropio a que se refiere el artículo 390 del mismo Cuerpo Legal, y en relación al Código de 1995, la Sentencia 692/1997, de 7-11, entendió que habría que entender comprendido en el cohecho activo del artículo 423, los supuestos tipificados en el artículo 426.

(Sentencia de 13 de enero de 1999)

ARTÍCULO 432

Malversación de caudales públicos. Elementos: doctrina jurisprudencial

Segundo.—El delito de malversación de caudales públicos previsto en el artículo 432 CP de 1995, apreciado en la sentencia impugnada, está integrado por los siguientes elementos, que enumera la Sentencia de esta Sala 2/1998, de 29 de julio, dictada en el caso «Marey»:

1.º El autor ha de ser una autoridad o funcionario público, entendidas tales categorías jurídicas de conformidad con las definiciones contenidas en el artículo 24 CP de 1995.

2.º La autoridad, o el funcionario responsable del delito habrá de tener a su cargo, por razón de sus funciones, los caudales o efectos que se sustraen.

3.º Objeto de este delito habrán de ser necesariamente caudales o efectos públicos. Según el criterio de la Sentencia 250/1994, de 7-2, se consideran efectos públicos los bienes muebles que se hallan integrados en el patrimonio del Estado o de las Administraciones.

4.º La acción u omisión delictiva ha de consistir en la sustracción o en el consentimiento de que otro sustraiga los caudales o efectos públicos; y

5.º Por último, esa sustracción ha de ser realizada con ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto añadido a esta figura de delito por el nuevo Código Penal.

Deberá concurrir también en el delito de malversación de caudales públicos el elemento subjetivo del dolo genérico, que comprenderá el conocimiento de que los objetos sustraídos pertenecen al Estado o a las Administraciones, o se hallan depositadas, secuestradas o embargadas por la Autoridad pública, constituyendo, por tanto, tales objetos caudales o efectos públicos.

(Sentencia de 26 de marzo de 1999)

Naturaleza y bien jurídico del delito de malversación de caudales públicos: delito pluriofensivo

Cuarto.—Ambos motivos deben desestimarse aunque no por las mismas razones expresadas en la sentencia de instancia. No existe unanimidad doctrinal sobre la verdadera naturaleza jurídica del delito de malversación de fondos públicos y el bien jurídico que en él se protege; pero la jurisprudencia tradicionalmente viene admitiendo la naturaleza pluriofensiva de este delito, manifestada, de un lado, en el aspecto de la infidelidad del funcionario público que se plasma en la violación del deber jurídico de cuidado y custodia de los bienes que tiene a su cargo, con vulneración de la fe pública o la confianza en la correcta actuación administrativa; y de otra parte en su dimensión como delito patrimonial en cuanto atenta contra los intereses económicos del Estado o contra la Hacienda Pública (vid. SS. de 10 de octubre de 1989; 5 de febrero de 1993; y 1 de febrero de 1995, entre otras). Sin desconocer las más recientes concepciones, que desde una perspectiva funcional del patrimonio público y de la Administración como garante y agente de la capacidad prestacional del Estado, justifican la mayor protección material del Erario público en función de los intereses generales (Sentencia de 21 de junio de 1990), la dimensión patrimonial propiamente dicha de la malversación ha llevado a esta Sala a someter la continuidad delictiva de esta infracción a las reglas penológicas de los delitos contra el patrimonio, atendiendo para determinar la pena

del delito continuado no a la infracción más grave de las cometidas en continuidad, sino al importe total de lo malversado, pues como dijo esta Sala en su Sentencia de 26 de junio de 1989 «sin poder asimilarse técnicamente a los delitos contra la propiedad tiene un indudable carácter patrimonial, incluso como una modalidad del delito de apropiación indebida, cualificado por la misma cualidad del sujeto y la naturaleza de lo sustraído –cfr. STS 29-2-1988–». En análogo sentido la Sentencia de 20 de mayo de 1993 declara que la malversación, además del plus importante que significa la deslealtad grave de autoridad o funcionario, participa de la naturaleza de las infracciones contra el patrimonio debiéndose imponer la pena del delito continuado «teniendo en cuenta el perjuicio total causado»; criterio que asimismo proclama la Sentencia de esta sala de 13 de febrero de 1997; y más recientemente la Sentencia de 10 de febrero de 1998.

(Sentencia de 10 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 435.1.º

Exigencia de que los fondos malversados sean enteramente públicos; en otro caso estaremos a presencia de delito de apropiación indebida

Quinto.–(...) La Sala de instancia expone en el fundamento jurídico primero las razones que abonan su opción calificadoras en favor de la figura delictiva ahora cuestionada y lo hace en los siguientes términos:

«Los hechos que se declaran probados son legalmente constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado por los artículos 435.1 y 432 del CP de 1995, (...) ya que la condición de funcionario público en el sujeto activo del delito desaparece en aquellos supuestos en que la sustracción se refiera a fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas cuando éstos se hallen encargados por cualquier concepto a alguien que no ostente la cualidad funcional, figura a la que ya aludía el artículo 399 del derogado CP y que concreta el núm. 1 del artículo 435 del vigente Texto punitivo en quienes resulten encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas. La calificación jurídica de los hechos que nos ocupan depende exclusivamente en este segundo supuesto del carácter público de estos fondos, rentas o efectos. Éste no puede venir determinado por otra cosa que por su propia procedencia, encontrándonos, pues en forma diáfana ante el supuesto de autos. En efecto, tal y como se desprende del discurso fáctico precedente, una gran parte de las partidas que integraban los ingresos del ente corporativo del que el acusado ostentaba la cualidad de Presidente tenían una clara procedencia pública: así, la de mayor entidad por importe de 2.872.938 ptas. provenía de una subvención otorgada por la Diputación Foral de Álava, existiendo otras procedentes tanto del Ayuntamiento de esta misma localidad de Vitoria como de otros Ayuntamientos distintos, así como otra subvención otorgada por la “Federación Vasca de Badminton”, corporación de carácter público al igual que lo es la propia entidad constituida en acusación particular, segundo de los argumentos hecho valer por el Ministerio público en apoyo precisamente de la prosperabilidad de esta calificación alternativa a la inicialmente formulada provisionalmente en el sentido de encontrarnos en exclusiva ante un delito de apropiación indebida».

La precitada transcripción significa que el Tribunal *a quo*, reconociendo que el acusado no tenía la condición de funcionario público al no poder ser incluido entre las personas mencionadas en el artículo 24.2 del Texto punitivo vigente, mantiene, sin embargo, que debe condenársele por un delito de malversación de caudales públicos,

habida cuenta de que los fondos de que se apropió, tenían naturaleza pública al tratarse de subvenciones otorgadas por Organismos Autonómicos o Locales.

Sin embargo, tal afirmación acerca del carácter público de los fondos federativos no puede sostenerse con la contundencia mencionada, por cuanto del propio relato de hechos probados se desprende que no todo lo apropiado tenía dicho origen dado que en dicha premisa del silogismo judicial se detallan cantidades procedentes de cuotas de asociados, clubes provinciales y agrupaciones deportivas y otros ingresos no identificados de importante cuantía.

En su consecuencia, si expresamente se descarta que el Presidente de la Federación Deportiva tenga condición de funcionario o asimilado y la cualidad de caudales públicos, no puede asignarse, por procedencia ni por destino a una parte sustancial de los fondos manejados por el acusado, resulta extremadamente forzada la fórmula calificadora asumida por la Audiencia ya que la propia dicción del artículo 435 del Código Penal exige, por su estructura extensiva, una interpretación restringida que, en consonancia con el principio de legalidad, se acomode a estrictos criterios estimativos de tipicidad, hace inviable la aplicación de la figura de la malversación impropia a un supuesto tan peculiar, especificidad que se resalta expresamente para excluir criterios generalizantes con los que propiciar –invocándolos en otros procesos– cuotas de impunidad inadmisibles.

(Sentencia de 26 de febrero de 1999)

ARTÍCULO 435.3.º

Quebrantamiento de depósitos: doctrina general

Tercero.–(...) 2. El artículo 432 del vigente Código Penal, cuya aplicación se pretende, castiga a la autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero con igual ánimo, sustraiga caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones. El precepto mencionado, después de contemplar las modalidades agravada y atenuada del delito base, debe remitirse al artículo 435.3.º en el que se establece que las disposiciones del Capítulo son extensivas, entre otros, a los depositarios de bienes embargados por autoridad pública aunque pertenezcan a particulares.

Esta modalidad delictiva que tenía sus antecedentes en el Código derogado (artículos 394 y 399), también conocida como quebrantamiento de depósitos, exigía como requisitos los siguientes: *a)* un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes realizados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares; *b)* que una persona sea designada como depositaria de los bienes, adquiriendo por ello el ejercicio de una función pública que le equipara a la condición de funcionario; *c)* la aceptación del cargo por el depositario, con obligación de conservar los bienes, desde el momento en que los recibe en custodia o depósito; *d)* un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que ha acordado el depósito; y *e)* como requisito añadido por el nuevo Código Penal es necesario un ánimo tendencial de lucro.

3. Como elemento complementario del tipo penal, la jurisprudencia ha venido exigiendo, con reiteración, que la persona nombrada depositaria conozca perfecta y detalladamente las obligaciones del cargo para el que ha sido nombrada. Se precisa la formal y expresa aceptación de la persona designada una vez que ha sido minuciosamente informada de las obligaciones que contrae y de las responsabilidades en que puede incurrir. Se ha dicho reiteradamente por nuestra jurisprudencia, que la mera for-

malidad de un nombramiento no puede arrastrar tan graves consecuencias como las que pueden derivarse de la aplicación de las previsiones del tipo penal aplicable.

Por ello las informaciones puramente rutinarias, genéricas e imprecisas no pueden llevar ligadas, como efecto añadido, la exigencia de responsabilidad penal.

El requisito de la información previa se transforma, en el caso de que no exista en la debida forma, en un elemento negativo del tipo que produce en el sujeto un error invencible de prohibición que excluye la responsabilidad criminal.

4. En el caso que nos ocupa, el relato fáctico se limita a decir que la acusada aceptó el nombramiento y se hizo cargo de los bienes, sin especificar si fue informada detalladamente de sus obligaciones y responsabilidades, si bien en el fundamento de derecho primero se precisa que la diligencia de nombramiento de depositaria se llevó a cabo, sin que se hiciera constar siquiera ni de forma genérica, la advertencia de que contraía las obligaciones legales, lo que obliga la libre absolución de la acusada.

En relación con el acusado, el relato fáctico se limita a constatar que era deudor a la Tesorería General de la Seguridad Social y que le fueron embargados diversos bienes muebles por la Unidad de la Recaudación Ejecutiva, añadiendo que era administrador único de la sociedad deudora. A partir de esta referencia inicial, la narración fáctica no contiene ninguna otra mención a la intervención del acusado, en todas las vicisitudes posteriores, que llevaron a la adjudicación de los bienes embargados y a su entrega fallida a los adjudicatarios. Nos encontramos ante un delito denominado especial propio, en cuanto que su comisión sólo puede llevarse a cabo por la persona que ostenta la condición de depositario, aunque no es descartable la participación de extraños en forma de inductores, cooperadores o cómplices. No existe en el relato ninguna base fáctica que nos permita considerar, aunque sólo sea a efectos puramente dogmáticos, la posible integración del acusado en alguna de las modalidades de participación que hemos mencionado, por lo que su absolución es una consecuencia ineludible, que se deriva del silencio de hechos probados sobre su colaboración en los acontecimientos que se describen en la narración histórica.

(Sentencia de 9 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 450.2

No acudir a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito: Doctrina general

Tercero.—La redacción típica del vigente artículo 450 CP es semejante a la figura delictiva contenida en el anterior 338 bis, a pesar de la variación derivada de su ubicación sistemática, ahora entre los delitos contra la Administración de Justicia. Destaca, por otra parte, que en el párrafo segundo la omisión típica es aquella consistente en no acudir a la Autoridad o sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el párrafo anterior. Con ello se consagra en el tipo penal la interpretación realizada según la cual no bastaba, para realizar la conducta típica, omitir la denuncia sino sólo aquella denuncia que pudiera evitar —impedir— la realización del delito.

El bien jurídico protegido, en la vigente redacción del delito es la Administración de Justicia, en un sentido amplio. Las conductas descritas en el tipo protegen el deber de los ciudadanos de evitar los delitos o facilitar su persecución, bien actuando para impedir su realización, bien denunciando el hecho ante la Autoridad o sus agentes, para que impidan este delito. Además mediante el tipo se vertebra, de alguna manera, una nueva modalidad de protección de los bienes jurídicos que se mencionan en el precepto.

Cuarto.—El tipo penal objeto de la condena corresponde a un delito de omisión cuya estructura responde a los patrones de ese tipo de delitos, es decir, la existencia de una situación típica; la ausencia de una conducta determinada; y la capacidad de realizar esa acción. Aplicada esta estructura al delito objeto de la condena, la producción de un delito contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual; no impedir la comisión del delito; y posibilidad de actuar inmediateamente y sin riesgo propio o ajeno.

Estos elementos, como se ha dicho, que configuran el tipo omisivo aplicado necesitan de la necesaria actividad probatoria para satisfacer el derecho fundamental en el que apoya la impugnación.

(Sentencia de 4 de febrero de 1999)

ARTÍCULO 455

De la realización arbitraria del propio derecho. Doctrina general: novedades del CP 1995 y requisitos exigidos por la jurisprudencia; delimitación frente a delito de coacciones

Único.—(...) El delito de realización arbitraria del propio derecho es un delito pluriofensivo, que atenta contra el bien jurídico de la Administración de Justicia, y contra el patrimonio del deudor atacado (así se reconocen en las Sentencias de esta Sala de 15-3-1991, 27-10-1992 y 23-1-1998).

El Código Penal de 1995 ha modificado la figura en el sentido de extenderla a la realización de cualquier derecho, de suprimir la exigencia de que se cometa mediante el apoderamiento de cosa perteneciente al deudor, y de admitir que pueda realizarse, no sólo con violencia e intimidación, sino también con fuerza en las cosas.

La jurisprudencia de esta Sala, desarrollada básicamente en relación a la figura del artículo 337 CP de 1973, ha analizado los requisitos de la misma:

a) En cuanto a la relación jurídica extrapenal preexistente, se exigía que el autor del delito fuera titular de un crédito lícito, vencido y exigible (SS. de 30-5, 30-9 y 25-11-1985).

Con la nueva redacción dada al tipo de realización arbitraria del propio derecho en el artículo 455 CP de 1995, cabe aplicar éste respecto de derechos no crediticios u obligacionales, como los reales.

b) En cuanto a la dinámica, en relación al tipo del artículo 337 CP de 1995, se admitió por la jurisprudencia, que el delito pudiera perpetrarse mediante el apoderamiento de la cosa debida o de otra, puesto que el patrimonio del deudor responde con todos sus bienes (SS. 14-11-1984, 15-3-1988, y 27-4-1992), pero se estimaban constitutivos de delito contra el patrimonio los apoderamientos que superasen de forma importante el valor de lo adeudado (S. 3-2-1981).

Con la nueva redacción, y si se trata de hacer efectivos derechos de propiedad o reales, la apropiación deberá recaer sobre los bienes que constituyen el objeto de los derechos, para que se aprecie el tipo del artículo 455.

En el artículo 455 se prevé la comisión, no sólo mediante violencia e intimidación, sino también con fuerza en las cosas.

La jurisprudencia exigía el requerimiento previo directo y personal al presunto deudor (SS. 12-2-1990).

c) En cuanto al propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia (SS. 3-2-1981 y 26-2-1982) ha entendido que el

mismo determine la eliminación del ánimo de lucro, y marca la diferencia con el robo. La intención de enriquecimiento injusto preside el delito de robo, mientras en el artículo 455 CP de 1995, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto.

Pues bien, este elemento básico del delito del artículo 337 CP de 1973 y del artículo 455 CP de 1995, del ánimo de realizar y hacer efectivo el propio derecho, concurre también en los supuestos en que el despojo de la cosa y la violencia y la intimidación, se llevan a efecto, no en la persona del deudor, sino en la de un tercero que posea y detente el bien mueble, perteneciente al deudor, si el expoliante se apropió de la cosa para hacerse pago de un crédito contra el dueño de la misma o por tener derecho a que la cosa le sea entregada, en virtud de un contrato; por lo que debe estimarse que en tales casos debe aplicarse también el artículo 455 CP de 1995 ya que tal precepto, no exige que el acto coactivo se perpetre con el deudor.

Estima la Sala por ello que la conducta enjuiciada se ajusta mejor al tipo de realización arbitraria del propio derecho que al de coacciones del artículo 172 CP de 1995, en el que, según el Tribunal de instancia, encajaban más correctamente los hechos, ya que en esta figura delictiva no está previsto ningún elemento subjetivo del injusto, ni por tanto el propósito de restaurar derechos patrimoniales del forzador de la voluntad ajena.

Con arreglo a lo precedentemente expuesto, el recurso del Fiscal debe prosperar, por ser subsumibles los hechos declarados probados en la figura de realización arbitraria del propio derecho, puesto que concurrieron los elementos que caracterizan a la misma ya que:

- a) el acusado Iván G. M. tenía derecho a que le fuese entregada la camiseta que había comprado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1461 del Código Civil;
- b) para hacer efectivo tal derecho, Iván G. M. requirió al poseedor de la prenda de vestir, Iván B. S., que no era el que se la había vendido, para que se la diese;
- c) ante la negativa del requerido, el acusado exigió la entrega, amenazando al poseedor de la camiseta con una navaja, consiguiendo de esta forma que Iván B. S. le diese la prenda de vestir.

(Sentencia de 1 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 464

Obstrucción a la justicia. Artículo 464: elementos típicos. No es exigible que ya exista un proceso judicial abierto bastando las diligencias policiales (atestado)

Primero.—(...) Segundo motivo, por idéntico cauce por indebida aplicación del artículo 464.2.º del Código Penal.

Estima el recurrente que exigiendo el tipo penal que las represalias se hayan efectuado abierto ya el procedimiento judicial, al no concurrir este dato en el caso de autos, ya que sólo se había efectuado una denuncia en la Policía, devendría en inaplicable el tipo penal por falta de apertura del proceso judicial.

Fue en la reforma urgente y parcial del Código Penal aprobado por LO 8/1983, de 25 de junio que se introdujo el tipo penal del artículo 235 bis, antecedente del actual artículo 464 del vigente Código que estableció un régimen de específica tutela del derecho de cualquier persona a acudir en cualquier condición ante los Tribunales de Justicia. Tal tutela no era sino la consecuencia lógica del deber de colaboración con los Jueces y Tribunales previsto en el artículo 118 de la Constitución, tutela que se ha

visto ampliada en la LO 19/1994, de 23 de diciembre de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales.

La estructura del artículo es idéntica a la de su precedente legislativo en el citado artículo 325 bis del anterior Código Penal, ya que las diferencias entre uno y otro precepto se limitan a una mayor sencillez del texto vigente, así como a una mayor claridad en la finalidad perseguida en cuanto atentatoria contra la normalidad en toda actuación procesal; la inclusión de los abogados y procuradores como posibles sujetos pasivos sólo responde a la conveniencia de explicitar el término «parte» anteriormente utilizado evitando toda ambigüedad al respecto.

La protección penal del tipo que se comenta da lugar a dos figuras distintas. La del párrafo primero se refiere al castigo de los intentos violentos de influir en quien tiene que hacer alguna actuación procesal, en tanto que el párrafo segundo recoge las represalias efectuadas por las personas protegidas con ocasión de una actuación procesal ya realizada. Se trata de dos tipos penales con sustantividad propia como seguidamente se verá.

En relación al párrafo primero, debe decirse que tipifica un delito de peligro –también calificado de «empresario» por la doctrina alemana–, que se consuma con la sola realidad de la violencia o intimidación ejercidas con la finalidad de coartar la libertad de quien intervenga en un procedimiento –ya sea civil o penal–, por ello no caben las formas de ejecución imperfecta, de suerte que si el autor consigue su propósito, se da lugar al tipo agravado previsto en el inciso último del párrafo primero; finalmente, dado el dolo específico de intentar una modificación de una actuación procesal y el «modus operandi» a través del cual se persigue aquel fin, es obvio que no caben las formas de ejecución culposa. En tal sentido SSTS de 11 de abril de 1996 y 18 de diciembre del mismo año.

En relación al apartado segundo, por el que ha sido condenado el recurrente, tiene como elemento subjetivo que le da autonomía a este tipo delictivo, el ser la expresión de un ánimo de venganza –inexistente en el párrafo primero–. En todo caso la realización de tales represalias deben ser subsumibles en un acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes de las personas, por lo que consumado el ataque contra tales bienes, puede entrar en concurso con el delito contra la Administración de Justicia, concurso que, a la vista del último inciso del párrafo 2.º del artículo 464 «... sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos...» habrá de estimarse como concurso real, con punición independiente por cada delito con la única limitación temporal prevista en el artículo 76 del Código Penal.

En los casos en los que la represalia se haya sólo explicitado sin llevarla a cabo, como es el caso de autos en el que, según el *factum*, el recurrente «... sacó una navaja del bolsillo y se encaró hacia Mustapha al tiempo que le decía por qué le había denunciado...» se está en presencia de una amenaza si bien no se sanciona como tal sino en el delito que se comenta por haberse emitido en el contexto de un proceso y como represalia a una actuación ya realizada por el amenazado, pero esta situación no altera la estructura propia de la amenaza considerada reiteradamente por la doctrina de esta Sala –entre las últimas STS núm. 832 de 17 de junio de 1998– como un delito de mera actividad que se consuma con la llegada del anuncio a su destinatario y que descansa en la efectiva conminación de un mal con apariencia de seriedad y firmeza, por lo que al igual que se razonaba en relación al delito del párrafo primero del artículo 464, tampoco aquí caben las formas de ejecución imperfectas.

Dando respuesta a la única impugnación que efectúa el recurrente en la fundamentación del motivo, ésta se centra, como ya se ha anunciado en la –según su afirma-

ción—, inexistencia de proceso judicial cuando se efectuó la represalia, ya que sólo existía atestado policial.

La objeción debe decaer y con ella el propio motivo.

Es obvio que todo procedimiento penal puede empezar bien por una denuncia o querrela efectuada directamente ante la autoridad judicial, o, lo que suele ser más frecuente, tiene por inicio una denuncia o una investigación efectuada ante la Policía, a tal respecto es oportuno recordar el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que especifica las funciones de la Policía Judicial y el artículo 297 que se refiere al valor del atestado policial, por lo que el intento de excluir del concepto de procedimiento judicial a las diligencias policiales está condenado al fracaso. Dos razones más pueden darse:

1.º Es reiterada la doctrina jurisprudencial que en relación a la atenuante de arrepentimiento espontáneo, en la redacción del anterior Código —artículo 9.9.º—, estimó que en el término «procedimiento judicial» había de estimarse incluidas las diligencias policiales, en tal sentido SSTS de 16 de marzo, 30 de abril y 16 de julio de 1990 y 24 de septiembre de 1992, entre otras.

2.º Tal interpretación queda avalada con la actual redacción del artículo 464.1.º, que al igual que el párrafo primero del anterior artículo 325 bis, sólo se refiere a actuación en «un procedimiento», sin referencia a que sea judicial.

Es cierto que en el delito de represalia del párrafo 2.º se cita expresamente «procedimiento judicial», en tanto que en el delito del párrafo 1.º sólo se dice «procedimiento», pero de esta diferente dicción no se puede derivar conclusión en favor de la tesis del recurrente que supondría una reducción del ámbito de protección del correcto funcionamiento de la justicia, y que, además, viene avalada por la doctrina jurisprudencial sobre el arrepentimiento ya citada; se está sin duda ante una aparentemente diferencia, proveniente del antiguo artículo 325 bis, trasplantada al actual artículo 464.

Por lo demás, del examen de los autos se comprueba, que el procedimiento judicial ya fue abierto con la primera denuncia efectuada el 19 de septiembre de 1996 —folio 1—, la que dio lugar al auto de incoación de previas y sobreseimiento provisional del 20 de septiembre de 1996 —folio 3—, anterior a la denuncia por represalias efectuada el 24 de septiembre, siendo indiferente que en la primera no apareciera totalmente identificado el recurrente ya que lo relevante penalmente es la existencia de represalias —sólo anunciadas—, con independencia de que el recurrente hubiese sido totalmente identificado en la denuncia inicial, ya que, se insiste una vez más, el bien jurídico protegido en la recta Administración de Justicia, valor superior de una sociedad democrática estructurada como Estado de Derecho. De alguna manera puede afirmarse que la independencia e imparcialidad que se espera y se exige de los Jueces y Tribunales, tiene su lógica proyección en la ausencia de interferencias sobre todas las personas intervinientes en un proceso.

(Sentencia de 27 de julio de 1999)

Características: Delito de mera actividad

Primero.—(...) La constante Jurisprudencia de esta Sala II tiene afirmado que el delito aquí cuestionado guarda una evidente relación con la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, sobre Protección a Testigos y Peritos en Causas Criminales. La infracción se proyecta realmente a través de dos variedades, la primera cuando la violencia o intimidación se ejerce sobre el denunciante, parte, testigo, perito o intérprete, para que se retracte

de su denuncia, informe o declaración. La segunda cuando los actos contra la vida, la integridad, la libertad, la seguridad o los bienes sean como represalias por su actuación en el procedimiento judicial, que es el caso de ahora. Es una infracción contra la Administración de Justicia que se concreta en un atentado contra la libertad de actuación. Obviamente el bien jurídico protegido es la propia Administración que se ve privada de la libertad de cooperación de aquellos que expresamente designa el precepto, como *numerus clausus*. En esta tutela de la indemnidad de quienes son ya colaboradores de la Justicia, también indirectamente de la propia independencia judicial, el sujeto activo de la acción criminal es generalmente un imputado ya en las actuaciones en trámite, en tanto que el sujeto pasivo son esos denunciantes, peritos, parte, testigos o intérpretes que el artículo indica –Sentencia de 16 de marzo de 1993–. Esta infracción tendencial, de mera actividad, se consume desde que se produce el solo intento, violento o intimidatorio, aunque no se logre el objetivo propuesto (STS de 19 de julio de 1999).

En el caso de autos se contienen los requisitos necesarios para la aplicación del precepto penal aplicado, así se contiene la existencia de una denuncia previa e inicio de investigaciones en las que se le imputan al recurrente la comisión de un hecho delictivo, y la acción de éste, que con la finalidad de que la denunciante modificase su posición procesal, retirando la denuncia le insulta e intimida con amenazas hacia su persona y bienes, lo que evidencia la existencia del elemento subjetivo en la acción del acusado, que el juzgador deduce de los hechos declarados probados, mediante un juicio de inferencias, acorde a la lógica y máximas de experiencia.

(Auto de 5 de octubre de 1999)

ARTÍCULO 467.2

Deslealtad profesional de abogado que perjudica de forma manifiesta y por imprudencia grave los intereses que le fueron encomendados al optar por procedimiento equivocado, negociando una cantidad lesiva para ellos y reteniendo largo tiempo dinero que debía entregar a los mismos; Diferencias y relación con el delito de prevaricación de abogado del artículo 360 del Código derogado

Tercero.–Es indudable, por el contrario, que los hechos probados sí constituyen uno de los delitos que se preveían en el artículo 360 CP 1973 bajo la rúbrica general de la prevaricación, con que se abría el título dedicado a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos: nos referimos al que ha pasado a ser el tipo de deslealtad profesional hoy definido, en el artículo 467.2 CP 1995, como delito contra la Administración de Justicia. El artículo 360 CP 1973 comprendía dentro de las prevaricaciones la conducta del «abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusable, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión». Se yuxtaponían así en el precepto derogado dos –en rigor, tres– infracciones de distinta naturaleza y gravedad en que pueden incurrir abogados y procuradores, cuales son el descubrimiento de secretos conocidos en el ejercicio de la profesión y la irrogación de perjuicio al cliente por abuso malicioso del oficio o por negligencia o ignorancia inexcusable. En el CP/1995 el descubrimiento de secretos realizado por un profesional ha pasado a ser un tipo autónomo definido en el artículo 199.2 que se incluye, en el Título X, entre los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, en tanto el hecho de perjudicar, de cualquier otro modo, al cliente

por un abogado o procurador se ha convertido en un delito de deslealtad profesional, previsto en el artículo 467.2, que forma parte de los delitos contra la Administración de Justicia a los que está dedicado el Título XX. A su vez, este delito ha sido dividido en un tipo doloso y otro culposo, antes unificados por la misma pena y ahora diferenciados en los párrafos primero y segundo del artículo 467.2 que establecen penas distintas para la modalidad dolosa y la culposa. Cabe añadir que, siendo la definición del delito en cuestión que ofrece el artículo 467.2 más precisa –más respetuosa con el principio de legalidad, en definitiva– que la del artículo 360, aquélla deberá ser utilizada hoy para la interpretación del precepto derogado cuando el mismo deba ser aplicado, sin perjuicio naturalmente de que la norma vigente sea aplicada cuando resulte más favorable al reo. Será necesario, en consecuencia, para que la conducta de un abogado o procurador sea hoy subsumible en el tipo de causación de perjuicio al cliente, previsto en el artículo 360 CP/1973, que el agente, «por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados». Este es, pues, el elemento objetivo del delito: causación, por acción u omisión, de un perjuicio manifiesto a los intereses que han sido encomendados al profesional.

Cuarto.—No parece que pueda discutirse, en el caso, ni la existencia de un perjuicio manifiesto para los intereses de los herederos del señor M. C., ni la decisiva responsabilidad que en la causación de dicho perjuicio corresponde al acusado al que tales intereses fueron encomendados. El perjuicio se evidencia con sólo constatar que aún hoy, cuando nos acercamos al décimo aniversario del accidente que costó la vida al señor M. C., su viuda e hijos no han percibido todavía la totalidad de la indemnización a que tienen derecho, y que fue el año próximo pasado cuando, por mandato de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo el 11 de febrero de 1998, recibieron una parte de la suma que insistentemente reclamaban. Hay que decir que el perjuicio no ha consistido únicamente en el intolerable retraso con que se ha reconocido su derecho a los perjudicados –pese a que el legislador ha dispuesto medios y vías procesales idóneos para que los perjudicados por accidentes de tráfico sean prontamente indemnizados, al menos en la cuantía cubierta por el seguro obligatorio– sino en la comprensible angustia, inseguridad, desconfianza y desánimo con que aquéllos han percibido durante largos años, desde la presumible modestia de sus posibilidades económicas y su escaso conocimiento del mundo jurídico, cómo el tiempo pasaba y sus legítimas expectativas se demoraban cada vez más y, en ocasiones, parecían desvanecerse. Es éste un perjuicio claramente manifiesto para los intereses de los herederos del señor M. C., cuya causa no es otra, en último análisis, que la forma como el acusado actuó en la tutela de dichos intereses. En primer lugar, demorando más de un año, desde que se ofreció a los perjudicados para asumir la defensa de sus intereses, la formalización de una pretensión en vía judicial. En segundo lugar, absteniéndose entonces de solicitar se dictase el auto previsto en el artículo 10 de la Ley 122/1962, cuyo testimonio hubiese sido título ejecutivo para reclamar a la entidad aseguradora la cantidad que en dicha resolución se fijase como indemnización de los daños y perjuicios derivados del accidente, eligiendo una vía civil declarativa, más lenta e incierta, que ni siquiera era la establecida al efecto en la disposición adicional primera de la Ley 3/1989, de 21 de junio. En tercer lugar, haciendo creer a los perjudicados, cuando el proceso de menor cuantía fue sobreesido, que el asunto estaba prácticamente perdido y aventurándose a una negociación con el abogado de la Compañía aseguradora en que rebajó las pretensiones de sus clientes muy por debajo de lo que podía razonablemente conseguirse. En cuarto lugar, asumiendo un mandato que nadie le había otorgado, puesto que ni lo era el poder general para pleitos que en su día recibió ni podía presumirse que a dicho mandato equivalía una informal conversación con el esposo de una de las hijas del fallecido –al que por su cuenta comunicó que lo más que podía conseguirse como

indemnización era uno o dos millones de pesetas— o una carta informativa del pobre resultado de las negociaciones de la que, por cierto, nunca tuvo respuesta. Y en quinto lugar, reteniendo en su poder la cantidad a que quedó reducida la recibida de la aseguradora, una vez descontadas las partidas que unilateralmente consideró oportunas, sin realizar gestión alguna orientada a la entrega del dinero a sus destinatarios, después de haber dirigido a uno de ellos una carta de la que no tenía tampoco constancia hubiese sido recibida y pese a que los veía en el pueblo cuando ocasionalmente lo visitaba, retención que bien pudo haberse prolongado indefinidamente de no haberse producido la denuncia de los perjudicados cuando su nuevo abogado comprobó que el acusado había recibido el dinero y renunciado a las acciones que a los mismos correspondían. Esta singular manera de velar por los intereses de sus clientes, que tuvo el acusado, fue la causa decisiva de los perjuicios a que antes nos hemos referido aunque acaso pudiera pensarse que no sean del todo ajenas a los mismos ciertas actuaciones judiciales. Pero, para descartar que así haya sido, no hay que perder de vista: a) que, aun no habiéndose dictado de oficio, como es preceptivo, el auto fijando la cantidad líquida máxima que podía ser reclamada en juicio ejecutivo, su pronunciamiento pudo y debió ser solicitado por el acusado tan pronto las diligencias previas fueron sobreseídas; b) que, aun pudiendo haber continuado la tramitación del juicio de menor cuantía hasta el dictado de la sentencia, pese a ser el juicio verbal el legalmente previsto para estos supuestos, la elección de aquel proceso nunca hubiese estado justificada por la mejor y más rápida defensa de los intereses de los perjudicados que aconsejaba, sin lugar a dudas, la elección de la vía judicial expresamente instrumentada por la ley; y c) que el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Talavera de la Reina no hubiese estimado la excepción de prescripción —luego desestimada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo— si el acusado hubiese actuado desde el principio con la debida prontitud y el exigible conocimiento de la *lex artis*.

Quinto.—Demostrado en el fundamento jurídico anterior que concurre, en el caso sometido a enjuiciamiento, el elemento objetivo del delito —no consistente en descubrimiento de secretos— previsto antes en el artículo 360 CP/1973 y ahora en el 467.2 CP/1995, veamos seguidamente si concurre el elemento subjetivo de alguno de los tipos —puesto que son más de uno descritos en una y otra norma—. En el delito de causación de perjuicio al cliente que contemplaba el artículo 360 CP derogado el elemento subjetivo podía ser, indistintamente, la malicia —el «abuso malicioso»— o la negligencia o ignorancia inexcusable, previéndose la misma pena en ambos casos, lo que no dejaba de ser una extraña anomalía. En el delito de deslealtad profesional que hoy aparece configurado en el artículo 467.2 CP/1995 se distinguen, describiéndolas en párrafos distintos dos tipicidades castigadas con penas diversas: la dolosa, para la que lógicamente se reserva una pena mayor, y la culposa que se integra «si los hechos fueran realizados por imprudencia grave». Conviene subrayar la distinta forma como ha sido definido el tipo doloso en la norma derogada y en la vigente. El artículo 360 CP/1973 aludía al perjuicio causado «con abuso malicioso» del oficio de abogado o procurador; por su parte, el párrafo primero del artículo 467.2 no utiliza para caracterizar la acción u omisión el adjetivo «malicioso» ni otro alguno que se le parezca, aunque es evidente que el tipo descrito en él es de naturaleza dolosa puesto que el culposo aparece singularizado en el párrafo siguiente. Estas distintas definiciones del tipo doloso nos ponen de relieve que mientras en el previsto en el viejo artículo 360 el dolo del autor de este delito tenía que ser directo —pues no otra cosa significa la malicia— en el previsto en el actual artículo 467.2, párrafo primero, no es preciso que tenga aquella nota diferenciadora pudiendo ser también eventual. De ello se deduce que, habiendo realizado el acusado la conducta que se le imputa bajo la vigencia del CP/1973, la misma sólo sería subsumible en el tipo doloso del artículo 360 de haber concurrido «malicia», es decir, propósito directo de causar el perjuicio que efectivamente ocasionó. No creemos estar ante un comportamiento doloso de esta índole. El acusado

pudo prever, por supuesto, que su desatención y sus desaciertos podrían originar una grave demora en el reconocimiento y efectividad de los derechos de sus clientes e incluso provocar la definitiva pérdida de tales derechos. Cuando se avino a negociar una transacción claramente perjudicial para sus clientes, no sólo se «pudo» representar el daño que la misma implicaba, sino que necesariamente se le «tuvo» que representar. Y es harto difícil que no fuese consciente de que estaba perjudicando a sus clientes durante el año largo que tuvo en su despacho una cantidad que les pertenecía –aunque no fuese ni la cuarta parte de la que luego se comprobó que les correspondía– pues no es verosímil que en el despacho del acusado estuviese olvidada, entre los papeles de un expediente, la no desdeñable suma de un millón doscientas cincuenta mil pesetas. No obstante, este nivel de consciencia que al acusado atribuimos, relativo a la posibilidad e incluso a la vehemente probabilidad de causación de un perjuicio a sus clientes, no nos parece que sea suficiente para integrar el dolo directo que sería necesario para reprocharle un «abuso malicioso» de su profesión. Dicho grado de consciencia nos permite afirmar, sin duda alguna, la existencia de una culpa con previsión o, lo que es igual, la concurrencia como mínimo de la «negligencia o ignorancia inexcusable» del tipo culposo de prevaricación profesional que castigaba el artículo 360 CP/1973. Ahora bien, esta norma que, en principio, consideramos es la aplicable al caso de autos –porque era la vigente cuando los hechos se perpetraron y porque, como hemos visto, parece resultarle más favorable en tanto no permitiría conceptualizar la conducta como dolosa sino como meramente culposa– prevé una pena más grave que la establecida para la deslealtad profesional culposa en el segundo párrafo del artículo 467.2 CP/1995. Todas las conductas comprendidas en el derogado artículo 360 estaban sancionadas con penas de suspensión y multa de cien mil a quinientas mil pesetas, teniendo la pena de suspensión, que en el presente caso sería naturalmente de la profesión de abogado, una duración que podría oscilar entre un mes y un día y seis años, según los artículos 30 y 42 CP/1973. Frente a esta previsión, el delito de deslealtad profesional por imprudencia grave se encuentra castigado, en el segundo párrafo del artículo 467.2 CP/1995 con penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años. Prescindiendo de la pena de multa –que puede ser objeto de una prudencial individualización– es claro que la privativa de derecho establecida en la norma vigente es sensiblemente más suave que la de la norma derogada. Ello nos conduce finalmente a subsumir la conducta del acusado en el párrafo segundo del artículo 467.2 CP/1995 y a considerarla constitutiva de un delito de deslealtad profesional por imprudencia grave.

(Sentencia de 31 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 468

Ampliación de acciones típicas respecto al Código derogado: quebrantamiento de custodia policial

Tercero.–(...) A) Ciertamente en principio cabe que exista un delito del artículo 468 en los casos en que un detenido por la Policía se fugue, como consecuencia de la evidente ampliación del tipo penal, con relación a lo que disponía el artículo 334 CP anterior, ampliación que se ha producido en un doble sentido:

1.º Eliminando la expresión «el sentenciado o preso» que servía para definir el sujeto activo en esos delitos.

2.º Ampliando el número de situaciones penales o procesales que permiten la comisión de estos hechos delictivos, agregando a las del anterior artículo 334 las medidas de seguridad y las cautelares.

Con esta ampliación los detenidos por decisión policial, antes de que haya ninguna resolución judicial al respecto, si quebrantan la custodia o la conducción a que están sometidos, pueden incurrir en esta figura delictiva del artículo 468, cuando en esas mismas circunstancias el hecho era atípico conforme a los más estrictos términos en que se expresaba el anterior artículo 334.

B) También es cierto que, lo mismo con el CP actual que con el precedente, al tratarse, en estos casos de delitos de resultado, si se inicia la ejecución del hecho delictivo y la consumación no se produce, caben formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada según los conceptos del CP/1995.

Por tanto, en cuanto a la configuración legal de lo dispuesto en el artículo 468 CP vigente, no hay obstáculo alguno para que este delito se hubiera podido cometer en el caso presente.

(Sentencia de 22 de abril de 1999)

ARTÍCULO 469

Concepto de quebrantamiento y concurrencia de fuerza en las cosas: existe el delito aunque los fugados sólo pretendieran ausentarse durante unas horas; bien jurídico equivalente a la efectividad de las resoluciones judiciales

Primero.—(..) El relato de hechos probados, intangible en esta vía casacional, pone de relieve, en la fecha del relato que ambos acusados «cumplían sendas penas de prisión en la Sección Abierta del Centro Penitenciario Sevilla-II» y «decidieron ausentarse subrepticamente del establecimiento durante unas horas». «Se descolgaron con auxilio de unas sábanas anudadas por la ventana de su celda, accediendo así al patio de la Sección...», penetraron en el departamento de papelería y por otra ventana salieron al exterior. Ello ocurre sobre las 23 horas del 27 de marzo de 1997, siendo detenidos por la Guardia Civil «sobre las 5.45 horas del día siguiente...».

Se añade, también, que ambos acusados fueron clasificados en tercer grado de tratamiento con efectos de 21 de enero de 1997 y tenían sus respectivos expedientes de libertad condicional elevados al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Entiende el Tribunal de instancia como argumentación de su fallo absolutorio, que el delito de quebrantamiento de condena es esencialmente doloso y exige la voluntad de sustraerse definitivamente a la pena. Curiosamente a pie de página en la sentencia y como nota 1 señalan los tratadistas que entienden que no debe estimarse el delito cuando el sujeto tiene intención de reintegrarse al lugar de cumplimiento, al menos en un plazo que no equivalga a esa frustración efectiva.

Añade la impugnada resolución que las antiguas Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1885 y 22 de junio de 1888, se oponen a dicha tesis pero se dictaron en aplicación del Código Penal de 1870, que incluía tal infracción en la Parte General, moviéndose en la línea contraria las Sentencias de 15 de junio de 1875 y 6 de febrero de 1907 y la más moderna de 2 de diciembre de 1976.

Se añade que por tratarse de un delito contra la Administración de Justicia, el bien jurídico protegido es la efectividad de los pronunciamientos de la autoridad judicial en orden a la ejecución y cumplimiento de determinadas penas o medidas —Sentencia de 26 de marzo de 1984— y ello no resulta comprometido por una ausencia deliberadamente fugaz del Centro carcelario.

En cuanto al nuevo Código, el quebrantamiento de la condena a pena de arresto de fin de semana no se produce hasta que el condenado incurre en la segunda ausencia injustificada.

Por último, se refiere a nuestro ordenamiento a diferencia con otros europeos y a las críticas suscitadas por la doctrina al respecto.

Segundo.—Este Tribunal tiene que disentir de la Sala de instancia, en base a los siguientes argumentos. En primer lugar, nuestro Código Penal vigente ha sido aprobado por el Parlamento de una sociedad democrática y por una mayoría exigida, dada su naturaleza de Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. La doctrina tiene una importante función de interpretar, dosificar e incluso provocar la reforma futura, pero el principio de legalidad es exigencia de un Estado de Derecho.

La literalidad del artículo 469 no ofrece dudas de su aplicabilidad al supuesto traído a la censura casacional. Se trata de sentenciados y presos que se fugan del lugar de reclusión haciendo uso de fuerza en las cosas. No cabe duda de que los acusados, ahora recurridos, se han fugado del lugar de reclusión y ello se proclama con el intangible *factum*: «Ambos cumplían sendas condenas de prisión en la Sección Abierta del Centro Penitenciario Sevilla-II, decidieron ausentarse subrepticamente, durante unas horas» y con la serie de operaciones que el hecho probado describe aparecieron en el exterior y «se dirigieron a la barriada de Torreblanca». Ambos eran conscientes de que cumplían una pena de prisión y no podían escaparse y, pese a ello, quebrantaron su condena en el sentido literal del verbo y del sustantivo denominador del delito. Quebrantamiento, según el Diccionario de la Real Academia es «acción y efecto de quebrantar» y por tal debe entenderse, «romper, separar con violencia las partes de un todo». La doctrina jurisprudencial ha estimado pues para su existencia, como presupuesto ineludible y necesario, una condena anterior, ya que para estimar quebrantada una condena es preciso partir de que ésta exista y se encuentre en trance de ejecución.

La expresión de «fuerza en las cosas» se utiliza en el propio Código en los artículos 237 y 238, referidos al robo, como una modalidad frente a la otra de violencia o intimidación en las personas.

La fuerza en las cosas aparece cuando concurre alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 238 en sus cinco números.

Pues bien, en el caso enjuiciado concurre. En primer lugar, las circunstancias indicadas en el precepto —artículo 469, como antes en el artículo 335 del texto de 1973— y no constituyen formas de ejecución del delito, sino de agravación de la pena cuando concurren y sin perjuicio de los delitos que se cometieran, como señaló la añeja sentencia de este Tribunal de 6 de diciembre de 1913. Así, aunque la «fuerza en las cosas» se haya determinado por la doctrina y la jurisprudencia circunscrita tan sólo a la denominada fractura inmobiliaria, ello concurre en este caso. El hecho probado describe que para alcanzar el exterior en su fuga del Centro Penitenciario, tuvieron que levantar con una barra metálica, a modo de palanca la parte inferior de la alambrada. Tal actuación supone empleo de fuerza, en el sentido literal del término. Utilización de fuerza física, como se ha configurado por esta Sala en su equivalencia con la *vis phisica*, para negar el «escalamiento», que indudablemente concurrió, pero que ha sido negado en el quebrantamiento de condena —ver Sentencia de este Tribunal de 30 de marzo de 1987—. En resumen, concurre la *vis in rebus* en el sentido genérico y no vinculado conceptualmente como se define en el delito de robo y la fuga en cuanto hace uso de esta fuerza en las cosas.

En resumen, concurre la acción típica en cuanto los hechos son subsumibles en el artículo 469 del vigente texto legal.

El deber de permanencia en el establecimiento penitenciario hasta su liberación constituye una obligación *ex lege*, en cuanto recogida en el artículo 4.1 a) Ley General Penitenciaria y se trata de dos sentenciados que se fugan del lugar de reclusión utilizando fuerza en las cosas, quebrantando así su condena.

Tercero.—Pero esta Sala no sólo ha utilizado su propia argumentación, sino que no está conforme con la utilizada por la Audiencia.

Que el delito sea doloso, no quiere decir, como hace el Tribunal de instancia, con un salto mental al vacío, que exige la voluntad de sustraerse definitivamente a la pena. Los acusados conocían sobradamente que cumplían una pena de prisión, privación de libertad deambulatoria y violaron, quebrantaron, en suma, tal limitación utilizando la fuerza en las cosas. La ubicación del precepto en el Título XX del Libro II «Delitos contra la Administración de Justicia» y en concreto en su Capítulo VIII, «Del quebrantamiento de condena», nada específica del tiempo, de la duración que ha de alcanzar tal quebrantamiento. En el supuesto enjuiciado, existe una ruptura, un quebrantamiento, importa poco, sea definitivo o temporal, de su situación de restricción de libertad. Tal ruptura se ha producido contra la efectividad de un pronunciamiento de resolución judicial en orden al cumplimiento temporal de determinadas penas o medidas. Como señaló la Sentencia de este Tribunal de 9 de octubre de 1991, se ha producido una perceptible mutación de la realidad exterior, el cambio de la restricción, coacción y limitación deambulatoria por otra de libertad.

Reconoce la Audiencia que antiguas sentencias se oponen a su tesis, lo que no le impide hacer su hermenéutica. Ahora bien, las repudia por referirse al texto de 1870, lo que no le impide utilizar otras de aplicación de tal Código, de 1875 y 1907, favorables a su tesis. Mas ambas resoluciones carecen de fuerza suasoria, porque una fue de tal brevedad y excepcional en el repertorio jurisprudencial y la otra cumpliendo órdenes del Director. No puede apoyarse la Sentencia recurrida en la más moderna de 2 de diciembre de 1976, porque hace ineficaz e ilusoria la pena, no consiste en no ampliarla en absoluto, sino no ampliarla en la extensión y contenido con que viene establecida.

Igual rechazo ha de merecer la interpretación en base al bien jurídico, porque el bien jurídico como equivalente a la efectividad de los pronunciamientos judiciales, a que se refiere la Sentencia de 26 de marzo de 1984, resulta lesionado y alterado por ausencias del cumplimiento efectivo de la restricción de libertad.

Finalmente, la tesis del arresto de fin de semana del artículo 37.3, resulta contraria a la tesis del órgano *a quo* por la regla hermenéutica de *inclusio unius, exclusio alterius*. El estimar en el asunto de fin de semana delito de quebrantamiento de condena, en cuanto ordena al Juez de Vigilancia, a deducir testimonio, a partir de la segunda falta demuestra palmariamente que para las otras penas privativas de libertad se sigue la regla general, de cualquier quebrantamiento efectivo de la condena. Además, es distinta la situación del arresto de fin de semana, que voluntariamente ha de acudir a su cumplimiento periódicamente, al preso privado de libertad, que incumple su condena sustrayéndose a la limitación de la libertad impuesta.

El motivo debe ser acogido.

(Sentencia de 15 de febrero de 1999)

ARTÍCULO 527.1

Supuestos de atipicidad: transcurso de más de un año desde la declaración de útil y más de tres años desde el reconocimiento de objetor hasta el día en que debía presentarse a cumplir la prestación

Segundo.—No sería exacto decir que bajo la vigencia de la Ley 48/1984 y de los Reglamentos que la desarrollaron existiese una situación normativa no suficiente-

mente clara. El marco trazado por aquellas disposiciones para el ejercicio legítimo del derecho a la objeción de conciencia y el cumplimiento de la prestación social sustitutoria, así como las normas penales que sancionaban las más graves conductas contrarias al ordenamiento jurídico vigente en esta materia, podían ser considerados tan fácilmente inteligibles como la seguridad jurídica exige. No obstante, la evolución sociocultural a que nos hemos referido, a la que evidentemente no son insensibles los intérpretes y los operadores jurídicos, ha provocado en la práctica ciertas contradicciones en la aplicación de aquellas normas, susceptibles de generar zonas de relativa inseguridad para el comportamiento ciudadano concernido por las mismas. Concretamente, la situación de disponibilidad para la prestación social sustitutoria, que es el presupuesto para que pueda cometerse el delito previsto en el artículo 527.1.º CP —la falta de incorporación al servicio asignado al objetor— ha sido objeto de interpretaciones dispares no siempre —hay que reconocerlo— sólidamente justificadas. A terminar con este estado de cosas, que aun afectando a un ámbito de la realidad social caracterizado por su transitoriedad no puede lógicamente prolongarse ni aun temporalmente, ha venido la Ley 22/1998 cuyo artículo 8 establece taxativamente: «La situación de disponibilidad comprende desde que el solicitante obtiene la consideración legal de objetor de conciencia hasta que inicia la situación de actividad. La duración máxima de la situación de disponibilidad será de tres años. Transcurrido dicho plazo sin que el objetor hubiese iniciado la situación de actividad por causas no imputables al mismo, pasará directamente a la situación de reserva». Y como en la disposición transitoria segunda del nuevo Texto se dice que «El régimen jurídico de la prestación social sustitutoria, previsto en esta Ley, será de aplicación a los objetores de conciencia que, habiendo sido reconocidos como tales con anterioridad a su entrada en vigor, tuvieran pendiente el cumplimiento de la prestación social», esta Sala entiende que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 22/1998, el aplicador del derecho tiene un criterio de interpretación de la norma al que debe inexcusablemente atenerse: el pase a la reserva se habrá producido o se producirá en adelante a los tres años de haberse obtenido la consideración legal de objetor sin que el declarado tal haya iniciado la situación de actividad por causas que no le sean imputables, lo que quiere decir que si, transcurrido aquel plazo, no se presentó o no se presenta en el futuro para cumplir el servicio asignado, la conducta habrá de ser considerada atípica. A lo que debe agregarse que la conducta será igualmente atípica y no punible: a) cuando sea apreciada alguna de las causas de exención o aplazamiento reguladas por ahora en el Reglamento de 24 de febrero de 1995, o que se regulen en el futuro Reglamento previsto en el artículo 9 de la Ley; y b) cuando se trate de un objetor reconocido antes de la entrada en vigor del Reglamento de 24 de febrero de 1995 y declarado útil para la prestación social sustitutoria, que no hubiese iniciado su actividad, por causa que no le sea imputable, en el plazo de un año desde la declaración de utilidad, toda vez que este objetor estaría amparado por lo dispuesto en el artículo 32.2 del Reglamento de 15 de enero de 1988 que establecía, para la situación de disponibilidad, «una duración máxima de un año desde que los objetores sean declarados útiles para realizar la prestación». En cualquier otro caso, la conducta habrá de ser considerada típica y punible.

(Sentencia de 2 de enero de 1999)

No procede el estado de necesidad al no haber conflicto con el derecho a la libertad de conciencia o ideológica

Primero: (...) El estado de necesidad presupone una situación de conflicto entre diversos males, de modo que sea necesario acudir a la realización de un mal para

librarse del mal que amenaza. Cuando el mal que se causa es de menor entidad valorativa, el estado de necesidad opera como causa de justificación y como causa de inculpabilidad, cuando los bienes son de igual entidad.

No es fácil presentar como situación de conflicto, como hace el recurrente, la situación que describe, la libertad ideológica y la Prestación Social Sustitutoria.

Con carácter general el Tribunal Constitucional, STC 55/1996, de 28 de marzo, ha declarado que la libertad ideológica no resulta por sí sola suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes legalmente establecidos.

El derecho fundamental a la libertad ideológica tiene previsto en su propia proclamación limitaciones que el artículo 16 CE concreta en las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la Ley. El orden público no debe ser entendido exclusivamente como perturbación de orden material, sino que va referido a un significado jurídico institucional comprensivo de los intereses y fines generales y básicos que constituyen el fundamento ético-social de la total ordenación jurídica en el seno del Estado (cfr. STS 27-6-1997). Consecuentemente, las limitaciones del derecho fundamental a la libertad de ideología pueden ser articuladas en torno al mantenimiento del orden público.

La constitucionalidad de la Prestación Social Sustitutoria ha sido declarada por el Tribunal Constitucional, cuando ha conocido de los recursos de amparo interpuestos (cfr. STC 321/1994, de 28 de noviembre, entre otras) y al declararse la constitucionalidad de la Ley Orgánica 48/1984 que desarrolla el artículo 30.2 CE en lo atinente a la Prestación Social Sustitutoria, actualmente regulada por Ley 22/1998, de 6 de julio. En la STC 160/1987, que afirma la constitucionalidad de la regulación legal de la Prestación Social Sustitutoria, además de reiterar la imposibilidad de alegar motivos de conciencia para justificar el incumplimiento de una Prestación Social Sustitutoria que deriva de una previsión constitucional, señala que la Prestación Social Sustitutoria «constituye, en sí, un mecanismo legal dirigido a establecer un cierto equilibrio con la exención del servicio de armas...».

3. La previsión de una Prestación Social Sustitutoria, precisamente para presentar una alternativa al Servicio Militar Obligatorio, no puede ser incumplida con la justificación del ejercicio de un derecho a la libre ideología, pues de esa manera se frustraría el cumplimiento de uno de los fines esenciales del Estado (cfr. STS 21-3-1998).

En consecuencia, la Prestación Social Sustitutoria —que se estatuye en el mismo nivel de exigencia de colaboración a la defensa nacional que el Servicio Militar Obligatorio— no puede verse frustrada por la convicción de una persona que antepone su ideología a la obligación, constitucionalmente declarada y protegida por el ordenamiento jurídico, de colaborar a la defensa nacional.

(Sentencia de 15 de enero de 1999)

ARTÍCULO 550

Atentado contra la Autoridad. Intimidación sin agresión física: delimitación con delito de resistencia

Cuarto.—(...) Se dice que el hecho no debió sancionarse como delito de atentado, sino como otro de resistencia a agentes de la Autoridad.

Ciertamente hubo resistencia (y desobediencia) cuando el acusado se negó a entregar el arma que portaba ante los requerimientos de los dos agentes de la Policía local que, debidamente uniformados, acudieron al lugar de los hechos y se encontra-

ron, ya en la calle, al acusado que amenazaba con el revólver a varias personas que allí se encontraban.

Pero hubo algo más que una mera resistencia cuando José Miguel, al ser requerido en la forma antes expuesta, puso el arma junto al estómago de uno de esos dos policías urbanos y, al ver cómo el compañero de patrulla sacaba su arma y la colocaba en posición de disparo, encañonó a éste, conminándose mutuamente, los dos agentes por un lado y José Miguel por otro, para que dejaran sus armas respectivas, manifestando incluso el acusado que era guardia civil, lo que era falso. El incidente acabó cuando, ante la gravedad de los hechos, llegaron al lugar otras patrullas de la Policía Municipal, lo que obligó a desistir a dicho José Miguel en su grave atentado contra el principio de autoridad.

No nos hallamos ante la figura agravada de atentado del artículo 232.1.º CP 1973, que requiere agresión con armas, pues, como bien dice la sentencia recurrida, no cabe hablar de agresión cuando se trata de mera intimidación sin acometimiento físico.

Pero sí nos encontramos ante el tipo de atentado simple (no agravado) del núm. 2.º del artículo 231 CP 1973 (550 CP 1995), penado en el último párrafo del 232, en su modalidad de intimidación grave contra agente de la autoridad, pues, como se dice por la Audiencia (fundamento de derecho 5.º), esa doble amenaza a los dos policías locales, dirigiendo el arma, primero contra uno y luego contra otro, manteniéndose en tal postura incluso durante algún tiempo frente a los dos agentes que, a su vez, esgrimía cada uno otro arma semejante en sus manos, constituye un comportamiento de intimidación de importancia evidente que merece la consideración de grave, correctamente encuadrado en tal artículo 231.2.º.

En estos casos de intimidación sin agresión física, la diferencia entre el atentado y la resistencia (o desobediencia grave) viene determinada, en definitiva, por las circunstancias concretas del caso (Sentencias de 20-6-1979, 4-3-1985, 18-1-1988 y 17-10-1989, entre otras), siendo las del presente reveladoras de una conducta activa de acometimiento, aunque no se alcanzase el grado de agresión física, más que de una mera actitud pasiva de resistencia o de desobediencia.

Hubo, pues, un verdadero y propio delito de atentado.

(Sentencia de 23 de marzo de 1999)

Quedan excluidos de la consideración de delito de atentado, en virtud del principio de proporcionalidad, las acciones de escasa gravedad: lanzar patada sin alcanzar a nadie

Primero.—(...) Como señala la Sentencia de esta Sala de 25 de noviembre de 1996 el riguroso tratamiento penal del delito de atentado a la Autoridad, rigor incluso incrementado para el tipo básico en el Código Penal de 1995, «imponen una interpretación del tipo sujeto al fundamento material de su incriminación, contando con la perspectiva del principio de proporcionalidad, lo que obliga a excluir aquellas conductas de menor entidad que ni gramatical ni racionalmente puedan ser calificadas de atentado sin forzar exageradamente el sentido del término».

Aplicando dicha doctrina al caso actual el motivo debe ser estimado.

En efecto, la acción calificada como delito de atentado a la Autoridad por la Sentencia de instancia se concreta en el relato fáctico en el hecho de que en el curso de una discusión habida en una taberna de la localidad de Potes (Cantabria), el acusado lanzó a su oponente una patada que ni siquiera llegó a alcanzarle. Este nimio acontecimiento de la vida cotidiana no puede alcanzar la relevancia típica del delito

de atentado por la mera circunstancia de que el denunciante hubiese ocupado en el pasado la Alcaldía de la pequeña localidad de Camaleño y de que en el origen de la discusión se encontrase una queja del acusado por estimar excesivas unas determinadas tasas, pues ello determinaría una extensión desmesurada –en el tiempo y en el contenido– de la tutela del principio de Autoridad desbordando notoriamente las necesidades de protección del bien jurídico tutelado, y vulnerando con ello el principio de proporcionalidad y el recto entendimiento del sentido y finalidad del precepto penal aplicado.

(Sentencia de 19 de octubre de 1999)

ARTÍCULO 556

Delito de resistencia versus delito de atentado: dar patadas a policías dentro de vehículo policial. La escasa gravedad del comportamiento activo hace que estemos ante delito de resistencia

Segundo.–(...) Debe recordarse a modo de antecedente que el deslinde entre la figura del atentado cometido a medio de resistencia grave del artículo 231 del anterior Código, y el delito de resistencia del artículo 237 del mismo Texto se efectuaba en base a la existencia de comportamientos activos del acusado, de suerte que presentes éstos, la calificación debía ser la de atentado, en tanto que la figura residual de la resistencia del artículo 237 quedaba reducida a toda oposición al mandato del agente de la autoridad que fuera pasiva e inerte, pasividad que constituía la obstaculización a la acción de los poderes públicos, pero sin contabilizar actividad opositora alguna.

Tal interpretación jurisprudencial, fue censurada por la doctrina científica en la medida que con ella se efectuaba una interpretación extensiva de la figura de atentado frente al de resistencia, que, además del carácter residual respecto del delito de atentado, que la propia dicción del tipo penal le otorgaba «... los que sin estar comprendidos en el artículo 231...» sufría una reducción de su contenido en virtud de tal interpretación jurisprudencial que alojaba todo comportamiento activo y agresivo dentro de la figura del atentado reservando la figura de la resistencia para los comportamientos pasivos, con olvido de que se daban con frecuencia comportamientos activos de resistencia que no podían ser calificados como de acometimiento, y que por su escasa gravedad, no obstante la actividad opositora, debían ser calificados como delito de resistencia.

Como exponente de esta rigurosa línea jurisprudencial se pueden citar las SSTs de 20 de mayo de 1994 y de 23 de marzo de 1995, entre las últimas dictadas.

No obstante, tal rigor se atemperó en la Sentencia de 3 de octubre de 1996 –número 665/1996– en la que se dio entrada dentro del delito de resistencia a determinados comportamientos activos del individuo que no podían calificarse de acometimiento –se trataba de puntapiés dados a los agentes por quien ya había sido reducido–, criterio que se confirmó en la STS de 11 de marzo de 1997.

Tal modificación interpretativa ha recibido sanción legal en la actual definición de atentado y resistencia prevista en los artículos 550 y 556, respectivamente.

En el artículo 550 se describe como uno de los modos del delito de atentado el de la resistencia activa grave, es decir queda definido por la nota de la actividad y la nota de la gravedad, de donde el delito de resistencia, dada su condición residual en su actual deslinde con el delito de atentado, debe ir definido no sólo por la nota de la pasividad –criterio del anterior Código en la interpretación jurisprudencial citada–,

sino también y principalmente por la nota de la no gravedad aunque exista un comportamiento de oposición activo.

En el caso enjuiciado, el *factum* de la Sentencia recoge que Víctor R., tras ser detenido e introducido en el turismo policial «... agredió dando patadas sufriendo diversas erosiones los policías...».

De conformidad con la doctrina expuesta y a la vista de la actual descripción del delito de atentado del artículo 550, es obvio que se está en presencia de un comportamiento activo –dar patadas– que no reviste gravedad tanto por el hecho en sí, como por el momento de esta actitud, tras ser detenido e introducido en el vehículo policial. Tal acción no merece la calificación de atentado, y por el contrario debe derivarse la calificación penal al tipo residual del delito de resistencia del artículo 556 como se calificó por la Sala sentenciadora.

(Sentencia de 21 de abril de 1999)

ARTÍCULO 563

Norma penal en blanco: no es arma prohibida un machete de 40 cms de hoja

Segundo.–Es cierto que la nueva regulación del tipo penal supone una importante ampliación respecto de lo que se decía en el antiguo artículo 254 del Código de 1973. Si antes sólo se hablaba de «armas de fuego», ahora se comprenden, además, las denominadas «armas prohibidas», lo que necesariamente obliga, dentro del contexto de lo que es un delito en blanco, a acudir a las correspondientes normas administrativas.

El Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto núm. 137/1993, de 29 de enero, en su Sección 4.ª del Capítulo Preliminar, relativa a armas prohibidas, contiene una extensa enumeración y descripción de las mismas, que, en virtud de la prohibición de la interpretación extensiva del tipo, debería considerarse cerrada, sin perjuicio de lo que a continuación se aclarará. Así, en relación a armas blancas, el artículo 4.1 f) prohíbe la tenencia de los bastones-estoque, los puñales (que define como armas blancas de hoja menor de 11 cm, de dos filos y puntiaguda) y las navajas automáticas.

Sin embargo tal descripción no agota todos los supuestos del Reglamento en lo que se refiere ahora al caso que se juzga. Porque el artículo 4.1 h) añade, a lo anterior, la prohibición de «cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas», después de referirse, también expresamente y entre otros, a las defensas de alambre o plomo, las llaves de pugilato, los tiragomas y las cerbatanas perfeccionados.

Tercero.–Quiere decirse entonces, desde el momento en que la tenencia en sí no es discutida, que el problema a debatir aquí es, de un lado, la calificación que, a la vista de lo expuesto, haya de merecer el machete de 40 centímetros de hoja ahora cuestionado, y, de otro, si la expresión analógica antes dicha puede acoger a supuestos concretos de instrumentos, fuera de los expresa y prolijamente designados con anterioridad.

Al respecto conviene señalar la definición que gramatical y etimológicamente corresponda a tal arma, pues ello determinará, en su caso, el que se pueda o no estimar al machete instrumento peligroso, como base para formar parte, en ese caso, de las armas prohibidas a las que la norma se refiere, y siempre que el supuesto analógico tuviera acogida en términos de pura técnica jurídica.

El machete es, según el Diccionario de la Lengua, «arma blanca, más corta que la espada, ancha, pesada y de un solo filo», aunque en otras naciones hispanoamericanas se le define como «cuchillo grande de diversas formas, que sirve para desmontar, cor-

tar la caña de azúcar y otros usos». A la vista de ello fácil es colegir el carácter peligroso del repetido instrumento.

Cuarto.—Mas la cuestión fundamental, se insiste que en estrictos términos jurídicos, es decidir el sentido y la amplitud que deba darse a la genérica y analógica expresión que el apartado h) del citado artículo 4.1 del Reglamento de Armas contiene.

Por una parte se afirma, no sin cierto fundamento, que el grado de vinculación de la norma penal al Reglamento de Armas no tiene por qué ser absoluto, habida cuenta los principios esenciales que informan el derecho penal. De ahí que, dada la indeterminación del susodicho apartado h), es difícil entender que esa redacción genérica e indeterminada pueda generar la tenencia ilícita de un arma prohibida. Caso contrario desaparecería la ventaja que supone, en aras de la seguridad jurídica, la detallada relación, en supuestos concretos, que el referido precepto contiene.

Pero por otra parte, en el supuesto de que tal tesis fuera la asumible, carecería de sentido la expresión establecida por el legislador en el reiterado apartado h). Es verdad que puede ser indeterminada, pero en cualquier supuesto está ahí por voluntad de quien promulga la ley. Es una expresión analógica, amplia, y claramente redactada como complemento de los casos concretos que con anterioridad expone. Si no queremos incumplir la norma, los jueces quizás no tendríamos más remedio que admitir, como armas peligrosas y, en consecuencia, como armas prohibidas, otros instrumentos que, no contemplados anteriormente de manera expresa, puedan poner en peligro la integridad física de las personas.

Ese podría ser el caso del machete montañero, de los denominados de «supervivencia», detentado por el acusado, que entonces podría ser arma peligrosa por propia naturaleza, arma prohibida por definición legal.

Quinto.—Mas la solución no es tan fácil como a primera vista pudiera parecer. Desde el punto de vista constitucional nada ha de objetarse a cuanto significan las «normas en blanco» o «normas parcialmente en blanco».

Como dicen las Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994, 16 de septiembre de 1992 y 5 de julio de 1990, es válida la norma en virtud de la cual la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentra totalmente prevista en ella, debiendo, para ello, acudir a otra norma distinta.

Pero, sin embargo, han de cumplirse para ello tres requisitos ineludibles: *a)* que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón a la naturaleza del bien jurídico protegido; *b)* que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y *c)* que se satisfaga la exigencia de la certeza, es decir que se dé 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, resultando de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo, con la posibilidad de conocer cuál sea la actuación penalmente castigada.

De acuerdo con lo expuesto se ha de desestimar el recurso porque, como dice la Sentencia de 21 de diciembre de 1998 de este Tribunal Supremo, la indeterminación analógica de la norma administrativa impide aplicar a los casos de armas prohibidas más que los supuestos concretos establecidos en el repetido Reglamento de Armas, sin posibilidad de interpretaciones extensivas «contra reo», pues entonces se tergiversa el sentido de las leyes en blanco si, como aquí acontece, el caso concreto que se trae a colación, el machete ya descrito, queda fuera, racional, proporcional y lógicamente, de la analogía prevista.

Frente a las dos posturas indicadas, y dejando aparte el problema de la posible inconstitucionalidad del precepto administrativo ahora cuestionado, en el entorno de su ambigua e indeterminada redacción, frente a tales posturas, repítese, es indudable

la inseguridad jurídica, consecuencia de aquella indeterminación, que se originaría en el caso de estimar el criterio defendido por la parte recurrente.

Ciertamente que el problema es interesante y novedoso. La Sentencia de 1 de junio de 1999 también abordó esta cuestión, casando la absolución de la instancia y condenando en base al repetido artículo 563, con especial mención a un «machete o cuchillo de unos 15 centímetros». Tesis que realmente no entra de lleno en las consideraciones aquí antes analizadas, puesto que se apoya esencialmente en el artículo 5.3 del Reglamento igualmente referido, prohibición de uso, ajeno a las presentes consideraciones.

Es fundamental entender que la cláusula genérica, analógica y de residuo que el Reglamento establece finalmente en el artículo 4.1 h), escapa de la meticulosidad y de la exigencia que el Tribunal Constitucional declara respecto de los requisitos que ha de guardar la norma en blanco para ser válida, eficaz y legal, tal y como más arriba han indicado las Sentencias de dicho Tribunal recogidas.

(Sentencia de 28 de octubre de 1999)

ARTÍCULO 564

Tenencia ilícita de armas. Objeto y bien jurídico protegido

Tercero.—La tenencia ilícita de armas, como se trasluce de las Sentencias de 26 de noviembre de 1998 y 3 de abril de 1995, es una infracción de mera actividad o de mero riesgo, de carácter eminentemente formal, otros dicen objetiva, que sin embargo precisa de cierta significación subjetiva: 1) el objeto material de la infracción lo constituyen las armas de fuego, entendidas éstas como los instrumentos aptos para dañar o para la defensa, si aquélla se encuentra en condiciones de funcionamiento y capaces por eso de propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora; 2) el bien jurídico protegido es no sólo la seguridad del Estado sino también la seguridad general o comunitaria, para la que supone un grave riesgo y un grave peligro que instrumentos aptos para herir, o incluso matar, se hallen en mano de particulares, sin la fiscalización y el control que supone la expedición estatal de la oportuna licencia y guía de pertenencia; y 3) es desde luego un delito de amplio espectro porque se consume con distinta gravedad, en razón de las circunstancias concurrentes, desde la simple posesión, más o menos intrascendente, hasta la posible alteración de la paz social dada la calidad, característica o número de las armas, la personalidad del agente o la presumible finalidad que con la detención se persiga.

En cuanto al estado de funcionamiento que ha de tener el arma poseída, una de las cuestiones más debatidas en esta infracción, ya la Sentencia de 25 de abril de 1994 advertía que la demostración de la idoneidad tiene que estar acreditada de manera fehaciente, inequívoca e incuestionable, de tal manera que si ese acreditamiento no existiera, puede obtenerse semejante conclusión a través de una prueba indirecta. No se trata de buscar el amparo, incorrecto, de la presunción *iuris tantum* sobre el funcionamiento normal de las armas en tanto no se demuestre lo contrario por parte del acusado, no, sino de acudir a datos indiciarios, o circunstanciales, admitidos desde la perspectiva de la legalidad ordinaria o constitucional, en la línea que los artículos 1253 y 1249 del Código Civil prescriben.

El hecho probado es harto elocuente. Conforme al mismo es evidente la infracción cometida y asumida por la Audiencia. El motivo se ha de desestimar.

(...)

Sexto.—(...) La tenencia ilícita necesita del *corpus*, como aprehensión o posesión material, y del *animus*, como intención de poseer. Esta intención, en la línea de lo dicho más arriba, se configura a través del *animus rem sibi habendi* o del *animus domini*. Intención de poseer una cosa como propia o intención de poseer como propietario. Basta con el escueto *animus possidendi* y hasta el *animus detinendi*, esto es la posesión material, sin más, o detentación física. Sabido es que este delito, que lo es «de propia mano» no sólo admite la posibilidad de una posesión exclusiva y excluyente por parte del detentador sino también la tenencia compartida cuando el disfrute plural o disponibilidad común corresponde a distintas personas, incluso como posesión sucesiva, intermitente o rotativa (Sentencia de 22 de septiembre de 1995). En el presente caso el *corpus* fue acompañado de un *animus* manifiesto, puesto que, como resultado de la prueba, el *factum* recurrido reseña la manera con que aquella detentación física se proyectaba. El arma se guardaba cuidadosamente, con cartuchos abundantes de repuesto y con cartuchos en la recámara. Datos elocuentes que hablan de una patente intención de poseer el arma de fuego.

(Sentencia de 11 de mayo de 1999)

Constituye este delito la tenencia de armas cortas de fuego reglamentadas careciendo de licencia o permisos necesarios: existencia que tienen funcionamiento incorrecto pero que serían aptas para disparar con una operación de fácil ejecución (reposición de la aguja percutora)

Tercero.—(...) Destaca el recurrente, en apoyo de su motivo, que, «para la existencia del tipo penal del artículo 254 es necesario que el arma tenga una evidente idoneidad para el disparo, de manera que el peligro abstracto o general pueda verse concretado en cualquier momento mediante el uso eficaz potencialmente peligroso del arma»; afirmando que «este peligro no puede reputarse existente en los casos en los que el arma resulta inidónea para el disparo, como sucede aquí», y que «cabe la duda sobre si es cierta la facilidad y sencillez en colocar la aguja percutora».

La Sentencia recurrida dice, en el relato de hechos probados, que el acusado «esgrimió una pistola “Star” semiautomática, número de serie 1311879», y precisa luego en la fundamentación jurídica, completando aquel relato, que, «en el caso presente, la pistola no estaba inutilizada ni tenía un defecto que la hacía inservible», «tan sólo le faltaba la aguja percutora, de suerte que reponiéndola —operación de fácil ejecución— recuperaba su aptitud» [v. F. 2.º b)]. Quiere ello decir, que la resolución recurrida recoge en lo esencial el dictamen pericial que el recurrente cita para demostrar el error de hecho que denuncia, y que, por tanto, no es posible estimar. Bastaría esta constatación para que procediera la desestimación del recurso. Mas como el motivo hace también otro tipo de consideraciones para fundamentar su impugnación, aunque no sean propias del cauce procesal elegido, resulta obligado responder a las mismas para procurar dar al justiciable la tutela judicial efectiva a que tiene derecho (art. 21.1 CE).

El argumento básico de la parte recurrente, desde esta perspectiva, es el de que el tipo penal cuestionado (art. 254 Código Penal 1973) exige que el arma de que se trate «tenga una evidente idoneidad para el disparo», por tratarse de un delito de peligro abstracto, y, a este respecto, los peritos han puesto de relieve «la ineficacia del arma para efectuar disparos»; llegando, finalmente, a poner en «duda» la afirmación de dichos peritos, para quienes es fácil y sencillo colocar la aguja percutora a la pistola de autos.

La Sala de instancia, por su parte, afirma que «en el caso presente la pistola no estaba inutilizada ni tenía un defecto que la hacía inservible», «tan sólo le faltaba la aguja percutora, de suerte que reponiéndola —operación de fácil ejecución— recuperaba su aptitud»; añadiendo que «cuando así sucede, el arma no pierde su condición durante la situación transitoria y su tenedor debe, para no ser sancionado, poseer la guía y la licencia correspondiente» [v. F. 2.º d)].

Sobre la cuestión así planteada, tiene declarado esta Sala que, para la existencia del delito de tenencia ilícita de armas del artículo 254 del Código Penal de 1973 —que ha sido el aplicado en este caso—, «el arma ha de hallarse en condiciones de funcionamiento, pero precisando que para estimar inútil un arma ha de estar en forma que ni pueda hacer fuego ni ser puesta en condiciones de efectuarlo», ya que «la aptitud para el disparo se debe apreciar en forma abstracta y no como una posibilidad inmediata del arma». «En la medida en que la dificultad del disparo es reparable, lo que se debe juzgar sobre la base de la experiencia general, y no implica una inutilización definitiva de la misma, su tenencia se subsume en el tipo penal»; correspondiendo «a la parte acusadora demostrar que (el arma) reúne la aptitud necesaria para disparar, requisito que constituye el elemento objetivo indispensable para la configuración del delito», demostración que, en principio, «debe ser acreditada por prueba pericial» (v. Sentencias de 28 de febrero y 10 de abril de 1986, 4 de febrero de 1991, 6 de marzo de 1992, 31 de marzo, 29 de mayo y 15 de julio de 1993, entre otras).

En la Sentencia de 29 de mayo de 1993, se dice sobre el particular que «para la existencia del tipo penal del artículo 254 es necesario que el arma tenga una evidente idoneidad para el disparo, de tal manera que el peligro abstracto o general pueda verse concretado en cualquier momento mediante el uso eficaz y potencialmente peligroso del arma»; precisando luego que «este peligro no puede reputarse existente en los casos en que el arma resulta inidónea para el disparo, como sucede en el supuesto que examinamos» (el arma se hallaba incapacitada para la realización de disparos por carecer de la biela del disparador); afirmando que «esta deficiencia no puede ser rápida o momentáneamente eliminada ...»; «nos encontramos, por tanto, ante una dificultad para el funcionamiento del arma que en modo alguno puede ser solventada mediante una sencilla reparación, por lo que es verdaderamente apreciable en el hecho probado su absoluta inidoneidad para el disparo, lo que veda la aplicación del artículo 254 del Código Penal».

En el presente caso, ha de reconocerse que la Sala de instancia se ha pronunciado sobre el particular sobre la base del informe pericial obrante en los autos, junto con lo manifestado por los peritos en el acto del juicio oral, donde los policías nacionales núms. ... y ... manifestaron que el arma esgrimida por el acusado el día de autos estaría en condiciones de disparar con el simple cambio de su aguja percutora, operación que calificaron de relativamente sencilla para la que podría utilizarse una punta de ferretería (v. acta juicio oral).

La Sala de instancia, de acuerdo con el parecer de los peritos, ha estimado que la reposición de la aguja percutora de la pistola del acusado era una «operación de fácil ejecución», sin mostrar duda alguna al respecto.

En cualquier caso, el requisito de la idoneidad para el uso del arma debe estimarse con las debidas cautelas, y no ser entendida por posibilidad de uso inmediato y eficaz de la misma, porque, de otro modo, el simple hecho de tenerla desmontada en piezas, o alguna de éstas oculta o en poder de tercera persona, mediando acuerdo al respecto, podría valorarse indebidamente como determinante de la atipicidad de este tipo de tenencia.

De acuerdo, pues, con la doctrina anteriormente expuesta, no cabe apreciar la infracción de ley denunciada.

(Sentencia de 8 de junio de 1999)

ARTÍCULO 568

Tenencia de objetos inflamables o explosivos escondidos en un zulo: deducción de propósito delictivo que ya no exige el tipo actual

Cuarto.—1. Entiende la parte recurrente que no se ha acreditado, en el acto de la vista oral, ni a lo largo del procedimiento la concurrencia del elemento subjetivo exigido por el tipo penal aplicado.

Asimismo señalan los recurrentes que existe una especie de predeterminación del fallo, premeditación lo llaman los recurrentes, ya que existen apreciaciones tales como que la gasolina «pueda ser utilizada como cóctel Molotov» o que los acusados no tenían autorización administrativa para su utilización, cuando bien conoce el Tribunal que dicha autorización no es necesaria en el caso de alguno de los elementos que han sido hallados en el zulo (gasolina, ácido sulfúrico y embudos).

2. El elemento subjetivo del injusto, difícilmente puede ser objeto de prueba directa salvo en los casos de manifestación espontánea de los acusados reconociendo los hechos y explicando sus motivaciones. Fuera de estos supuestos, este componente subjetivo del tipo sólo puede evidenciarse a través de elementos de juicio o inferencias realizadas por el órgano juzgador en función de los factores objetivos que aparecen perfectamente acreditados y que sirven de soporte para su adecuada inducción.

Los recurrentes no niegan ni combaten la realidad de la concurrencia de los elementos subjetivos del tipo, en cuanto que acuden a la vía del error de derecho, por lo que debemos centrarnos en comprobar si, de su concurrencia, puede derivarse la existencia de una ulterior finalidad delictiva, aunque en el tipo vigente (artículo 568) se ha eliminado cualquier referencia o exigencia de un ulterior propósito delictivo que se contenía en el antiguo artículo 264. Situándonos en la postura más favorable a los acusados, debemos exigir la existencia de este propósito delictivo que va más allá de la simple tenencia que ya es suficiente, en el Código actual, para la consumación del delito.

Este propósito delictivo de carácter finalista aparece perfectamente dibujado en supuestos, como el presente, en el que los tenedores de los objetos inflamables o explosivos se valen de un zulo para guardarlo, teniendo en cuenta las innegables y generalizadas connotaciones que se derivan del hecho de tener en pleno monte un dispositivo idóneo para almacenar estas sustancias. No se construye un agujero de estas características en una zona absolutamente disimulada del bosque para la simple tenencia de estos materiales. Su ubicación y características, ponen de relieve que estas sustancias se pensaban dedicar, por los acusados o por terceras personas, sabiéndolo ellos, a realizar actuaciones delictivas.

En relación con las sustancias o efectos cuya posesión no requería una previa autorización de las leyes o de la autoridad competente, como la gasolina, el ácido sulfúrico, la botella y los embudos, es evidente que su tenencia en las circunstancias en que se describen en el hecho probado, unida a la existencia de un explosivo tan fuerte como el amonal y de un detonador eléctrico, nos llevan a la conclusión de que su uso final iba a ser combinado, en forma de cócteles molotov u otro artefacto incendiario de características semejantes. El hecho de que su posesión separada no constituya delito ni necesite de autorización, no impide que comprobada su existencia y la finalidad de la tenencia, lleguemos a considerar que nunca se habría obtenido la autorización de la tenencia en condiciones y circunstancias semejantes a la que nos ocupa. Del mismo modo que la tenencia en regla y perfectamente autorizada de una escopeta de caza, se convierte en delictiva si su propietario o titular le recorta los cañones, esta posesión conjunta cuando sus titulares la disponen de la forma en que aparecieron y en el lugar en que estaban

depositadas, se puede concluir lógica y razonablemente que su finalidad era construir objetos inflamables lo que la convierte en ilegal y por tanto delictiva.

(Sentencia de 9 de marzo de 1999)

Delito de peligro abstracto. No exigencia de propósito delictivo. Desproporcionalidad de la pena

Primero.—(...) El delito contemplado en el artículo 568 del nuevo Código Penal presenta un aspecto objetivo de tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes o de sus componentes y el bien jurídico que su existencia pretende proteger es la seguridad pública. Como tal es un delito formal o de simple actividad, que no requiere para existir que se produzca un resultado dañoso para esa pública seguridad, sino que es de peligro abstracto y su comisión sólo puede ser dolosa, por lo que no se recoge en el texto legal la posibilidad de un delito culposo, y se precisa para su comisión de un ánimo de atentar contra ese bien jurídico (Sentencia de 15 de octubre de 1998). En el presente caso no se puede acoger que la cantidad en cuya tenencia se encontró al acusado no tuviera suficiente potencial lesivo, toda vez que se trataba de las cantidades de 1.655 gramos de nagolita, 2.320 gramos de goma-2 EC y 31 detonadores, con lo que objetivamente constituían un riesgo contra la seguridad pública. No estaba cubierta tal tenencia por la autorización que había obtenido la empresa para la que el acusado trabajaba, pero que no alcanzaba a la posterior y subrepticia tenencia que sobre explosivos y detonadores estableció él mismo y bastando la existencia de esa simple tenencia no cubierta por autorización al efecto, y con el riesgo anejo de explosión, para constituir un ataque al orden público.

Sin embargo, y aunque claramente el texto del nuevo Código en comparación con el artículo 264 del precedente, suprime la exigencia del propósito delictivo de la tenencia, elemento cuya prueba era dificultosa, y tampoco subsista la posibilidad de que el Tribunal apreciara las circunstancias del culpable y del hecho y la gravedad de este último para rebajar la pena en uno o dos grados, pudiendo, por tanto llegar al mínimo de la anterior pena de arresto mayor, en el presente caso parece desproporcionada la penalidad correspondiente al hecho cometido en relación con la finalidad que, en los hechos probados, se dice perseguía el acusado por lo que, aunque se debe rechazar el motivo, esta Sala estima procedente proponer se beneficie de un indulto parcial reductor de la pena.

(Sentencia de 16 de julio de 1999)

ARTÍCULO 577

Ámbito de aplicación: delimitación frente al artículo 573

Segundo.—Ahora bien, una correcta interpretación del artículo 577 CP de 1995 y la subunción de los hechos declarados probados en el tipo penal del mismo Texto que enseguida veremos, pone de relieve que la ley más favorable a la recurrente es la vigente. El artículo 577 no es aplicable en el presente caso, no sólo porque el sujeto activo del delito en él previsto no debe pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista y de los autores de los hechos enjuiciados se dice en la declaración probada que estaban «encontrados en la organización terrorista ETA», sino porque aquéllos no cometieron el delito de estragos —ni otro alguno de los enumerados en el tipo— tal como aquel delito aparece definido en el artículo 346 CP de 1995. Es un elemento objetivo del tipo de estragos, en efecto, que los mismos comporten «necesaria-

mente un peligro para la vida o integridad de las personas». El empleo del adverbio «necesariamente» debe ser interpretado como exigencia de un riesgo para las personas inexorablemente unido a la acción destructiva, que no podrá ser normalmente presumido o supuesto sino objeto de una valoración del juzgador expresada como hecho probado. Nada se dice en el *factum* de la sentencia recurrida sobre el peligro para la vida o integridad de las personas que pudieron comportar las explosiones provocadas por los acusados, por lo que, no habiéndose cometido el delito de terrorismo mediante la producción de unos estragos, tal como hoy se encuentra definida esta figura delictiva, no pueden ser incardinados los hechos en el artículo 577, por la misma razón que tampoco hubieran podido serlo en el 571 cuya aplicación postuló en la instancia al Ministerio Fiscal. El precepto del nuevo Código Penal en que sí pueden y deben ser subsumidos los hechos enjuiciados es el artículo 573 en que están previstas y castigadas, entre otras conductas, la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, su fabricación, tráfico y transporte, así como su mera colocación o empleo, cuando tales hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. La aplicación de este tipo penal, conminado con pena de prisión de seis a diez años sí que puede ser considerada más beneficiosa para los acusados que la del artículo 174 bis b) CP de 1973, por lo que esta Sala estima procedente acoger parcialmente los dos primeros motivos del recurso para llevar a cabo dicha aplicación en su segunda sentencia, extendiendo sus efectos a los sentenciados no recurrentes porque así lo exige el artículo 903 LECrim. Conviene añadir, por último, que aun no habiendo sido debatida en el recurso la procedencia de incardinar los hechos en el artículo 573 CP de 1995, su aplicación en esta sede no es incongruente con los pedimentos de las partes, ni crea indefensión para ninguna de ellas, ni contradice los postulados del principio acusatorio. No siéndole posible a esta Sala dejar intacta la calificación jurídica de los hechos realizada en la sentencia recurrida, en tanto la misma responde a una indebida interpretación de la norma penal aplicada, ni subsumir los hechos declarados probados en la norma que estaba en vigor cuando los mismos ocurrieron, porque ello supondría desoír el mandato contenido en la disposición transitoria primera, segundo párrafo, del Código Penal de 1995, no puede hacer otra cosa, en el ejercicio de su función nomofiláctica primero y jurisdiccional después, sino declarar aplicable el mencionado artículo 573, del que se deducirá por cierto la imposición de penas sensiblemente inferiores a las decretadas en la sentencia recurrida, habida cuenta de que su aplicación no conlleva la introducción de hechos que no hayan sido objeto de debate en este recurso ni, por supuesto, distintos de los declarados probados en dicha sentencia, así como de la innegable homogeneidad que es dable apreciar entre el tipo penal aplicado en la instancia y el que recoge la norma que ahora declaramos aplicable.

(Sentencia de 8 de marzo de 1999)

ARTÍCULO 617.2

Dar un fuerte tirón de bolso haciendo caer al suelo a la víctima antes de arrebatarse el bolso: falta de malos tratos

Segundo.—El precepto referido trata de una de las formas más frecuentes de la delincuencia, aunque lo sean en grado menor, no por eso menos trascendente. Los malos tratos han merecido al legislador un estudio o una consideración diferente, según se produzca la infracción dentro o fuera del ámbito familiar.

Y así, en el ámbito familiar la falta de malos tratos, antes someramente descrita, se agrava en el repetido artículo 617.2 cuando se produzca en ese ámbito familiar. De la misma manera que se convierte aquélla en delito en el supuesto de que, en tal ámbito específico, se produzcan malos tratos físicos habituales, entendiéndose que así acontece cuando se trata de más de dos hechos (artículo 153 del Código Penal).

Ello quiere decir, aparte de que todavía en el día de hoy no existan los malos tratos habituales de carácter psíquico, y al margen del delito de lesiones afectante a la salud mental o incluso del delito de trato degradante con menoscabo grave de la integridad moral (artículos 147 y 173 del Código), ello quiere decir, se repite, que si los hechos acaecen fuera del ámbito familiar, no existe en la legislación vigente ni agravación específica alguna en la falta de malos tratos, ni menos aún el delito de malos tratos habituales, distinción que por lo menos nos resulta incomprensible.

En consecuencia el motivo se ha de desestimar porque el hecho probado de la Audiencia, de obligado acatamiento en la vía procesal escogida aquí, afirma que el acusado le dio un fuerte tirón a la víctima, antes de quitarle el bolso que portaba, «haciéndola caer al suelo sin causarle lesiones». El precepto, pues, estuvo correctamente aplicado por la Audiencia.

(Sentencia de 6 de mayo de 1999)

ARTÍCULO 633

Falta de desórdenes públicos. Delimitación frente al delito: elemento subjetivo del injusto

Segundo.—La falta de desórdenes públicos que establece el artículo 633 del CP/1995, que repite con ciertas modificaciones la tipificación que contenía el artículo 569 del CP/1973, en la redacción dada por la LO 3/1989, de 21 de junio, es de análogos caracteres al delito de desórdenes públicos previsto en el artículo 558 del CP/1995, heredero del tipificado en el artículo 246 bis del CP/1973, en la redacción dada por la LO 3/1989, de 21 de junio, siendo la diferencia entre el delito y la falta, según la jurisprudencia (SS. de 31-1 y 6-10-1989) de carácter meramente cuantitativo, por ser la perturbación del orden grave en el delito y la leve en la falta.

En los delitos de desórdenes públicos se sancionan actos dañinos para la paz pública o integrantes de transgresiones del orden de la comunidad. La paz pública equivale al conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, y el orden consiste en la observancia de las reglas que facilitan la convivencia, según la Sentencia de esta Sala de 29-11-1994).

Las figuras de desórdenes públicos tipificadas en el artículo 557 del CP/1995 —sensiblemente coincidente con el artículo 246 del CP/1973— y en el artículo 558 del CP/1995 —análogo al 246 bis del Código anterior— se fijan respectivamente en distintos elementos delictuales. El 557 atiende y define la actividad desordenadora, sin concretar el plano social en el que la misma se ejerce; así señala tal precepto como integrantes de desórdenes la causación de lesiones y daños, la interceptación de vías públicas y la ocupación de inmuebles; y se caracteriza además la figura por la concurrencia de un sujeto plural y de un elemento subjetivo del injusto, definido como «tendencia interna intensificada» en el voto particular de la Sentencia de esta Sala de 25-2-1987, que estriba en el propósito específico de alterar la paz pública.

El artículo 558 del CP/1995 se refiere más bien a los sectores sociales desordenados —define actos y lugares— que a la actividad causante del desorden, y no exige la concurrencia de un sujeto plural, ni de un específico ánimo de alterar la paz pública,

aunque la jurisprudencia de esta Sala ha venido extendiendo tal requisito subjetivo a la figura del artículo 246 bis del CP/1973, antecedente del actual artículo 558.

La determinación de las actividades que originan desorden integrador de la figura del artículo 558 del CP/1995, tiene que verificarse en relación con cada tipo de actividad o lugar afectados, y teniendo en cuenta las valoraciones ético-sociales vigentes. En relación a las audiencias de Juzgados y Tribunales, a los actos públicos propios de una autoridad o Corporación y a los Colegios electorales, el desorden consistirá en la transgresión de las reglas o normas de disciplina y respeto a que se sujetan las audiencias, los actos de las autoridades o corporaciones y las actividades electorales en relación a Centros docentes y oficinas o establecimientos públicos, el desorden estribará en la inobservancia de las normas que rigen el funcionamiento de tales lugares. En relación a los espectáculos culturales o deportivos, la actividad alteradora del orden consistirá en la que pueda determinar perturbación o inquietud en los espectadores asistentes, y originar fricciones y choques físicos entre las personas.

La figura de la falta del artículo 633 del CP/1995, según se expuso en el párrafo 1.º de este fundamento, tiene una estructura y contenido análogos a los del delito del artículo 558 del mismo Cuerpo Legal, con la diferencia de que la alteración del orden tendrá que ser leve, y que no se contemplan en el artículo 633 expresamente los desórdenes en Colegios electorales o en Centros docentes y en oficinas o establecimientos públicos, y sí, en cambio, las alteraciones leves del orden en actos públicos, sin exigencia de ser propios de una autoridad o Corporación, y en solemnidades o reuniones numerosas. En los actos públicos y en las solemnidades existirá actividad alteradora del orden cuando se incumplen las reglas, normas o directrices fijadoras de su desarrollo, o cuando se impida tal desarrollo del acto o de la solemnidad, y en tales actos y en las reuniones también podrá alterarse el orden, perturbando a los asistentes, de forma que puedan originarse fricciones o choques físicos.

Aunque la jurisprudencia no ha exigido para la falta del artículo 633 del CP/1995, y para su precedente, descrita en el artículo 569 del CP/1973, el elemento subjetivo del injusto de intención de alterar la paz pública, sí será necesario el dolo genérico de alterar el orden. Finalmente, y de conformidad con las orientaciones vigentes que tienden a reducir al máximo el ámbito del Derecho penal –principio de mínima intervención o de la última *ratio*– sólo cabrá conceptual como infracciones penales –delitos o faltas– las alteraciones del orden que tengan cierta entidad y trascendencia y deberán ponderarse además con mayor indulgencia las que suceden en período electoral, en el que la competición entre los candidatos da origen al empleo de descalificaciones verbales, que puedan lindar con el insulto.

Partiendo de la doctrina expuesta, el motivo primero del recurso de casación de Álvaro F. S. y de Víctor Manuel A. M. debe ser estimado, por no concurrir en los hechos apreciados en la Sentencia los elementos que permiten subsumirlos en la figura de la falta de desórdenes públicos del artículo 633 del CP/1995, puesto que la alteración del orden careció de entidad bastante para considerarla perturbación del acto público de colocación de carteles electorales, ya que sólo se produjo una interrupción de tal actividad durante más de diez minutos, por la presión psicológica consiguiente a los insultos proferidos, de matiz político, y no consta que la presencia de los manifestantes de Villabona originase más fricciones físicas que la derivada del forcejeo de una persona no identificada, distinta de los acusados, con el Alcalde de Pontevedra, por lo que no cabe apreciar el desorden leve consiguiente a la falta del artículo 633 del CP/1995, y en todo caso sólo cabría derivar de los hechos enjuiciados una responsabilidad administrativa al amparo del artículo 23, apartado C) de la LO 1/1992, de 21-2, sobre protección de la seguridad ciudadana.

(Sentencia de 27 de septiembre de 1999)

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEXTA

Procede revisión de sentencia y aplicación retroactiva del artículo 76 CP/1995 con límite de cumplimiento de penas de veinte años a pesar de haberse cumplido las mismas pero pudiendo beneficiarse de la reducción el penado en otras causas pendientes y habiendo solicitado el límite de cumplimiento estando en prisión

Único.—(...) Constituye el contenido del auto objeto de recurso la resolución de la cuestión de si procedía aplicar al recurrente la reducción del máximo de penas privativas de libertad a las que había sido condenado, y que, por Auto de uno de septiembre de 1998 de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 2.ª, ya había sido fijada en treinta años, al límite de veinte años que ha establecido el nuevo artículo 76 del Código Penal de 1995. El Auto recurrido, de fecha diez de diciembre de 1997, desestima las peticiones repetidas del condenado a tal fin, por estimar que la pena ya había sido cumplida con fecha 9 de mayo precedente. Parece, pues, que, en efecto, no se cumplirían en el caso los requisitos que para proceder a la revisión señala la disposición transitoria sexta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que veda la revisión de las sentencias ya ejecutadas, y, además faltaría también la condición que para la aplicación del efecto de retroactividad de las leyes penales más favorables al reo, exige el artículo 2.2 del nuevo Código, de que, como máximo, el sujeto que pudiera beneficiarse estuviera aún cumpliendo condena. Pero tales limitaciones no afectan a este caso si se interpreta que el momento al que hay que retrotraer la efectividad de la petición de revisión solicitada no es el de la fecha en que la Audiencia la resuelve, sino el de presentación de esa solicitud de revisión por el recurrente. Múltiples han sido los escritos de éste solicitándolo, por sí mismo y sin asistencia letrada, dirigidos a la citada sección de la Audiencia Provincial de Valladolid, siendo el primero de 20 de marzo de 1997, constando en el sello del registro del Centro Penitenciario donde se encontraba de ese mismo día. Posteriormente reiteró su solicitud en escritos del 2 y del 7 de mayo, 18 de junio, 20 de julio, 19 de agosto, 2 de septiembre y 29 de octubre siguientes. Respecto a cuál fuera la fecha en que se hubiera terminado el cumplimiento de la condena se encuentran varias distintas en la ejecutoria, pero de ellas la más temprana es el 23 de marzo de 1997, por tanto posterior a la primera solicitud, pero, además, tras las averiguaciones pertinentes respecto a renuncia de ciertos beneficios penitenciarios por el condenado, la fecha de conclusión de cumplimiento ha sido fijada por la misma Audiencia en el mes de mayo siguiente, con lo que aún más se corrobora que la solicitud de aplicación de la reducción a veinte años del máximo de cumplimiento se efectuó con anterioridad a que el solicitante hubiera ya acabado de cumplir la pena.

Se ha señalado la falta de practicidad en dar lugar a la reducción del máximo, toda vez que ya la pena anterior, más larga, estaba cumplida. Pero en comunicación a la Audiencia enviada por el Director del Centro de Cumplimiento de Villabona, informando de la puesta en libertad del condenado por extinción de la condena, se manifestó quedaba, ello no obstante, retenido en prisión por otra responsabilidad, por lo cual, tras producirse la reducción a veinte años del total de las penas que antes redimía, puede beneficiarle el tiempo de exceso de cumplimiento para que le sea aplicado al de otras responsabilidades penales que aún tuviera pendientes.

Es, pues, evidente que no recibió el recurrente la respuesta en Derecho que le hubiera prestado la tutela judicial efectiva a que era acreedor y por ello el motivo, y con él el recurso, ha de ser acogido.

(Sentencia de 24 de marzo de 1999)

BIBLIOGRAFÍA

LANDENNE, Philippe, *Resistir en la prisión. Paciencia, pasiones, evoluciones*, Bruselas, Lumen Vitae, 1999, 272 pp.

Al leer el mensaje de Juan Pablo II, del sábado 24 de junio de 2000, pidiendo clemencia para los encarcelados de todo el mundo, me ha parecido oportuno escribir esta nota sobre el libro *Resistir en la prisión. Paciencia, pasiones, evoluciones* (Bruselas, Lumen Vitae, 1999, 272 páginas), del jesuita Philippe Landenna que, además de interesar a diversos especialistas (penitenciarios, educadores, trabajadores sociales, criminólogos, religiosos, voluntarios, etc.), ofrece información y reflexiones de suma importancia para el público en general, porque trata problemas que nos afectan a todos los ciudadanos más de lo que creemos. Todos somos —en grado mayor o menor— responsables de lo que sucede en las prisiones. También somos beneficiarios, si contribuimos a resolver esa tragedia dignamente.

Philippe Landenne ha colaborado en la Capellanía penitenciaria ya desde 1975, durante sus estudios universitarios; y actualmente trabaja como sacerdote en la prisión de Lantin, en Bélgica. Desde el 23 de abril hasta el 18 de julio de 1991, ha interrumpido su trabajo para vivir, en la cárcel suiza de Bellechasse, cerca de Fribourg, como un preso cualquiera, siguiendo el régimen común, sin excepción alguna. Todos los demás internos y los funcionarios sabían que él es sacerdote, pero desconocían que, desde hace varios años, trabaja —en plena dedicación— como miembro de una Capellanía penitenciaria en una prisión belga.

Pidió entrar en la cárcel y permanecer en ella tres meses por diversos motivos: para conocer en propia carne las tragedias increíbles ocultas dentro de esos muros y esas rejas, para aprender a ejercer mejor su ministerio sacerdotal, para hacer un retiro espiritual en la prisión, algo así como algunos monjes lo hacen en el desierto, etc. (Entre paréntesis recuerdo el disgusto y la envidia que sentí cuando me comunicó que no iba a poder participar —aunque lo deseaba y lo había intentado— en el *Congreso Internacional Ecuménico de Jesuitas y colaboradores seculares*, celebrado en Loyola, del 16 al 19 de julio de 1991, porque estaría interno, como uno más, en un establecimiento peni-

tenciario suizo.) (Cfr. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 6 extra, San Sebastián, 1993.)

El libro consta de unas páginas introductorias de Pierre Reynaert, director de una prisión belga y colaborador en la Facultad de Criminología en la Universidad Católica de Lovaina, seguidas de tres partes y una conclusión final. En la primera, titulada «Tensiones cotidianas en el interior de los muros», el jesuita transcribe las reflexiones que anotó todos los días, menos siete u ocho. No lo hizo para después publicarlas. Sólo pretendía escribir sus vivencias para conservar la *memoria* de las personas que encontraba, las situaciones que vivía, para discernir ciertas limitaciones y ciertos signos que le ayudaran a indagar el sentido de su compromiso... «Pretendía también, declara, expresarme y recordarme los sentimientos tan diversos en una vida infinitamente difícil de los compañeros, amigos. Al releerlos comprendo que he vivido un retiro espiritual muy intenso» (p. 24). Algún lector diría «más que un retiro... unos ejercicios espirituales de San Ignacio».

Todos los días procuró comportarse de acuerdo con cuatro coordenadas básicas: Ser transparente y permanecer lo más sencillo posible; sin ilusiones de esperar que su presencia cambiaría algo importante; vivir la oración de intercesión: «Yo estoy aquí para ofrecer todo lo que sufren estos hombres; aceptar que media una distancia enorme entre yo y los demás internos: mi libertad. Yo he escogido la privación de libertad por amor, ellos por una sanción judicial».

A los juristas, criminólogos, victimólogos y voluntarios preocupados por las cuestiones prisionales estas páginas nos informan de la realidad cotidiana que viven los privados de libertad y de su inmenso, oculto, dolor, con más objetividad que la mayoría de los Tratados escritos por los especialistas de la «institución total» carcelaria, en terminología de Goffmann, que bien conoce Landenne. Pero aquél y éste son dos escritores muy distintos y distantes. Goffmann hace teoría, muy acertada, pero teoría. Landenne presenta experiencias de carne y hueso; hace surgir sentimientos inesperados de tristeza y amargura al topar con hombres que sufren y hacen sufrir. Sin embargo, al mismo tiempo hace brotar experiencias del gozo misterioso del sacerdote, del pescador de perlas. Perlas vivas, aunque ocultas porque están dentro de unas paredes-conchas sépticas.

Un par de compañeros que han leído este «diario» coinciden en que han experimentado una emoción inusitada, profunda. Entre sus líneas han topado con la ilimitada negrura de lo inhumano instituido, legalizado y, quizás, a veces, bendecido. También indican que la mayor parte del libro puede aplicarse, con diversos matices, a las prisiones de todo el mundo. Excepcionalmente, en algunos aspectos importantes, el personal penitenciario español se hace acreedor de una calificación más humana. Mis colegas indican, por ejemplo, que desde hace seis años no ha habido ningún motín en las prisiones hispanas. Además nuestra legislación, desde la Ley de 1978 (Cfr. Carlos García Valdés, *Del presidio a la prisión modular*, Ópera Prima, Madrid, 1997; Esther Giménez-Salinas, «Autonomía del Derecho Penitenciario. Principios informadores de la Ley Orgánica General Penitenciaria», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 33, 1995, 67-104), puede considerarse pionera en relación

con la de muchos Estados europeos. Nuestras cárceles están notablemente más abiertas a la sociedad y a los medios de comunicación. Y son menos criticadas por las instituciones supranacionales, como *Amnistía Internacional* o algunos *Observatorios* académicos.

La segunda parte no se refiere a los tres meses de Bellechasse, sino que informa y desvela –con datos, signos y detalles– cómo Landenne, ayudado por algunas personas religiosas y seglares, han conseguido que dentro de la «*maison pour peine*» de Lantin, con unos 350 condenados a sanciones de larga duración (p. 118), nazca y viva, muera y resucite diariamente, durante tres años (1992-1995), una comunidad cristiana muy parecida a la de las catacumbas romanas. Con rica e inteligente sensibilidad el autor describe la historia de un grupo de internos que se reúnen periódicamente, cada semana, en un «pozo» carcelario, para celebrar –con gran sufrimiento y, a veces, con gran alegría– la presencia de Dios en su corazón. Los rasgos principales de esta iglesia prisional pueden describirse así (pp. 159 ss.): una iglesia-comunidad que dentro de la cárcel oye la palabra de Dios, la escucha en «silencio» y la siente (el «sentir y gustar internamente») de los ejercicios espirituales de San Ignacio); que reúne a los internos de dentro con los familiares y amigos de fuera; un resurgir humano y espiritual que brinda y encuentra sentido a este sufrimiento; una comunidad que mantiene viva la memoria de sus muertos; que suscita gestos concretos de solidaridad y acogida; que está siempre de camino buscando el horizonte y superando los límites; que recuerda al Hermano Roger, de Taizé: «Dios esconde nuestro pasado en su corazón y se cuida de nuestro futuro...».

Landenne logra avanzar a pasos agigantados –probablemente sin saberlo, pues nunca se refiere a ellos– en la dirección de notables jesuitas volcados en atenciones materiales y espirituales a los hombres y las mujeres privados de libertad en tiempos pasados. Algunas páginas sugieren el recuerdo de Friedrich von Spee (1591-1635), y su libro *Cautio criminalis*; de Pedro de León, S. J., capellán de la prisión de Sevilla, donde atendió a su antiguo discípulo en la infancia, Miguel de Cervantes; de Pío Buck, S. J. (1883-1971), que durante 43 años, dedicaba dos o tres días todas las semanas a los internos en la cárcel de Porto Alegre, Brasil; de Samuel Ginori, S. J., fundador de la Capellanía en las Islas Marías, México. (Cfr. Antonio Beristain, «Jesuitas al servicio de los condenados por la “justicia” (1540-1990)», *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 6 extra, junio 1993, pp. 179-205).

Estos jesuitas conocidos públicamente como capellanes penitenciarios no aparecen en el libro de Landenne, pero sí encontramos y varias veces a otro también capellán penitenciario aunque no durante mucho tiempo: Pedro Arrupe. Landenne recuerda su opción fundamental vivida el año 1983 –dedicado entonces a los internos en la cárcel de Lantin– al reflexionar sobre una observación de Pedro Arrupe: «La promoción de la justicia nos exige seguir el ejemplo de Jesús que se dio sin límites y se deja comer... nos tenemos que entregar sin reservas».

La entrega total de Landenne a los privados de libertad le aboca a crisis de comunicación empática con personas que se van alejando de él. Su talante en favor de los internos acentúa la distancia en el trato íntimo con algunos amigos de la compañía de Jesús. Landenne observa una zona de profunda incomprensión e incomunicabilidad con los miembros de su comunidad jesuita. Llega a sentir cierta soledad y quizás cierto resentimiento (pp. 168, 234 ss.). A pesar de todo, desde 1983, Landenne va encontrando respuestas parciales a su opción fundamental, que aumentan y se consolidan durante sus tres meses en Bellechasse.

La última parte analiza, con orden y claridad, algunos problemas importantes y las posibles soluciones del sacerdote que consagra su vida con otros hombres y mujeres en una Capellanía penitenciaria, rodeada e inmersa en dificultades sobrehumanas. Estudia con preocupación tres actividades significativas del sacerdote: acompañar a los detenidos en sus permisos de salida, visitar a los que permanecen en celdas de sancionados y participar en las reuniones del personal penitenciario (pp. 198 ss.).

Expone los pros y los contras para que el sacerdote participe en las reuniones del personal penitenciario cuando tratan de los permisos y/o de las sanciones a los internos. Si puede hacerlo honestamente, debe pedir los permisos penitenciarios, visitar a los sancionados...

Estas páginas del libro pretenden también ofrecer al lector un comentario estructurado acerca de algunas cuestiones puntuales que a Landenne le han preocupado particularmente durante estos años. Él se ve en la Capellanía penitenciaria como un vector con escasa capacidad de comunicación en el interior de la Administración penitenciaria. Considera que puede conseguir pocos logros en la cárcel. Si busca eso, va perdido. Una presa australiana se lo dijo muy claramente: «Si usted pretende ayudarme, perderá el tiempo; pero si viene usted a la cárcel porque ha comprendido que su liberación está vinculada a la mía, entonces, avancemos unidos» (p. 175).

El sacerdote —repite Landenne (p. 177)— sabe que el diálogo de la cárcel va unido con el silencio. A pesar de innúmeros obstáculos, su presencia puede desenterrar la dignidad infinita de todos y cada uno de los internos; llamarlos de verdad sus amigos, sus partners; ayudar a la celebración del misterio de acción de gracias. Tiene que permanecer crítico, apoyado en la Biblia, y en los libros básicos de las grandes religiones, profeta infatigable de la injusticia de la cárcel, como Jesús que se hizo solidario de los marginados hasta llegar a morir en una cruz, propia de esclavos y de rebeldes (pp. 198 ss.).

Antes de llegar a las conclusiones, Landenne vuelve a expresar y analizar, con riqueza psicológica, los problemas del jesuita «social» en la vida comunitaria, en las relaciones públicas con las personas amigas y sobre todo con los compañeros jesuitas. Con frecuencia siente que su compromiso con los internos, con los condenados... le dificulta su cercanía con los amigos. A veces se ve «quemado», y debe cesar en su trabajo, reconocer sus límites, como Dios cuando dejó de trabajar el séptimo día (pp. 237 ss., 249-255). También considera oportuno encontrar lugares y espacios (estas dos palabras se repiten en muchas páginas, quizás como memoria inconsciente y positiva del *Raum* hei-

deggeriano y de Chillida) con personas que acojan el mensaje evangélico con paz, calor, ternura, humor... (pp. 239 ss.). No elude las contradicciones, ni las incertidumbres. Reflexiona –con experiencia bifronte, como preso y como miembro de la Capellanía– sobre las cuestiones básicas y las más difíciles de política criminal y política penitenciaria. Conoce bien las opiniones y doctrinas de los especialistas universitarios, que cita oportunamente (pp. 45, 130, 182, 214, 231, 246...). Se cuida de proponer soluciones ilusorias o apasionadas o exageradas o utópicas. Un sistema penitenciario apoyado sobre los tres dogmas tradicionales, pero todavía no superados, «short, sharp, shock» –de corta duración, con dureza o severidad, chocante como «la naranja mecánica»–, nunca logrará los fines humanos que en teoría se propone. Ciertamente debe procurarse que las penas sean lo más cortas posible.

Por su valor pionero, merece destacarse el capítulo dedicado a las nuevas e innovadoras doctrinas y *praxis* de la reparación que los victimarios deben a las víctimas y las transformaciones que el sacerdote (Buen Samaritano) y la Capellanía penitenciaria deben tener en cuenta a este respecto en el ámbito prisional (pp. 312-332). (Cfr. Antonio Beristain, *Victimología. Nueve palabras clave*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 293 ss., 527 ss.)

Al terminar de leer este libro se cae en la cuenta de la necesidad de que haya más criminólogos y más psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, educadores, etc., en las cárceles. Quien trabaja en las prisiones debe ser consciente de que necesita estar bien formado en las diversas ramas de la ciencia penitenciaria y ha de cultivar ante todo la fraternidad, pero es una fraternidad paradójica: amarga, muy amarga, y también gozosa. Es gozosa porque el que colabora en las instituciones privativas de libertad ha de tener el talante de que no va a la cárcel para ayudar y liberar al preso, sino para ayudarse y liberarse él con el preso.

También viene a la memoria la poesía de Pedro Salinas, «El inocente»: ...«No soy mi crimen, aunque en mí se hizo / No soy mi sombra. Viene leve un hilo / de voz que sale de la noche / a distinguirme a mí de mi pecado. / Me llama mi inocente. ¿Desde dónde?».

Antes de poner punto final, manifiesto mi deseo de que pronto se traduzca este libro al castellano. También quiero expresar, a mi amigo Philippe Landenne, S. J. y a sus colegas, un profundo agradecimiento en nombre propio y en nombre de muchas personas que conozco en las prisiones de España, Europa y las Américas, y de sus familiares y amigos, sin olvidar a quienes colaboran inteligente y generosamente en el Voluntariado, cada día con más formación y eficacia. Este libro brindará consuelo en los muchos días de desesperación, iluminará mirando al futuro, desde la ciencia y desde la espiritualidad. La persona «interna» es la sede privilegiada de lo espiritual y lo espiritual brinda y aporta sentido eficiente –cotidiano y postrero– a la persona privada de libertad.

Alguien puede pensar que los funcionarios penitenciarios deben pedir, de vez en cuando, perdón a los presos y las presas porque, aunque cumplan sus deberes con sumo cuidado y sumo respeto a la dignidad de los privados de libertad, colaboran en una institución y unas estructuras que, en cierto sen-

tido, llevan dentro un cáncer. Pero el cáncer no es la prisión. Ésta, como el «ser» —*das Sein*, de Karl Rahner— es intrínsecamente buena, aunque con limitaciones negativas, pero con energías transformadoras rilkeanas. Recordemos, además, que en todas las prisiones hay personas muy parecidas a Philippe Landenne.

ANTONIO BERISTAIN, S. J.

Catedrático Emérito de Derecho penal
San Sebastián

P. D. Antes de «apagar» el ordenador siento la necesidad de comentar algo sobre el *ens, verum, bonum*, sobre el «ser», su «cognoscibilidad» y su «bondad» intrínseca. Convendría añadir —aunque no es posible aquí, por falta de espacio— unas consideraciones en relación con el capítulo quinto del Evangelio de san Mateo: «Dichosos los pobres porque de ellos es el Reino de Dios. Dichosos los afligidos porque serán consolados». Linda con la verdad y con el misterio el afirmar que la dicha y la felicidad no andan lejos de la pobreza y la aflicción. K. Rahner en su homilía a los capellanes penitenciarios insiste que Dios encuentra mucho sitio en el vacío, en la nada, en el dolor de la cárcel. Landenne, cuando «está con los presos», se considera un pescador de perlas preciosas de sumo valor, aunque despreciadas por la sociedad, pero Dios las escoge para su Reino.

ÍNDICE

Págs.

SECCIÓN DOCTRINAL

| | |
|---|-----|
| <i>Penal y reparación</i> , por Claus Roxin | 5 |
| <i>Teoría y praxis de la injerencia</i> , por Günther Jakobs | 17 |
| <i>¿Las exigencias dogmáticas fundamentales hasta ahora vigentes de una Parte General son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y del sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriadad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiadas)</i> , por Enrique Gimbernat Ordeig | 51 |
| <i>Evolución desde el crimen al delincuente y a la víctima (aproximaciones diacrónicas y sincrónicas a la Política Criminal)</i> , por Antonio Beristáin | 73 |
| <i>Los delitos relativos a la manipulación genética en sentido estricto</i> , por Agustín Jorge Barreiro | 89 |
| <i>La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código penal español</i> , por Manuel Cancio Meliá | 137 |
| <i>Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal</i> , por Rafael Alcácer Guirao | 177 |
| <i>Consideración crítica en torno al Código penal español</i> , por Miguel Ángel Núñez Paz | 227 |
| <i>Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del Derecho penal</i> , por Blanca Mendoza Buergo | 279 |
| <i>Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español</i> , por Abel Téllez Aguilera | 323 |
| <i>El momento procesal para plantear las cuestiones previas en el procedimiento penal: un estudio crítico</i> , por Juan Ramón Medina | 339 |
| <i>Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario</i> , por Enrique Sanz Delgado | 385 |
| <i>Estudio de una regulación anunciada: El delito de maltrato habitual</i> , por María José Benítez Jiménez | 403 |

CRÓNICAS EXTRANJERAS

| | |
|---|-----|
| <i>La conducta de la víctima como clave para un sistema de los delitos patrimoniales que llevan consigo sustracción</i> , por Joachim Hruschka | 451 |
| <i>Derecho penal</i> , por Carmen Juanatey Dorado | 467 |
| <i>La funcionalización del Derecho penal, políticas criminales de flexibilización y relativización de garantías dogmático penales: vistazo a la catedral desde un margen</i> , por Miguel Rafael Pérez Arroyo | 497 |
| <i>La responsabilidad del superior en el Derecho penal internacional</i> , por Kai Ambos | 527 |

SECCIÓN LEGISLATIVA

| | |
|--|-----|
| <i>Disposiciones</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro | 595 |
|--|-----|

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

| | |
|---|-----|
| <i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro y Abel Téllez Aguilera | 629 |
|---|-----|

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

| | |
|--|-----|
| <i>Reseña del libro Resistir en la prisión. Paciencia, pasiones, evoluciones</i> , de Philippe Landenne, por Antonio Beristáin | 909 |
|--|-----|

